



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA in DIRITTO PERSONA E MERCATO

CICLO: XXXI

TITOLO DELLA TESI: Il contatto sociale

TESI PRESENTATA DA: Angelo Maria Testini

TUTOR: Prof. Paolo Gallo

COORDINATORE DEL DOTTORATO: Prof.ssa Elena D'Alessandro

ANNI ACCADEMICI: 2015-2018

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE DI AFFERENZA: Diritto privato (IUS/OI)

Indice

Capitolo I - Il fondamento teorico della responsabilità da contatto sociale qualificato

1. Introduzione. Pag. 3
2. Il sistema della responsabilità civile. La distinzione fra responsabilità da inadempimento e responsabilità da fatto illecito. Pag. 7
3. Le differenze di disciplina. Cenni. Pag. 13
4. Il contenuto del rapporto obbligatorio. Buona fede e obblighi di protezione. Pag. 16
5. L'obbligazione senza prestazione e il contatto sociale. Pag. 19
6. Critiche. Pag. 22

Capitolo II - La responsabilità precontrattuale

1. Introduzione. Pag. 26
2. Jhering e la c.d. *culpa in contrabendo*. Pag. 27
3. La responsabilità precontrattuale in Germania. Cenni. Pag. 33
4. La responsabilità precontrattuale in Italia. La riflessione giuridica sotto la vigenza del Codice Civile del 1865. Pag. 36
5. Segue. La disciplina codicistica in vigore. Pag. 38
6. Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale. Pag. 48
7. La tesi della natura aquiliana. Pag. 50
8. Segue. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza. Pag. 53
9. La tesi contrattualistica. Pag. 57

10. Segue. Il recente accoglimento in giurisprudenza della tesi contrattualistica. Pag. 63

11. Osservazioni critiche. Pag. 69

Capitolo III - La casistica

1. La responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera. Pag. 72

1.1. Gli orientamenti giurisprudenziali: dalla responsabilità extracontrattuale al contatto sociale. Pag. 72

1.2. Segue. Il punto di svolta nella giurisprudenza di legittimità. Pag. 78

1.3. Le critiche della dottrina. Pag. 82

1.4. La giurisprudenza successiva. Pag. 84

1.5. Gli “effetti collaterali” della contrattualizzazione della responsabilità del medico e gli interventi del legislatore. La Legge Balduzzi. Pag. 86

1.6. Segue. La Legge Gelli-Bianco. Pag. 90

2. La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione. Pag. 93

2.1. L’evoluzione giurisprudenziale. Pag. 93

2.2. La natura della responsabilità. Pag. 97

2.3. La recente tendenza alla valorizzazione della tutela dell’affidamento. Pag. 103

2.4. Osservazioni critiche. Pag. 106

3. Conclusioni. Pag. 111

I. Il fondamento teorico della responsabilità da contatto sociale qualificato.

1. Introduzione.

La teorizzazione del contatto sociale, originariamente elaborata da Stoll, ha suscitato un notevole interesse in dottrina¹ e ha avuto altrettanta fortuna in sede di applicazione giurisprudenziale.

¹ FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Giuffrè, 2006, 443 ss.; Id., *Vaga culpa in contrabendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1; Id., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 138; BARCELLONA, *La terza via della responsabilità da contatto*, nel *Commentario Gabrielli*, Utet, 2011, sub art. 2043, 100; VENOSTA, *Prestazioni non dovute, contatto sociale e doveri di prestazione autonomi*, in *Studi De Nova*, Giuffrè, 2015, IV, 3099-3145; in senso critico: ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77-108; Id., *La natura della responsabilità per culpa in contrabendo secondo il punto di vista del gambero*, *ivi*, 2015, p. 344; ROSSI, voce «Contatto sociale», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, Utet, 2010, 346 ss.; MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in CAPOGROSSI COLOGNESI-CURSI, *Obligatio-obbligazione, Un confronto interdisciplinare*, Jovene, 2011, 87, 99, nt. 42, 100 ss.; GALLO, voce «Contatto sociale», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, Utet, 2014, 91 ss.; id., *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2017, p. 1759; TENELLA SILLANI, *Culpa in contrabendo, contatto sociale e incoerenze della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1247; FAVALE-FEOLA-PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Giappichelli, 2016; TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità contrattuale e contatto sociale*, in *Contr. e impr.*, 2017, 233-255.

Il “successo” del contatto sociale può essere ricondotto a due circostanze connesse: da un lato, l’esistenza di un’ampia “zona grigia” fra l’area delle obbligazioni e quella dei fatti illeciti, che mette in crisi la tradizionale bipartizione del regime di responsabilità; dall’altro, la crescente istanza di protezione propria di una società in cui i rapporti intrattenuti dai consociati assumono una notevole complessità e i diritti e gli interessi (sia patrimoniali che personali) dei soggetti giuridici sono minacciati da molteplici fonti di danno.

La riflessione sul contatto sociale, in questa prospettiva, assume dunque una duplice rilevanza: *in primis*, risponde a un’esigenza ricognitiva, consentendo di sottrarre a quella che autorevole dottrina ha definito “*terra di nessuno*”² una serie di ipotesi oggettivamente difficili da inquadrare nell’uno o nell’altro modello di responsabilità (da inadempimento o da fatto illecito), con conseguente incertezza circa la disciplina applicabile e rilevanti ricadute a livello pratico (si pensi alle differenze in ordine alla distribuzione dell’onere probatorio e al termine prescrizione); in secondo luogo, all’interno di quest’area si possono rinvenire fattispecie in cui emerge una maggiore esigenza di tutela del danneggiato, che si trova in una situazione di particolare vulnerabilità e viene quindi

² BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto Imp.* 1991, p. 545.

ritenuto meritevole di godere di un regime più favorevole rispetto a quello proprio della responsabilità aquiliana. Da quest'ultimo punto di vista, basti pensare ai casi della responsabilità medica, della responsabilità dell'insegnante per i danni auto-inferti dell'alunno o a quella del professionista per informazioni false o inesatte: si tratta di ipotesi in cui il danneggiato ha riposto un ragionevole affidamento, in ragione delle circostanze ovvero della qualifica o capacità professionale del responsabile, circa la tutela degli interessi danneggiati.

Sul modello della responsabilità precontrattuale, che costituisce l'archetipo della categoria di cui si tratta, si può affermare che il fulcro della teoria del contatto sociale vada rinvenuto nell'esigenza di tutela dell'affidamento. L'esistenza di un ragionevole affidamento è coerente con entrambi i profili di rilevanza del contatto sociale appena indicati: da un lato, impedisce di ricondurre nettamente le fattispecie di riferimento nell'area della responsabilità c.d. contrattuale oppure in quella della responsabilità aquiliana, in quanto fonte di una serie di obblighi, gravanti su una o entrambe le "parti" della vicenda, che si suole definire "di protezione", in assenza tuttavia di una vera e propria prestazione principale, stante l'inesistenza di un rapporto obbligatorio propriamente detto, sul modello dell'obbligazione senza prestazione³; dall'altro lato,

³ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I,

l'esistenza di un affidamento è connessa con una condizione di vulnerabilità, che può sia preesistere all'affidamento stesso (ad esempio in virtù di uno squilibrio cognitivo o di capacità professionali, come nel caso della responsabilità medica) sia esserne conseguenza (come nell'ipotesi della responsabilità dell'insegnante, in cui i genitori demandano ad un altro soggetto la tutela del figlio, di cui si può ritenere che siano ugualmente capaci).

Da quanto appena evidenziato appare *ictu oculi* l'importanza della questione, che riguarda fattispecie di grande rilevanza sia a livello, per così dire, quantitativo, data la frequenza casistica delle ipotesi confinate nella succitata zona grigia fra inadempimento ed illecito aquiliano, sia a livello qualitativo, stanti le particolari esigenze di tutela che vi sono sottese. Inoltre, la riconducibilità nell'alveo dell'una o dell'altra area di responsabilità comporta attualmente, come evidenziato *supra*, importanti differenze di disciplina, che determinano l'applicazione di un regime giuridico più favorevole ora per il danneggiato, ora per l'autore dell'illecito.

2. Il sistema della responsabilità civile. La distinzione fra responsabilità da inadempimento e responsabilità da fatto illecito.

Milano, 1995, 147 ss.; ³ Id, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 443 e ss..

Al fine di inquadrare correttamente i termini della questione, occorre in via preliminare dare conto dei profili generali del sistema della responsabilità civile.

Quest'ultimo, secondo una soluzione condivisa pressoché da tutti gli ordinamenti⁴, è informato alla summa diviso fra responsabilità extracontrattuale e responsabilità da inadempimento.

La letteratura riguardante il fondamento, le caratteristiche e la validità della distinzione è amplissima⁵.

⁴ GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, Padova, 2009, p. 73 ss.

⁵ cfr., ex multis, VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077; EAD., voce « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1991, p. 2; SCOGNAMIGLIO, voce « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 670; MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquilana*, in *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, Atti del seminario diretto da Buonocore e Majello, Napoli, 1975, p. 7; SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, p. 723; BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, *ivi*, p. 748; ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile (agg. 1988-1996)* diretta da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm. fondata da Bigiavi*, Torino, 1979, p. 127; AA.VV., *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Visintini, Milano, 1984; MAJELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 109; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*,

L'attinenza del tema in esame con l'esame della responsabilità da contatto sociale è evidente, dato che, da un lato, quest'ultima trova la sua ragione d'essere e la sua dimensione di problematicità proprio nell'esistenza di un'area di turbolenza tra le due forme di responsabilità e presuppone quindi la suddetta distinzione; dall'altro lato, la verifica della tenuta e validità della distinzione consente di individuare ab origine le possibili soluzioni applicabili alle fattispecie che popolano la "terra di nessuno fra contratto e torto"⁶.

In primo luogo, si può affermare che dal punto di vista del diritto positivo la distinzione fra le due forme di responsabilità costituisce un dato incontestabile: la disciplina codicistica esprime in maniera univoca la volontà del legislatore di assoggettare a differenti regimi la responsabilità derivante dall'inadempimento e quella conseguente al fatto illecito.

Siffatta distinzione, tuttavia, non costituisce una creazione del legislatore, bensì il recepimento di una differenza strutturale ed ontologica fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Tale differenza sta in ciò, che mentre l'obbligazione risarcitoria aquiliana si innesta in una dimensione di precedente estraneità giuridica dei soggetti coinvolti e

Milano, 1993; CASTRONOVO, Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 76.

⁶ BUSNELLI, op. cit., p. 545.

sorge *ex novo* dal fatto illecito, la responsabilità contrattuale determina l'insorgere di un'obbligazione secondaria, che si innesta sul mancato adempimento dell'obbligo originario.

Al riguardo è stato autorevolmente ed efficacemente osservato che “la responsabilità cosiddetta contrattuale trova la sua scaturigine nella stessa nozione di obbligazione; che in caso di inadempimento ha modo di riaffermare la sua caratteristica essenza di vincolo, perpetuantesi nella prestazione risarcitoria [...] che si risolve, nella soddisfazione dell'interesse dedotto in obbligazione, ad onta della mancata cooperazione del debitore. Nella responsabilità aquiliana, invece, il dato essenziale è costituito dal verificarsi del danno ingiusto, a cui si riferisce e si commisura la reazione del diritto”⁷.

La differenza nei regimi di responsabilità, pertanto, è conseguenza della diversità dei fatti che la generano.

La responsabilità contrattuale è funzionale a garantire al creditore, in presenza del momento patologico costituito dall'inadempimento, la soddisfazione dell'interesse sotteso al rapporto obbligatorio e frustrato dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione a parte del debitore.

Al contrario, la responsabilità aquiliana mira a reintegrare la lesione della sfera giuridica determinata dalla commissione del fatto illecito, mentre è del tutto assente la

⁷ SCOGNAMIGLIO voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », in Noviss. dig. it., vol. XV, Torino, 1968, cit. p. 672

prospettiva, per così dire, positiva, in cui opera la responsabilità contrattuale, in funzione del soddisfacimento di una pretesa insita nell'obbligazione risarcitoria da inadempimento.

In altri termini, mentre la responsabilità ex art. 1218 c.c. “tutela il creditore da un rischio specifico di danno, la responsabilità extracontrattuale tutela, in assenza di rischi specifici, esigenze di conservazione della ricchezza”⁸.

Da altro punto di vista, si osserva che la responsabilità da inadempimento presuppone l'esistenza di un assetto di interessi già determinato ed è funzionale a “ristabilirne la forza effettuale”⁹.

La responsabilità aquiliana, invece, interviene in un momento di collisione fra sfere giuridiche di soggetti diversi, entrati in contatto per effetto di tale scontro. Non preesiste quindi alcun assetto di interessi, pertanto si pone il problema di stabilire a quale degli interessi contrapposti debba attribuirsi prevalenza in conformità all'ordinamento giuridico.

È in questo frangente che assume rilevanza il requisito dell'ingiustizia del danno.

Ai fini della responsabilità ex art. 2043 cc., è necessario che il fatto non soltanto sia commesso *non iure*, ma anche

⁸ cfr. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, Padova, 2009, cit. p. 76, la quale a sua volta richiama Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003..

⁹ Scognamiglio, op. cit., p. 672.

contra ius, cioè cagioni la lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, sia essa un diritto soggettivo assoluto o relativo, od ancora un interesse legittimo, nell'ampia accezione oggi unanimemente accolta in dottrina ed in giurisprudenza.

In ciò consiste l'accertamento dell'ingiustizia del danno¹⁰, nella verifica della lesione di un "diritto" (inteso nel senso lato di cui sopra) riconosciuto e tutelato dall'ordinamento e nel bilanciamento fra i contrapposti interessi sottesi alle situazioni giuridiche collidenti, all'esito del quale l'ordinamento attribuisce, se del caso, il diritto al risarcimento ovvero, laddove il danno non possa essere considerato ingiusto, nega la tutela risarcitoria.

Come ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza assolutamente maggioritarie, infatti, il requisito della doppia ingiustizia previsto dall'art. 2043 c.c. preclude l'ammissibilità nell'ordinamento italiano del danno meramente patrimoniale, inteso come mera perdita economica (c.d. *economic loss*), basato sulla concezione patrimonialistica del danno elaborata da Mommsen¹¹.

L'ingiustizia del danno consente dunque di selezionare i pregiudizi risarcibili, attraverso la verifica se il fatto non iure abbia leso una situazione giuridica oggetto di previo riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

¹⁰ Mazzamuto, Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2008, p. 349

¹¹ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 99 e ss.

Questo giudizio non è invece necessario per affermare la responsabilità del soggetto resosi inadempiente di un obbligo giuridico preesistente, dato che l'inadempimento è di per sé *contra ius*, in quanto lesivo di un diritto di credito.

In tal caso, infatti, l'ingiustizia del danno è insita nella violazione dell'obbligo di adempiere: la meritevolezza dell'interesse leso è data, a monte, dalla "consacrazione" di questo in un rapporto obbligatorio, da cui discende l'attribuzione della pretesa giuridicamente tutelata di ottenere l'adempimento della prestazione ed il conseguente soddisfacimento dell'interesse medesimo.

Alla stregua di tali considerazioni, si può allora comprendere come l'ingiustizia del danno costituisca il "perno della distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale"¹².

Risulta altresì evidente come la distinzione in esame conservi necessariamente la propria validità, in quanto conseguenza necessitata della diversità strutturale intercorrente fra obbligazioni e fatti illeciti, la quale non può che riverberarsi sulla disciplina dei relativi strumenti di tutela.

È quanto posto in evidenza da autorevole dottrina, con particolare riferimento alla diversità fra l'obbligo preesistente all'illecito contrattuale ed il generico *alterum*

¹² Navarretta, Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno, in *Liber amicorum Busnelli*, Milano, 2008, I, p. 618.

non laedere sotteso al torto, che impedisce la *reductio ad unum* delle forme di responsabilità ¹³.

Il fatto che quest'ultimo sia situato sul piano dei principi e non possa pertanto essere utilizzato alla stregua di una regola che imponga determinati comportamenti, impedisce riconsiderare la responsabilità aquilana e la responsabilità contrattuale come un'unica entità.

Soltanto la seconda, infatti, deriva dalla violazione di un obbligo preesistente, mentre la prima sorge per effetto di una lesione, in precedenza alla quale non è ravvisabile alcun dovere specifico.

3. Le differenze di disciplina. Cenni.

Acclarata l'insostenibilità di soluzioni intermedie fra i due regimi di responsabilità, si pone il problema di stabilire quale sia il regime applicabile ad ipotesi situate al confine fra l'ambito contrattuale e quello aquiliano e, pertanto, di non agevole qualificazione giuridica.

Si tratta di una questione di grande rilevanza pratica, atteso che la sussunzione di una determinata fattispecie all'interno dell'art. 1218 oppure dell'art. 2043 c.c. comporta conseguenze assai rilevanti sul piano della disciplina, delle quali occorre dare atto, sia pur sinteticamente e limitatamente alle differenze più rilevanti ¹⁴.

¹³ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 451 ss.

¹⁴ cfr. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, Padova, 2009, p. 73 ss.

Ai sensi dell'art. 1218 c.c., “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”; l'art. 2043 c.c. delinea la fattispecie generale di illecito aquilano nei seguenti termini: “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

La prima rilevante differenza di disciplina che emerge dalla mera lettura della disposizioni è quella relativa alla distribuzione dell'onere della prova.

Il creditore leso deve fornire soltanto la prova del titolo del credito e dell'inadempimento, mentre spetta al debitore fornire la prova liberatoria che l'inadempimento è dipeso da causa non imputabile.

Al contrario, l'onere probatorio incombente sul danneggiato da fatto illecito è ben più gravoso, avendo ad oggetto, in applicazione dell'art. 2697 c.c., tutti gli elementi costitutivi della fattispecie.

In tema di esonero da responsabilità, va evidenziato altresì il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo dell'illecito contrattuale da un lato ed aquilano dall'altro. In via di primissima approssimazione, si può affermare che mentre la fattispecie generale di illecito aquilano di cui all'art. 2043 c.c. richiede che sussista in capo all'autore perlomeno l'elemento soggettivo della colpa (intesa come negligenza, imprudenza, imperizia), la responsabilità contrattuale

prescinde dall'elemento soggettivo e si atteggia, pertanto, a responsabilità tendenzialmente oggettiva ¹⁵.

Altra rilevante differenza riguarda il termine prescrizione, ove nel caso di responsabilità da inadempimento si applica il termine ordinario decennale di cui all'art. 2946 c.c., mentre il diritto al risarcimento da fatto illecito si prescrive nel termine breve quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.

Ulteriore profilo di diversità è quello relativo al danno risarcibile. infatti, l'art. 2056 c.c., in tema di responsabilità aquiliana, richiama gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., mentre resta escluso quanto previsto dall'art. 1225 c.c., che in materia contrattuale esclude la risarcibilità dei danni c.d. imprevedibili.

Inoltre, con riferimento alla *mora debendi*, l'art. 1219 c.c., questa deriva automaticamente dalla commissione del fatto illecito, secondo la regola della *mora ex re*, mentre in ambito contrattuale è necessaria l'intimazione da parte del creditore (*mora ex persona*).

Infine, va ribadito il diverso atteggiarsi dell'ingiustizia del danno, strettamente collegato alla strutturale diversità fra le due forme di responsabilità e, come evidenziato sopra, indice probabilmente decisivo della perdurante validità della loro distinzione.

¹⁵ cfr. Cass. civ., sent. 20 dicembre 2011, n. 27468; in dottrina, cfr. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, p. 197 ss.;

Va al riguardo osservato che le rilevanti diversità di regime pongono il problema, avvertito in dottrina, se, ferma l'evidenziata validità della distinzione fra le due forme di responsabilità e la conseguente inconfigurabilità di una *reductio ad unnum*, le medesime siano effettivamente giustificate o se non sia auspicabile, *de iure condendo*, un loro superamento quantomeno parziale, come avvenuto in Germania ed in Francia, ove recenti riforme hanno previsto l'unificazione del termine prescrizione¹⁶.

4. Il contenuto del rapporto obbligatorio. Buona fede e obblighi di protezione.

Al fine di esporre compiutamente le basi della teorica del contatto sociale, occorre a questo punto soffermarsi sui caratteri essenziali del rapporto obbligatorio.

In particolare, è ormai opinione unanimemente condivisa quella secondo cui il contenuto all'obbligazione non si esaurisce nella prestazione, ma si compone altresì di una serie di obblighi diversi ed ulteriori, finalizzati alla tutela della sfera giuridica dei contraenti anche aldilà dell'interesse sotteso all'oggetto dell'obbligazione.

Si tratta all'evidenza del superamento della concezione romanistica dell'obbligazione, fondato, in ultima analisi,

¹⁶ GALLO, *Contatto sociale*, in *Dig. sez. civ., Aggiornamento*, Torino 2014; Id., *Prescrizione e decadenza*, in *Dig. Sez. civ., agg.*, Torino, 2013.

alla riflessione di Jhering in tema di responsabilità precontrattuale¹⁷.

L'intuizione dell'Autore è stata quella di rinvenire nelle fonti di diritto romano la previsione di azioni contrattuali per il risarcimento dei danni derivanti dalla stipulazione di un contratto invalido. In particolare, già prima della conclusione del contratto le parti sono tenute al rispetto di doveri altri rispetto a quello di prestazione (naturalmente ancora di lì a venire ad esistenza in pendenza delle trattative), con particolare riferimento, in questa prima elaborazione, all'obbligo di informazione circa eventuali cause di invalidità del contratto.

In tal senso, l'elaborazione della *culpa in contrahendo* ha istituito imputo di partenza per lo sviluppo della teorica degli obblighi di protezione maturato originariamente in Germania, ove ha ricevuto, con la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001, espresso riconoscimento al § 241.

In particolare, agli inizi degli anni trenta, Heinrich Stoll¹⁸ constata che con l'instaurazione del rapporto obbligatorio le parti espongono le proprie sfere giuridiche al pericolo che dall'attività dell'una possa derivare un danno alla persona o al patrimonio dell'altra.

Il principio di buona fede oggettiva, informando al proprio rispetto lo svolgimento del rapporto, è fonte di una

¹⁷ cfr. infra, cap. II.

¹⁸ Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen, Arch. Civ. Pr., 136, 1932, p. 288 ss.

serie di obblighi diretti alla protezione degli interessi che potrebbero essere pregiudicati da quella attività¹⁹.

La dottrina tedesca mostra sin da prima dell'emanazione del BGB, che ha codificato il principio generale di buona fede ai § 242 e 157, ed anche successivamente, una spiccata sensibilità verso la potenzialità di siffatto principio²⁰.

Nell'ordinamento italiano, anche a causa dell'influenza francese, il maturare di una simile consapevolezza ha dovuto attendere ben oltre la codificazione del 1942.

Soltanto con la valorizzazione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. la dottrina e la giurisprudenza hanno superato le tradizionali remore nei confronti della buona fede.

In particolare, la buona fede oggettiva ha visto progressivamente ampliare il proprio ambito di rilevanza, evolvendosi da mero criterio di valutazione della condotta delle parti a fonte di integrazione del regolamento contrattuale, idoneo a conformare il comportamento di queste ultime in considerazione degli interessi reciproci (cfr. Cass. Civ., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462).

¹⁹ Benatti, Doveri di protezione, in Dig. sez. civ., 1991, in Leggi d'Italia P.A., Wolters Kluwer,

²⁰ CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 498 ss.

5. L'obbligazione senza prestazione e il contatto sociale.

Autorevole dottrina italiana²¹ ha accolto l'elaborazione scientifica tedesca ed in particolare l'evoluzione della teorica sopra menzionata consistente nella c.d. obbligazione senza dovere primario di prestazione, tradizionalmente ricondotta al pensiero di Larenz²².

In particolare, si è giunti ad affermare che gli obblighi di protezione ben possono sorgere in assenza di un'obbligazione, intesa in senso romanistico, e quindi senza accedere ad una prestazione principale.

Il fondamento normativo di tale ricostruzione va individuato nell'art. 1173 c.c, che nel disciplinare le fonti delle obbligazioni fa riferimento non soltanto al contratto ed al fatto illecito, ma anche ad "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

In base a tale disposizione, si può affermare l'atipicità delle fonti delle obbligazioni²³ e, pertanto, l'ammissibilità di obblighi di tal guisa, la cui origine va quindi individuata nella legge.

²¹ cfr., per tutti, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit, p. 443 ss.

²² CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, p. 6

²³ cfr. CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, Padova, 2009, cit. p. 29 ss.

La dottrina che ha diffuso nella riflessione italiana il modello dell'obbligazione senza prestazione ne individua l'archetipo nella *culpa in contrahendo*²⁴.

In particolare, si afferma che l'art. 1337 c.c. estende alla fase delle trattative l'obbligo di buona fede previsto per la fase successiva alla stipulazione del contratto ed in generale per il comportamento delle parti nello svolgimento del rapporto obbligatorio dagli artt. 1375 e 1175 c.c.

Come si evidenzierà nel prossimo capitolo, siffatta estensione della buona fede vista come indice sicuro dell'esistenza, già durante le trattative, di un rapporto obbligatorio, il cui inadempimento dà luogo, ai sensi del prefetto art. 1337, a responsabilità da qualificarsi come contrattuale²⁵.

Partendo da tale presupposto, l'Autore si interroga circa la possibilità di applicare in via analogica le conclusioni raggiunte in tema responsabilità precontrattuale alle ipotesi di difficoltosa qualificazione situate ai "confini fra contratto e torto"²⁶.

A tal fine, occorre individuare la *ratio* della previsione di cui all'art. 1337 c.c., che viene rinvenuta nella tutela dell'affidamento.

²⁴ il riferimento è sempre a Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit.

²⁵ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, p. 360 ss.

Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.;

Da tale punto di vista, la scorrettezza precontrattuale assume rilievo in quanto sia sorto nella controparte un affidamento circa la serietà dell'impegno a contrattare. Di conseguenza, possono generare responsabilità l'abbandono ingiustificato delle trattative e la reticenza circa l'invalidità dello stipulando contratto od altre informazioni utili a fornire una rappresentazione completa degli elementi rilevanti ai fini della negoziazione.

L'affidamento nascente dal contatto negoziale e la necessità di fornire adeguata tutela al medesimo giustificano, quindi, la previsione degli obblighi di buona fede.

Al pari delle trattative, le suaccennate ipotesi di difficile inquadramento presentano anch'esse la caratteristica di riguardare situazioni in cui un soggetto confida nel comportamento della sua controparte, ed in particolare nel fatto che da questo non derivino pregiudizi nella propria sfera personale e patrimoniale.

È il caso di colui che faccia affidamento nel particolare *status* della controparte, la quale, ad esempio in quanto professionista, è tenuta ad osservare - ed il cliente confida nell'osservanza di - determinati standard di condotta.

Siffatto affidamento determina l'insorgere di un rapporto obbligatorio pur in assenza della conclusione di un contratto e, conseguentemente, di un obbligo primario di prestazione; il predetto rapporto obbligatorio si riempie di contenuto grazie alla clausola generale della buona fede,

alla cui stregua vanno individuate le condotte doverose la cui violazione dà luogo a responsabilità.

Pertanto, il danneggiante incorre in responsabilità contrattuale ogniqualvolta vi sia stato un contatto sociale qualificato dall'affidamento, in quanto tale idoneo ad attivare la buona fede e gli obblighi da questa derivanti.

6. Critiche.

Si è detto dell'ampia condivisione in dottrina della teorica del contatto sociale e della sua larga diffusione in giurisprudenza.

Tuttavia, occorre altresì dare atto delle numerose e circostanziate critiche mosse alla teoria de qua, che ne mettono in evidenza l'instabile fondamento teorico e l'essere foriera di incertezze di non poco momento, considerate le rilevanti conseguenze in termini di disciplina derivanti dall'inquadramento nell'una o nell'altra forma di responsabilità civile.

In primo luogo, è stato evidenziato da certa dottrina come il richiamo comunemente effettuato dai fautori del contatto sociale e della giurisprudenza alla riflessione tedesca non sia del tutto corretto ed ometta di considerare il contesto storico illiberale in cui è stata originariamente formulata la teorica in esame ²⁷.

²⁷ ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, p. 77; Id., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, *ivi*, 2015, p. 344; Id., *La «teoria» del «contatto sociale»*, in *Studium Iuris*, 5, 2018, p. 592.

A tal proposito, si è posto in evidenza come in realtà la dottrina tedesca abbia da tempo rifiutato l'argomento secondo cui un semplice contatto sociale può dar luogo ad un rapporto obbligatorio²⁸.

Tale tesi è anzi da ritenersi certamente superata, essendo assodato in area tedesca che per aversi responsabilità contrattuale è ritenuto necessario un contatto negoziale.

Come tali sono individuati, dapprima dalla dottrina e successivamente dal § 311 BGB, come novellato nel 2001, le trattative vere e proprie, i contatti a queste prodromici (c.d. *Anbahnung*) e gli *ähnliche geschäftliche Kontakte*. Quest'ultima categoria, interpretata alla luce della riflessione scientifica testè menzionata, deve ritenersi relativa a contatti simili a quelli negoziali.

Pertanto, salvo il caso delle obbligazioni *ex lege*, può darsi responsabilità contrattuale in assenza di un accordo fra le parti soltanto entro i limiti stabiliti dal § 311 BGB.

Si osserva, inoltre, che il riferimento ad un contatto sociale qualificato dall'affidamento non abbia, in realtà, quell'efficacia discrezionale che gli si suole attribuire. Al proposito, si fa l'esempio del pedone il quale, attraversando la strada, non può che riporre affidamento nel rispetto delle norme di circolazione da parte dell'automobilista che sopraggiunge, considerata la necessità di un titolo

²⁸ Per un'efficace ricostruzione dell'evoluzione della dottrina tedesca, cfr. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, p. 6

abilitativo, rilasciato a seguito di apposito esame e dell'accertamento de requisiti richiesti dalla legge, per condurre una vettura.

L'esempio può apparire provocatorio, ma mette a nudo il germe dell'indeterminatezza da cui è affetta la teorica del contatto sociale, con conseguente rischio di un sostanziale svuotamento della responsabilità aquiliana.

A tal proposito, si rileva che: se è vero quanto affermato circa la rilevanza del requisito dell'ingiustizia del danno nell'ambito della distinzione fra responsabilità contrattuale e aquiliana; se, come pacificamente ritenuto, il danno meramente patrimoniale non può trovare cittadinanza in ambito aquiliano mentre nella responsabilità da inadempimento esso è insito nella violazione dell'obbligo preesistente, allora un'eccessiva dilatazione dell'area contrattuale può portare alla neutralizzazione della funzione selettiva dei pregiudizi risarcibili svolta dall'ingiustizia del danno.

È stato altresì evidenziato che, specie nel recepimento della categoria effettuato dalla giurisprudenza, sembrerebbe più corretto parlare di prestazione senza obbligazione ²⁹, considerato che, specie in tema di responsabilità del professionista, una volta instauratosi il contatto sociale qualificato, la condotta richiesta è in tutto

²⁹ Di Majo, da ultimo *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 12, 2016.

analoga a quella che sarebbe oggetto di un ipotetico contratto fra le parti.

II. La responsabilità precontrattuale.

1. Introduzione.

Il tema della responsabilità precontrattuale assume, nell'ambito della teorica del contatto sociale qualificato, un rilievo preminente.

È stato condivisibilmente affermato che la responsabilità precontrattuale “svolge una funzione «archetipale» rispetto alla teorizzazione dell'obbligazione da «contatto sociale»”³⁰.

Infatti, l'elaborazione della responsabilità precontrattuale, frutto della riflessione di Jhering e sviluppata, dapprima e principalmente, dalla dottrina tedesca, peraltro con notevole influenza sulla letteratura italiana, ha costituito la base dogmatica per le categorie dell'obbligazione senza dovere primario di prestazione e, quale *species* di quest'ultima, degli obblighi di protezione, dalla cui matrice è stata articolata la teorica del contatto sociale qualificato fonte di obbligazioni.

In effetti, le trattative svolte in vista dell'eventuale conclusione di un contratto costituiscono l'ipotesi più significativa, a livello sia sistematico sia, per così dire, empirico e fattuale, fra quelle situazioni in cui, pur in assenza di un rapporto contrattuale e, pertanto, di un'obbligazione in senso proprio, sorge fra le parti una relazione tale da far ritenere insoddisfacente, giacché poco

³⁰ ROSSI, *Contatto Sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. V*, Torino, 2010, pag. 348.

aderente alla realtà materiale, l'applicazione della disciplina dell'illecito aquiliano.

Il fatto che due soggetti entrino intenzionalmente in contatto al fine di instaurare un rapporto contrattuale determina la loro fuoriuscita dalla dimensione di estraneità e di casuale collisione delle sfere giuridiche che, sia consentita l'approssimazione, caratterizza l'ambito dei fatti illeciti e l'ingresso nella dimensione relazionale che caratterizza il rapporto obbligatorio.

Del resto, per poter constatare l'intensità del legame intercorrente fra i due temi, pare sufficiente volgere lo sguardo al dibattito dottrinale nostrano, nel quale la responsabilità precontrattuale è stata ritenuta argomento a favore di entrambe le contrapposte tesi, dei fautori, da un lato, e dei critici, dall'altro, della teoria del contatto sociale.

Considerato quanto sopra esposto, si rivela utile ai fini dell'indagine sul c.d. contatto sociale esporre, sia pur con necessaria sintesi, le fondamenta teoriche della responsabilità precontrattuale, lo sviluppo della riflessione giuridica in materia, la disciplina positiva vigente ed i termini del mai sopito dibattito sulla natura di siffatta responsabilità.

2. Jhering e la c.d. culpa in contrahendo.

Come accennato sopra, costituisce opinione largamente condivisa quella secondo cui l'elaborazione della

responsabilità precontrattuale come oggi concepita tragga origine dalla riflessione di Jhering³¹.

Quest'ultima muove da un'esigenza eminentemente pratica, avvertita dall'Autore con particolare riferimento alle problematiche legate alla contrattazione *inter absentes* ed al tempo ispirata da alcuni fatti di cronaca. In particolare, Jhering ravvisa la necessità di tutelare la parte danneggiata in caso di errore c.d. ostativo che abbia dato luogo alla conclusione di un contratto invalido³².

Siffatta esigenza sorge dalla constatazione dell'assenza di un'azione a tutela del danneggiato in caso di errore essenziale nella formulazione - oppure nella trasmissione - della dichiarazione, allorché esso sia determinato da colpa.

Infatti, nella dottrina tedesca dell'epoca è unanimemente seguita e condivisa la *Willenstheorie* elaborata da Carl von Savigny,³³ secondo la quale “quando le fonti parlano di *error*

³¹ VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 1861; nella versione italiana *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. e nota di lettura di PROCCHI, Napoli, 2005; per un'accurata ricostruzione storica dell'evoluzione delle teorie in tema di responsabilità precontrattuale ed in particolare della riflessione di Jhering, cfr. PROCCHI, “*Licet empito non teneat*”. *Alle origini delle moderne teorie sulla cd “culpa in contrahendo”*, Padova, 2012.

³² TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: “looking back, thiking forward”*, in *Contratto e impresa*, 1, 2017, p. 236 ss.

³³ VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840, tradotto in italiano da SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886.

non intenderebbero fare riferimento ad un vizio del consenso delle parti, bensì ad un vizio della volontà che riverbera i propri effetti nella formazione della dichiarazione di volontà”³⁴.

La conseguenza di quanto ritenuto dall’Autore è che l’errore assume rilevanza ogniqualvolta sia talmente grave da generare una difformità fra quanto comunicato dalla parte e quanto la stessa avrebbe avuto l’intenzione di esternare. In ossequio al c.d. dogma della volontà (ancora ben lungi dall’essere superato), la discrasia fra l’intenzione ed il contenuto dell’esternazione determina la nullità del contratto e, quindi, l’improduttività di effetti di quest’ultimo.

Secondo il pensiero di Savigny, la conseguenza di tali premesse è che la risarcibilità del danno subito in conseguenza di una dichiarazione erronea deve ritenersi limitata al caso in cui il dichiarante abbia agito con dolo. Al di fuori dell’ipotesi di inganno perpetrato da una parte in danno dell’altra, secondo la ricostruzione di Savigny non è riconosciuto al danneggiato nessun rimedio risarcitorio³⁵.

Al fine di colmare il constatato vuoto di tutela, Jhering ricerca nelle fonti di diritto romano una soluzione al problema consenta di superare le strettoie imposte tanto dal regime della responsabilità aquiliana - considerata la tipicità dei fatti illeciti nella disciplina tedesca e la natura

³⁴ PROCCHI, *op. cit.*, p. 11.

³⁵ PROCCHI, *op. cit.*, p. 12. e p. 165.

meramente patrimoniale del danno *de quo*³⁶ - quanto dall'*actio doli* e di riconoscere un rimedio risarcitorio in caso di condotta colposa durante la formazione di un contratto³⁷.

A tal fine, l'Autore richiama frammenti di Modestino, Ulpiano, Giavoleno e Paolo³⁸ in tema di vendita di *res extra commercium*, specie di cose sacre, e di eredità inesistente.

In tali ipotesi, le fonti romanistiche prevedono a favore del danneggiato non già l'*actio de dolo*, bensì un'azione *in factum* per il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'invalidità del contratto, come se lo stesso fosse stato validamente concluso (*quasi ex empto*).

Dai testi citati emerge dunque che l'invalidità del contratto, pur precludendo ovviamente l'azione diretta ad ottenerne l'esecuzione, non esclude l'esperibilità di rimedi risarcitori, qualificati dalle fonti come *actiones ex contractu*.

I caratteri essenziali della *culpa in contrahendo* concepita da Jhering possono essere sintetizzati come segue.

Anzitutto, la responsabilità, pur potendo prescindere dal dolo, deve, in coerenza con la nota concezione jheringiana della responsabilità civile, richiedere necessariamente la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa.

Quest'ultima, tuttavia, va qualificata in termini contrattuali. Sul punto, l'Autore, pur rimanendo fedele alla

³⁶ CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 326.

³⁷ PROCCHI, *op. cit.*, p. 192.

³⁸ PROCCHI, *op. cit.*, p. 193 ss.

propria idea secondo cui nessuna responsabilità può essere addebitata senza che vi sia colpa, elabora in realtà un criterio di imputazione del danno lontano da quello proprio del diritto romano ed assai simile alla moderna concezione della responsabilità da inadempimento, in quanto fondato su una *culpa in non faciendo*, derivante dalla violazione di obblighi - che oggi definiremmo di buona fede -, nella specie, l'obbligo di rendere edotta la controparte dell'esistenza di una causa di invalidità del contratto ³⁹.

Dal punto di vista soggettivo, tale responsabilità si caratterizza per essere limitata ai soli contraenti, con esclusione di eventuali terzi che cooperino nella conclusione del contratto, in quanto estranei al rapporto negoziale ⁴⁰.

Infine, ulteriore profilo di peculiarità della responsabilità in parola è quello del danno risarcibile (ancora oggi generalmente ritenuto valido, seppur con delle dovute precisazioni, come si dirà più ampiamente *infra*), individuato nel c.d. interesse negativo, per distinguerlo dall'interesse positivo alla prestazione. L'invalidità del contratto, infatti, impedisce l'insorgere dell'obbligo primario di prestazione e della correlata situazione giuridica attiva del creditore, che non può pertanto pretendere l'adempimento, né in forma specifica né per

³⁹ CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 328.

⁴⁰ PROCCHI, *op. cit.*, p. 192.

equivalente. La parte danneggiata può invece essere risarcita nei limiti della perdita patrimoniale subita in conseguenza dell'illecito precontrattuale. Con tale espressione si intende far riferimento alle spese sostenute in vista della conclusione del contratto e delle occasioni negoziali perse per aver inutilmente contrattato.

Come autorevolmente osservato⁴¹, atteso quanto sopra esposto, la portata innovativa delle conclusioni cui giunge Jhering non sta tanto nel fondamento colposo della responsabilità, coerente con la menzionata concezione della responsabilità civile, bensì nell'individuazione di un margine di efficacia del contratto invalido, ritenuto capace di generare una responsabilità di natura per l'appunto contrattuale, pur non dando origine all'insorgere dell'obbligo di prestazione e della correlata azione di adempimento.

Appare evidente come nell'elaborazione jheringiana della responsabilità in contraendo sia individuabile il nucleo fondamentale dell'elaborazione dell'obbligazione senza dovere primario di prestazione. L'invalidità del contratto, pur precludendo l'insorgenza del dovere di eseguire la prestazione oggetto dell'accordo - e della correlata pretesa creditoria -, non impedisce la produzione di effetti che presuppongono la sussistenza di una dimensione relazionale.

⁴¹ CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 326.

In definitiva, l'intuizione, che nella riflessione di Jhering versa ancora in stato embrionale e che sarà sviluppata e messa a frutto dalla dottrina successiva, consiste nel superamento della concezione romanistica dell'obbligazione e nella constatazione che il rapporto obbligatorio ha struttura complessa, componendosi esso non soltanto dell'obbligo di prestazione, ma anche di doveri accessori, i quali, alla stregua di quanto previsto dalle fonti, possono anche prescindere dall'esistenza dell'obbligazione primaria e costituire autonoma fonte di responsabilità *ex contractu* ⁴².

3. La responsabilità precontrattuale in Germania. Cenni.

La fortuna della teoria della *culpa in contrahendo* è ben nota, essendo stata largamente condivisa dalla letteratura giuridica coeva e successiva ed essendo stata unanimemente presa come punto di partenza e di riferimento negli innumerevoli contributi scientifici sulla responsabilità precontrattuale.

In Germania, ove ha dato impulso alle riflessioni concernenti gli obblighi protezione, i rapporti contrattuali di fatto ed il contatto sociale, la riflessione intorno alla responsabilità precontrattuale ed in particolare alla sua natura ha fatto tesoro della teoria jheringiana e ha risentito della rigidità del sistema di illeciti aquiliano. Con particolare riferimento al profilo da ultimo evidenziato, l'elaborazione

⁴² CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 327.

teorica è dovuta partire dall'evidente constatazione di un'esigenza pratica, già chiara a Jhering, ovvero della estrema difficoltà di apprestare tutela al danneggiato riconducendo l'illecito precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. A tale possibilità osta non soltanto il carattere meramente patrimoniale del danno, cui consegue l'impossibilità di attribuire il diritto al riconoscimento in base ad un modello di responsabilità che richiede necessariamente a tal fine l'ingiustizia del danno, ma anche, e qui sta la specificità del diritto tedesco, la tipicità degli illeciti aquiliani⁴³.

Stanti tali premesse, la dottrina e la giurisprudenza tedesche, in assenza di un'espressa previsione all'interno del *BGB*, hanno ricondotto la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità da inadempimento⁴⁴.

In particolare, si è ritenuto sussistente già nella fase delle trattative un rapporto negoziale, fondato sull'affidamento ed informato, in analogia al rapporto contrattuale vero e proprio, al rispetto del principio di buona fede e degli obblighi da questo scaturenti.

Spinta probabilmente dalle già evidenziate strettoie imposte dalla disciplina dei fatti illeciti, la riflessione giuridica tedesca estende l'ambito di sussistenza del

⁴³ GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino, 2018, p. 453 ss.

⁴⁴ GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino, 2018, p. 29.; CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2010, p. 4.

rapporto precontrattuale agli atti propedeutici all'instaurazione delle trattative strettamente intese. Al riguardo si fa l'esempio del cliente che subisce una lesione all'interno del negozio ove si è recato con l'intento di acquistare un prodotto, riconoscendo al medesimo la possibilità di agire per il risarcimento in via contrattuale⁴⁵.

Volgendo lo sguardo alla disciplina attuale, si osserva che la tradizionale concezione della responsabilità *in contrahendo* ha trovato conferma nella recente riforma del diritto delle obbligazioni⁴⁶.

Infatti, con la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001, è stato espressamente previsto dal § 311 che gli obblighi c.d. di protezione di cui al § 241 insorgono a carico delle parti che intraprendono le trattative, non solo in pendenza della contrattazione vera e propria ma già al momento del c.d. *Vertragsanbahnung*.

Il legislatore tedesco ha quindi recepito l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sopra richiamata, accogliendo l'idea che dal contatto negoziale fra le parti nasca un rapporto obbligatorio, regolato dal principio di

45 Il riferimento è al celebre *Linoleumfall* del 1911, cfr. CASTRONOVO e MAZZAMUTO, op. cit., p. 328; CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, p. 6.

46 Per un'esauritiva disamina della riforma, cfr. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2004, p. 353; con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale ed agli obblighi di protezione, ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, p. 77

buona fede, il quale ne delinea il contenuto, e che dalla violazione dei relativi obblighi sorga una responsabilità da inadempimento.

4. La responsabilità precontrattuale in Italia. La riflessione giuridica sotto la vigenza del Codice Civile del 1865.

L'elaborazione scientifica tedesca sulla responsabilità precontrattuale ha avuto notevole influenza sulla dottrina italiana.

Infatti, già nella vigenza del Codice Civile del 1865 si ammette la risarcibilità di danni cagionati da scorrettezze *lati sensu*, commesse durante le trattative contrattuali.

Va osservato che in questa prima fase la responsabilità precontrattuale viene riferita al caso della conclusione di un contratto invalido, coerentemente con la riflessione di Jhering ed i presupposti fattuali da cui la medesima è scaturita, mentre resta inesplorata l'ipotesi dell'interruzione scorretta delle trattative.

In particolare, la fase precontrattuale assume rilievo, secondo l'orientamento dell'epoca, con la formulazione della proposta.

Quanto accade prima di tale momento può semmai rilevare in ambito aquiliano, ove venga commesso un fatto illecito, così qualificabile a prescindere dall'instaurato contatto negoziale.

Alla base di tale approccio vi è l'idea che prima della formalizzazione della proposta le parti sono assolutamente libere di sottrarsi alle trattative; l'inizio della negoziazione

viene visto, in altri termini, come un momento di esplicazione della libertà di contrattare, giacché la scelta di interrompere le trattative e di non addivenire alla conclusione del contratto si attegga ad esercizio pienamente legittimo di una facoltà riconosciuta alla parti.

Si tratta di una prospettiva non dissimile da quella ancora rilevante, seppur parzialmente attenuata, nel *common law* inglese, ove la concezione *adversarial* del contratto osta al riconoscimento di un controllo giudiziale che viene visto come un'indebita ingerenza nelle scelte effettuate dalle parti durante la libera contrattazione ⁴⁷.

La svolta nel senso di attribuire rilevanza al recesso ingiustificato dalle trattative, che costituisce oggi l'ipotesi classica di illecito precontrattuale, va attribuita a Faggella, il quale, all'inizio del secolo scorso, ha messo in dubbio i presupposti sopra richiamati e ha evidenziato la sussistenza del profilo di responsabilità in parola⁴⁸.

L'intuizione dell'Autore risente tuttavia - e non potrebbe essere altrimenti - del contesto culturale in cui è maturata, in particolare del dogma della volontà. Infatti, la rilevanza a fini risarcitori della rottura delle trattative viene fondata sull'esistenza a monte dell'instaurazione del rapporto precontrattuale di un tacito accordo a contrattare, del quale

47 GALLO, Introduzione al diritto comparato, II, Torino, 2018, p. 27 ss.; Castronovo e Mazzamuto, op. cit., p. 332.

48 FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906.

l'abbandono ingiustificato della negoziazione costituisce inadempimento.

Nel Codice Pisanelli, a differenza di quello vigente, non vi è una disposizione *ad hoc* volta a disciplinare la fase delle trattative.

La responsabilità precontrattuale viene quindi ricondotta nell'alveo dell'art. 1151 e qualificata dall'orientamento maggioritario in dottrina - pur non mancando sul punto un già vivace dibattito⁴⁹ - e pressoché unanime in giurisprudenza come di natura extracontrattuale⁵⁰.

5. Segue. La disciplina codicistica in vigore.

Con le previsioni di cui agli artt. 1337 (“le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”) e 1338 (“la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”), il Codice Civile del 1942 ha disciplinato espressamente la fase delle trattative.

Si tratta di un'innovazione assai significativa⁵¹.

⁴⁹ GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2004, p. 298.

⁵⁰ TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2015, p. 1270.

⁵¹ BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1, 1987, p. 288.

In primo luogo, essa va inquadrata nel contesto generale della codificazione del 1942 ed in particolare nella valorizzazione della buona fede in senso oggettivo ivi operata. Si è già detto che le numerose disposizioni codicistiche che impongono alle parti di comportarsi in modo corretto consentono di ritenere che la buona fede assurga a principio generale di regolazione dei rapporti giuridici.

Nel disciplinare la fase delle trattative, infatti, l'art. 1337 c.c. richiama espressamente il principio di buona fede sancito negli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.

L'ambito di applicazione del canone di correttezza, pertanto, viene esplicitamente ampliato sino a ricomprendere al suo interno una fase in cui né è stato concluso un contratto né è sorta un'obbligazione intesa nell'accezione, per così dire, romanistica del termine, cioè costituita da un obbligo di prestazione.

Per quanto interessa in questa sede, si osserva, alla luce dei risultati dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale successiva all'emanazione del Codice, che il legislatore del 1942 mostra, con l'espressa estensione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede alla fase delle trattative, l'intenzione di accogliere la riflessione maturata in area tedesca intorno all'applicazione del principio di buona fede e di superare il dogma della volontà e l'idea della non vincolatività delle trattative. Già in pendenza di queste ultime, ed a prescindere dal perfezionamento dell'accordo (meramente eventuale in questa fase), le parti sono tenute

al rispetto dei molteplici obblighi di protezione dell'altrui sfera giuridica di cui si è dato atto nei paragrafi precedenti, analoghi a quelli che informano il comportamento da tenere nell'esecuzione del contratto e che arricchiscono il contenuto del rapporto obbligatorio di condotte ulteriori rispetto all'esecuzione della prestazione.

Il fatto che la vigente disciplina costituisca, *in parte qua*, il frutto del recepimento delle già menzionate riflessioni dottrinali è confermato da come essa mette a fuoco la reale ampiezza della responsabilità precontrattuale.

Si è infatti visto che l'ipotesi originaria, da cui muove la riflessione di Jhering, è quella della mancata comunicazione di cause d'invalidità del contratto, mentre successivamente la dottrina italiana di inizio Novecento individua il caso di recesso ingiustificato dalle trattative.

Il Codice, invece, accoglie l'idea che durante le trattative le parti non sono tenute semplicemente a non abbandonare scorrettamente le trattative ed a comunicare eventuali vizi invalidanti lo stipulando accordo, bensì devono, in via generale, comportarsi secondo correttezza, costituendo le pregate ipotesi specificazione del precetto affermato dall'art. 1337 c.c..

A questo punto, al fine di dare effettiva consistenza alla buona fede precontrattuale, analogamente a quanto necessario con riferimento all'adempimento della prestazione nonché all'interpretazione ed esecuzione del contratto, occorre interrogarsi - e sul punto soccorre l'amplissima giurisprudenza in argomento - sul contenuto

concreto della clausola di buona fede, avuto riguardo alla specificità della fase cui è riferito.

In primo luogo, incorre in responsabilità precontrattuale colui che interrompe scorrettamente le trattative. Si ritiene che il recesso dalla negoziazione assuma rilievo ove effettuato in presenza di un legittimo affidamento della controparte circa la conclusione del contratto. A tal fine, occorre pertanto che le trattative siano giunte ad uno stadio sufficientemente avanzato da far confidare l'una parte nella serietà dell'impegno assunto dall'altra. Tale momento deve essere individuato in base a criteri oggettivi, in base ai quali si possa ritenere che qualunque persona di ordinaria diligenza avrebbe confidato nella stipulazione del contratto⁵² e che il recesso avvenga in mala fede oppure non sia sorretto da una giusta causa, quale ad esempio una modificazione dell'originaria proposta da parte dell'altro contraente.

Si è recentemente ribadito in giurisprudenza che “come è noto, il recesso delle trattative può essere causa di responsabilità precontrattuale quando sia privo di giustificato motivo. Perché, in tal caso, possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento

⁵² CHINÈ, FRATINI, ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016, p. 1193.

sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento nella conclusione del contratto. La verifica della ricorrenza di tutti i suddetti elementi, risolvendosi in un accertamento di fatto, è demandata al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato (Cass. 29 marzo 2007, n. 7768; Cass. 18 giugno 2004, n. 11438; in senso sostanzialmente conforme, Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632)⁵³.

Vi è poi l'ipotesi espressamente regolata dall'art. 1338 c.c., riguardante l'omessa comunicazione di cause d'invalidità del contratto da parte del contraente che ne è, o dovrebbe esserne alla stregua di un criterio di diligenza, a conoscenza, sempre che la controparte ne sia incolpevolmente ignara.

“La responsabilità ex art. 1338 c.c., che costituisce una specificazione della responsabilità precontrattuale di cui all'articolo precedente, presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità (Sez. L, Sentenza n. 16508 del 21/08/2004, Rv. 576055); ma quando la causa di invalidità (nel caso di specie, parziale) del negozio derivi da una

⁵³ Cass. civ. Sez. II, Sent., 10 marzo 2016, n. 4718.

norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali - cioè - da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia ommesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse (Sez. 3, Sentenza n. 6337 del 26/06/1998, Rv. 516776)” (in termini, Cass. civ. Sez. III, Sent., 18 maggio 2016, n. 10156).

In linea generale, fra i doveri imposti dal rispetto della buona fede, quello di informazione assume rilievo preminente durante le trattative, e riguarda elementi anche ulteriori rispetto a quelli relativi all'invalidità del contratto.

È ormai opinione ampiamente condivisa che la corretta e completa rappresentazione della realtà giuridica e fattuale sottesa all'accordo è funzionale all'esercizio della libertà negoziale. Soltanto la parte correttamente ed esaurientemente informata può infatti concludere un contratto realmente consentaneo alla realizzazione degli interessi sottesi all'intrapresa attività negoziale. Pertanto, l'ampiezza dell'obbligo informativo viene fatta coincidere con gli elementi idonei ad incidere in maniera significativa sulle prestazioni facenti dal contratto e sulla soddisfazione dell'interesse delle parti.

Siffatti obblighi devono in concreto tenere conto della qualità delle parti, facendosi maggiormente stringenti, ad

esempio, in considerazione dello status professionale della parte, tale da porre quest'ultima in una condizione di sostanziale vantaggio sull'altro contraente: “il principio per cui la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti” (Cass. civ. Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725).

L'ipotesi classica di responsabilità precontrattuale, in presenza della violazione degli obblighi sinteticamente richiamati sopra, riguarda il caso di mancata conclusione del contratto; tuttavia, non esaurisce il novero delle fattispecie in cui assumono rilievo le scorrettezze commesse in pendenza delle trattative.

Infatti, deve ritenersi ormai superata l'opinione tradizionale che limita l'ambito di operatività della responsabilità *in contrahendo* al caso di esito infruttuoso delle trattative e che ritiene la valida stipulazione del contratto preclusiva dell'applicazione dell'art. 1337 c.c.

A tal proposito, si ritiene che l'art. 1440 c.c., riguardante il dolo incidente, costituisca espressione del principio generale secondo cui il comportamento scorretto tenuto durante le trattative che abbia dato luogo alla conclusione

di un contratto dannoso, in quanto ingiusto ed iniquo, produce responsabilità precontrattuale.

Tale approdo interpretativo è pacificamente condiviso dalla Suprema Corte. Da ultimo, si è espressa in questo senso Cass. civ. Sez. I, Sent., 23 marzo 2016, n. 5762, che ha ribadito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui “la regola posta dall'art. 1337 c.c., non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto (v. Cass. n. 24795/2008)”.

La soluzione prospettata si presenta coerente con quanto ritenuto dalle Sezioni Unite nel 2007 a proposito della distinzione fra regole di validità del contratto e regole di condotta. La Corte ha ribadito la distinzione e ha escluso che la violazione di doveri di informazione nella fase delle

trattative, pur previsti da norme imperative, possa determinare l'invalidità del contratto.

Appare evidente che, una volta escluso che la violazione dell'obbligo di cui all'art. 1337 c.c. possa determinare la nullità del contratto, la sanzione non può che essere di natura risarcitoria.

L'ultimo profilo evidenziato consente di volgere lo sguardo alla questione del danno risarcibile.

In linea generale ed in continuità con la tradizione jheringiana, si afferma che la responsabilità precontrattuale dà luogo al risarcimento del danno quantificato sulla base del solo interesse c.d. negativo.

Con tale locuzione, si fa riferimento alle spese inutilmente sostenute per lo svolgimento di trattative non andate buon fine ed alle diverse occasioni contrattuali non sfruttate per la medesima ragione.

Si tratta di un orientamento tralatizio in giurisprudenza, ove si afferma che l'applicazione dell'art. 1223 c.c. "alla fattispecie di cui all'art. 1337 c.c. comporta dunque, come nel caso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale il risarcimento dell'intero danno, nelle sue due componenti indicate dalla legge, sempre che il danno stesso sia in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento, e non del contratto; ed è, appunto, in questo significato specifico e circoscritto che può parlarsi - non del tutto propriamente - di tutela dell'interesse negativo. La giurisprudenza ha avuto modo quindi di chiarire che devono essere risarcite sia le spese sostenute

dal contraente in buona fede in relazione alla vicenda che ha originato la responsabilità precontrattuale, e sia il lucro cessante cagionato dalla stessa vicenda, e costituito dalle occasioni di lavoro mancate a causa dell'affidamento riposto nella sua valida conclusione; mentre rimane escluso quanto sarebbe stato dovuto in forza del contratto non concluso”⁵⁴.

È evidente che siffatta individuazione del danno risarcibile risente dell'impostazione tradizionale del problema della responsabilità in questione, legata al caso della mancata conclusione di un contratto valido: l'inesistenza del contratto oppure la sua invalidità impediscono di riconoscere alla parte la possibilità di agire per soddisfare l'interesse all'ottenimento della prestazione sperata, per la ragione che quest'ultima non è validamente sorta.

Il superamento di tale concezione comporta naturalmente delle conseguenze anche con riferimento alla quantificazione del danno⁵⁵. Si ritiene infatti che in caso di contratto validamente concluso quest'ultima vada effettuata in base al c.d. danno differenziale subito per effetto della conclusione del contratto iniquo in

⁵⁴ Cass. civ., Sez. I, Sent., 20 dicembre 2011, n. 27648; in senso analogo, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255; Cass. Civ, sez. II, 27 ottobre 2006, n. 23289.

⁵⁵ cfr. sul tema VISINITINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, p.350; in giurisprudenza, cfr., Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255.

conseguenza dell'altrui scorrettezza, “consistente [...] del minor vantaggio, ovvero del maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede”⁵⁶.

La configurabilità della responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto validamente concluso conferma che l'art. 1337 c.c. svolge la funzione di norma di chiusura, idonea a far emergere le scorrettezze precontrattuali in tutte quelle ipotesi in cui i rimedi contrattuali non sono esperibili (ad esempio, nel caso in cui la scorrettezza non sia munita dei requisiti previsti per l'esercizio dell'azione di rescissione) oppure non sono stati in concreto azionati (sul punto, Cass. civ., Sez. III Sent., 17 settembre 2013, n. 21255).

6. Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale.

La questione è ad oggi controversa ed oggetto di amplissima letteratura⁵⁷.

⁵⁶ TAGLIASACCHI, *op. cit.*, p. 243 ss.; cfr., sul tema della quantificazione del danno risarcibile, AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

⁵⁷ Senza pretesa di esaustività, cfr., per la natura contrattuale, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, p. 360 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 126; Id. *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1, 1987, p. 288; Id., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 8; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna - Roma, 1970, p. 213 ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, p. 163; CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007;

Come accennato sopra, il tema della responsabilità precontrattuale è strettamente legato a quello del c.d. contatto sociale, in quanto essa costituisce l'ipotesi più significativa, stante il suo peculiare atteggiarsi, fra quelle che popolano la "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito"⁵⁸.

Si tratta di una figura autorevolmente definita come "paradigmatica" nel "manifestare una relazione che estrapola determinati soggetti dall'indistinto e dalla distanza ai quali presiede l'*alterum non laedere*, imponendo loro precisi doveri di comportamento"⁵⁹.

Da un lato, è vero che l'art. 1337 c.c. ha agevolato l'attività dell'interprete italiano rispetto alle difficoltà affrontate ad esempio in Germania, ove, fino alla riforma

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p.147 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, cit. p. 458 ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, cit. p. 458 ss; Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 238; Rovelli, « Correttezza », in *Digesto/civ.*, IV, Torino, 1989, 426.a favore della natura aquiliana, Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, II, Milano, 1987, 734; G.B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, *Ri. Dir. Comm.*, 1969, I, 187; C.M. Bianca, *Diritto civile*², III, *Il contratto*, Milano, 2000, 157 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 259 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 185 .; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 2, Torino, 2004, p. 260.

⁵⁸ BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 539

⁵⁹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, cit. p. 458.

del 2001, l'assenza di un'espressa previsione della responsabilità *in contrahendo* ha determinato la necessità delle pregevoli elaborazioni teoriche che hanno ispirato l'evoluzione scientifica e giurisprudenziale nazionale sui temi oggetto della presente dissertazione; d'altro canto la medesima disposizione ha costituito per certi versi il presupposto dell'annosa questione in parola, avendo offerto un argomento indiscutibilmente valido per il superamento della concezione aquiliana largamente maggioritaria nella vigenza del Codice Pisanelli.

Di seguito si cercherà di esporre i termini fondamentali della questione, con particolare riferimento alla tesi della natura aquiliana ed a quella contrattualistica, atteso che la teoria secondo cui la *culpa in contrahendo* costituirebbe un *tertium genus* è rimasta del tutto minoritaria in dottrina e priva di riconoscimento giurisprudenziale.

7. La tesi della natura aquiliana.

La tesi tradizionale è quella della natura aquiliana della responsabilità.

Tale opzione è condivisa dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, fatte salve poche recenti pronunce difformi della Cassazione (delle quali si dirà *infra*), le quali tuttavia, a dispetto della loro esiguità numerica (o forse in ragione proprio di questa, oltre che delle ampie argomentazioni loro sottese) hanno tuttavia suscitato notevole interesse e paiono dotate di un particolare “peso specifico”.

Tanto premesso, fra gli argomenti tradizionali a favore della natura extracontrattuale vi è la considerazione che in pendenza delle trattative non si è in presenza di un contratto.

Si tratta all'evidenza di un argomento non soddisfacente, atteso che è ormai assodato che il contratto non è l'unica fonte di responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, la quale sorge ogniqualvolta vi sia la violazione di un obbligo preesistente, prescindere dalla fonte di quest'ultimo (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712) e che su tale assunto si basa l'ampia casistica in cui la giurisprudenza ha riconosciuto sussistente una responsabilità da contatto sociale.

Si è sostenuto altresì che deporrebbe a favore della qualificazione in termini aquiliani il fatto che, ove non esistesse la previsione di cui all'art. 1337 c.c.c, certamente la responsabilità è precontrattuale sarebbe sussumibile all'interno dell'art. 2043 c.c.⁶⁰.

La tesi non persuade, atteso che, basandosi sull'ipotetica assenza di una previsione codicistica, non tiene in debito conto il dato positivo e, soprattutto, la portata innovativa del medesimo. Inoltre, si fonda su un'interpretazione che rende l'art. 1337 c.c. sostanzialmente superfluo. Si rivela infine contraddittoria, in quanto il medesimo argomento

⁶⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 260.

pare più idoneo a sostenere la contraria tesi della natura contrattuale ⁶¹.

Si sostiene, infine, che il dovere di buona fede non presenterebbe i caratteri di una vera e propria obbligazione, stante l'assenza di una prestazione determinata *ex ante*. Nemmeno tale argomento pare convincente, atteso che è incentrato su una concezione romanistica dell'obbligazione che non tiene conto della struttura complessa di quest'ultima, consistente, come ampiamente esposto sopra, anche di obblighi diversi da quello principale di prestazione, in un'ottica oramai largamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità ⁶².

Appare maggiormente significativo un ulteriore argomento addotto a sostegno della natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo*⁶³.

In particolare, esso muove dall'elemento di distinzione fra responsabilità contrattuale ed aquiliana costituito dall'ingiustizia del danno, ove nella prima il carattere *contra ius* del danno è insito nella violazione di un obbligo preesistente, mentre in ambito aquilano esso deve essere dimostrato, in aggiunta al carattere *non iure* della condotta.

⁶¹ TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 1275; BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 304.

⁶² TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 1275.

⁶³ NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari - Rescigno, IV, Milano, 2009, p. 238.

Considerato che la responsabilità precontrattuale presuppone la lesione dell'affidamento e che, come pacificamente ritenuto, il danneggiato deve fornire la prova della sussistenza di tale affidamento, si conclude che siffatta impostazione coincide con quella dell'illecito aquiliano.

Diversamente opinando, e cioè riconducendo la responsabilità precontrattuale all'art. 1218 c.c., si dovrebbe inammissibilmente (e contraddittoriamente) concludere che il danneggiato non sia onerato di fornire la prova dell'affidamento, vale a dire dell'ingiustizia del danno, in quanto insita nella violazione dell'obbligo di buona fede, e che pertanto sia risarcibile anche il danno cagionato in uno stadio ancora embrionale delle trattative .

8. Segue. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza.

Come già evidenziato, per lungo tempo la giurisprudenza non ha mai dubitato della natura extracontrattuale della responsabilità.

Infatti, la Cassazione è a lungo rimasta del tutto estranea al vivace dibattito sviluppatosi intorno all'argomento.

Sul punto, non pare del tutto peregrina la critica mossa in dottrina secondo cui, in sostanza, l'adesione alla tesi della natura aquiliana sarebbe frutto di un'acritica adesione ad un dato oramai acquisito.

In effetti, nelle numerosissime pronunce in materia la natura extracontrattuale della responsabilità funge perlopiù da presupposto della decisione giustificato dal richiamo a

numerosi precedenti, giammai risultando l'esito di un ragionamento che conduca ad una conclusione di tal guisa.

Esemplare appare al riguardo Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 1987, n. 5371, che fonda la decisione su una questione di prescrizione sull'assunto secondo cui "è ricorrente, nella giurisprudenza di questa Corte, l'affermazione che la responsabilità precontrattuale (ex art. 1337 e 1338 cod. civ.) rientra nel genus della responsabilità extracontrattuale (Cass. n° 749 del 1976; n° 2385 del 1974; n° 3129 del 1972)" e che a sua volta è richiamata plurime volte nella giurisprudenza successiva. Ad esempio, Cass. civ., Sez. Unite, 16 luglio 2001, n. 9645, nel pronunciarsi sulla giurisdizione, afferma che "la responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c., costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo devono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056 c.c., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione (Cass., 29 aprile 1999, n. 4299; 30 agosto 1995, n. 9157; 1° febbraio 1995, n. 1163; 18 giugno 1987, n. 5371)".

Le Sezioni Unite da ultimo citate sono a loro volta richiamate pedissequamente da Cass. civ. Sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172 la quale costituisce il riferimento giurisprudenziale di Cass. civ. Sez. III, 5 agosto 2004, n.

15040, secondo cui “va immediatamente posto in luce che la responsabilità precontrattuale per violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo del contratto costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale (cfr. da ultimo, Cass., 10.10.2003, n. 15172), cui si applicano dunque le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Poichè il comportamento illecito è qui costituito dal recesso ingiustificato (in un contesto connotato dall'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto), compete non a chi receda la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma all'altra parte che il recesso non è in linea col disposto della norma in questione”.

A sua volta, Cass. civ. Sez. III, Sent., 29 luglio 2011, n. 16735 statuisce che “si deve peraltro rilevare che la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c., a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza

postulati dalla norma de qua (Cass., 5 agosto 2004, n. 15040)”.

Come è stato acutamente osservato in dottrina⁶⁴, l’atteggiamento della giurisprudenza di legittimità pare frutto di un retaggio che ancora la responsabilità precontrattuale all’ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative. Inoltre, parrebbe ravvisabile la tendenza a ricondurre nell’alveo dell’art. 2043 c.c. il caso del recesso doloso delle trattative, costituente abuso della libertà negoziale, mentre la pronunce che si sono discostate dall’orientamento maggioritario riguardano casi di violazione degli obblighi di informazione non intenzionali.

Alla stessa stregua può essere considerata la decisione sul caso Fininvest c. CIR, che ha ritenuto inquadrabile nella responsabilità extracontrattuale l’illecito precontrattuale consistente nella condotta dolosa che abbia portato alla stipulazione di un accordo iniquo: “L’azione di risarcimento danni ex art. 2043 cod. civ. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d’interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell’ipotesi di invalidità dello

⁶⁴ VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, p. 337.

stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali” (Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, massimata in CED Cassazione, 2013).

9. La tesi contrattualistica.

Ampia ed autorevole dottrina sostiene invece che debba riconoscersi natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale. In particolare, si rivela ancora oggi fondamentale la riflessione di Mengoni⁶⁵.

⁶⁵ L. Mengoni, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in Riv. dir. comm., 1956, II, 360 ss. e ora in Scritti. II. Obbligazioni e negozio, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, 267 ss., in part. 270 ss. (da cui le successive citazioni), ma già Id., Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico), in Riv. dir. comm., 1954, I, 368 ss., e in part. nt 16 ora in Scritti. II. Obbligazioni e negozio, cit., 229 ss.; F. Messineo, Contratto (dir. priv. - teoria generale), in Enc. dir., IX, Milano 1961, 892; F. Carusi, Correttezza (obblighi di), in Enc. dir., X, Milano, 1962, 712; F. Benatti, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963, rist. anast., con introduzioni di G. Perlingieri e F. Festi, Napoli, 2012, 115 ss., in part. 126 ss.; A. di Majo, Delle obbligazioni in generale, in F. Galgano (a cura di), Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 121 ss. e ora Id., Profili della responsabilità civile, Torino, 2010, 69 ss., in part. 73 ss.; Id., La culpa in contrahendo tra contratto e torto, cit.; C. Castronovo, La nuova responsabilità civile, Milano, 2006, 224 ss.; Id., La responsabilità precontrattuale, in Manuale dir. priv. eur., a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 325 ss., 334 ss.; Id., La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale, in Europa dir. priv., 2011, 72 ss.; Id., La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale, cit., 1233 ss., in part. 1239 ss.; Id., Eclissi del diritto civile, Milano, 2015, 120 ss.; C. Turco, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Milano, 1990, 723 ss.; Id., L’interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni

L'Autore muove dalla portata innovativa dell'art. 1337 c.c., che ha esteso alle trattative il dovere di comportarsi secondo buona fede. Da ciò si desume che la relazione precontrattuale assume già di per sé, ed a prescindere dalla conclusione del contratto, il carattere di rapporto obbligatorio, dato che la buona fede oggettiva si sviluppa ed acquista reale consistenza e significato soltanto in ambito negoziale.

“Con la disposizione dell'art. 1337 il nuovo legislatore ha esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle

della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano), in Riv. dir. civ., 2007, I, 165, 192; G. Meruzzi, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 89 ss., 105; Id., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in Contr. e impr., 2006, 944 ss., 971; L. Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, II, Torino, 2000, 201 ss., in part. 361 ss.; G. Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in Obbl. e contr., 2008, 104 ss.; C. Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in Europa dir. priv., 2008, 599 ss., in part. 631; Id., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*, cit., 1515 ss.; G. Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 9; N. Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattati a cura di P. Cendon, Milano, 2008, 102 ss.; V. Bellomia, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, 46 ss.; L. Nivarra, *La responsabilità contrattuale e i suoi attuali confini*, in Liber amicorum per Angelo Luminoso, *Contratto e mercato*, II, Milano, 2013, 1049 ss., in part. 1054 ss.; Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in Contratti, 1, 2017, p. 35 ss.; Id., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 186 ss.

trattative e della formazione del contratto, e ciò importa che gli obblighi reciproci di correttezza, di cui parla l'art. 1175, sorgono già in questa fase in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte in favore dell'altra, in quanto tale, in quanto cioè, attraverso la relazione instaurata dalle trattative, viene investita di una specifica possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte. Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale 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”⁶⁶.

Pertanto, l'idea di fondo di tale concezione, fatta propria dalla successiva elaborazione della tesi contrattualistica, è che la preesistenza di uno specifico dovere in capo alle parti, posto a tutela delle rispettive sfere giuridiche e pertanto nei confronti di un determinato destinatario, attribuisce alle trattative una dimensione di relazionalità⁶⁷ tale da escluderle dall'alveo della responsabilità aquiliana.

Conseguentemente, la responsabilità *in contrahendo*, ingenerata dalla violazione di tali obblighi, non può che

⁶⁶ MENGONI, *op. cit.*, p. 364.

⁶⁷ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 72 ss.

essere qualificata come responsabilità di inadempimento *ex* art. 1218 c.c.

Del resto, costituisce ulteriore profilo di contraddittorietà della concezione aquiliana la circostanza che le ipotesi in cui la legge, nel disciplinare il rapporto contrattuale validamente sorto, attribuisce espressamente rilevanza ai fini risarcitori a fatti verificatisi durante le trattative vengano pacificamente qualificate (anche dai fautori della tesi tradizionale) in termini di responsabilità da inadempimento. È il caso, ad esempio, dell'art. 1494 c.c., il quale in tema di compravendita prevede che “ in ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa”.

In siffatte ipotesi, l'elemento di discriminazione fra responsabilità aquiliana e contrattuale dovrebbe coincidere con la valida stipulazione del contratto: in caso positivo, la responsabilità andrebbe ricondotta nell'art. 1218, mentre nell'ipotesi opposta troverebbe applicazione l'art. 2043.

La contraddizione sta in ciò, che si finisce per qualificare come effetto contrattuale un fatto precedente alla conclusione del contratto medesimo; atteso che il principio di non contraddizione costituisce un “limite impreteribile anche per il legislatore”⁶⁸, dalla natura contrattuale delle ipotesi da ultimo richiamate, relative a fatti avvenuti in pendenza delle trattative e quindi costituenti responsabilità

⁶⁸ MENGONI, *op. cit.*, p. 367.

precontrattuale, si deve necessariamente trarre la conseguenza che quest'ultima ha natura contrattuale⁶⁹.

Occorre infine dare atto dell'ulteriore argomento a sostegno della natura contrattuale fondato sull'ingiustizia del danno, in perfetta antitesi con quello sopra menzionato a sostegno della contrapposta tesi della responsabilità aquiliana.

Al riguardo, si è sostenuto che in realtà l'opzione per la natura contrattuale della *culpa in contrahendo* costituisce una scelta obbligata. Infatti, a ben vedere, l'alternativa non sarebbe fra responsabilità ex art. 1218 ed illecito aquiliano, bensì fra responsabilità contrattuale e nessuna responsabilità; non potendosi ritenere ammissibile, perlomeno in area continentale (diversa essendo la situazione nella tradizione di *common law*), ove i rapporti negoziali soggiacciono espressamente all'imperativo della buona fede, l'irrilevanza giuridica della scorrettezza commessa durante le trattative, giocoforza si sede accogliere la tesi contrattualistica⁷⁰.

Il fondamento di tale opinione sta nell'affermazione del carattere meramente patrimoniale del danno precontrattuale. Secondo tale prospettiva, è da rifiutare la concezione del pregiudizio precontrattuale come danno

⁶⁹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 460.

⁷⁰ L'argomento è sostenuto da CASTRONOVO, cfr., in particolare, CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 337; Id, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., p. 19 ss..

contra ius in termini di lesione della libertà negoziale, affermata dalla giurisprudenza tradizionale.

Da un lato, depone in questo senso il rapporto fra la libertà di contrarre e il dovere di buona fede, tale per cui l'esercizio del diritto non vale a giustificare la violazione dell'obbligo; dall'altro lato, è la violazione della regola di condotta a render rilevante ai fini risarcitori l'esercizio di facoltà connesse alla libertà di contrarre⁷¹.

Inoltre, l'ingiustizia del danno (*rectius*, la sua non configurabilità, secondo l'impostazione che si va esponendo) disvela la contraddittorietà dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale, specie nel caso di responsabilità precontrattuale da contratto validamente concluso, ove, come sopra evidenziato, si ritiene risarcibile il c.d. danno differenziale. Tale pregiudizio, consistente nel lucro cessante da perdita di chance, non è tuttavia correlato alla lesione di alcuna situazione giuridica soggettiva, di guisa che il danneggiato che faccia valere la responsabilità *in contrahendo* della controparte agisce per il risarcimento di un danno meramente patrimoniale, ammissibile soltanto nell'ambito della responsabilità da inadempimento.

10. Segue. Il recente accoglimento in giurisprudenza della tesi contrattualistica.

⁷¹ cfr. CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 337, ove si risolve alla strega della cennata ricostruzione l'apparente contraddizione insita nella disciplina di cui all'art. 1328, comma I, c.c.

Si è già detto che in giurisprudenza si sono verificate poche ma significative aperture a favore del superamento della tesi tradizionale, registratesi in casi riguardanti i danni lamentati da un privato nei confronti della Pubblica Amministrazione per aver confidato nella validità di un accordo stipulato a seguito di procedure ad evidenza pubblica.

In primis, si è pronunciata in tal senso Cass. civ. Sez. I, Sent., 21 novembre 2011, n. 24438, di cui si ritiene opportuno citare i passaggi motivazionali maggiormente significativi:

“L'affidamento reciproco dei contraenti nella correttezza dei comportamenti della controparte nella fase preliminare o prodromica del contratto ritenuto valido e efficace da chi ne ha iniziato l'esecuzione, rileva in tutti i contratti, sia privati che ad evidenza pubblica, vincolando le parti future dell'atto a una condotta secondo buona fede. Tale posizione soggettiva tutelabile si è ritenuta da autorevole dottrina rapportabile alla categoria degli interessi legittimi di diritto privato e la responsabilità che deriva dalla sua lesione non è sicuramente contrattuale, per quanto detto nel precedente paragrafo, nè attiene ad una ipotesi tout court di ingiusta lesione di un diritto da terzi, ai sensi dell'art. 2043 c.c., avendo invece a fondamento il "contatto" tra le parti del futuro contratto” [...]

“La responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perchè consegue al "contatto" tra le future parti per la stipula del

contratto e alle scorrettezze del committente, con rilievo ai fini della disciplina della prova applicabile che è quella dell'art. 1218 c.c., ma non può, per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale” [...]

“Comunque si qualifichi tale responsabilità, essa non può essere contrattuale nel senso proprio del termine, mancando una valida obbligazione da contratto, che nel caso è *tamquam non esset* e privo di effetti, mentre il dovere delle parti di correttezza esisteva sin dal momento del loro contatto per effetto della partecipazione del M. alla gara” [...]

“Causa petendi della domanda del M. è stata la responsabilità da "contatto" tra attore e Consorzio anteriore alla stipula del contratto solo apparente, più volte rilevata da questa Corte con incidenza di tale titolo dell'azione sull'onere della prova, che è analogo a quello di cui all'art. 1218 c.c.”

La Cassazione dà atto del problematico inquadramento della responsabilità ex art. 1337 c.c. ed evidenzia l'irriducibilità *sic et simpliciter* della fattispecie nell'uno o nell'altro regime di disciplina: la situazione di contatto venutasi a creare fra le parti non è inquadrabile nell'art. 2043 c.c., ma si avvicina al modello di responsabilità ex art. 1218 c.c., pur non essendo possibile, in assenza di un contratto valido, impedirne di qualificarla come contrattuale in senso proprio.

Il ragionamento della Corte viene ripreso e sviluppato da Cass. civ. Sez. I, Sent., 20 dicembre 2011, n. 27648, che afferma espressamente l'applicabilità del modello responsabilità *ex art. 1218 c.c.* alla responsabilità *in contrahendo*.

L'art. 1337 c.c., infatti, “*delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c.*”

La Corte prosegue affermando che “*Quanto alla mancata allegazione del profilo della colpa, va ricordato che questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale, conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare - oltre al danno sofferto - solo la condotta antigiuridica, e non anche la colpa (tra le molte, in particolare, Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, e Sez. un. 26 giugno 2007 n. 14712).*

Come si è già osservato, la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicchè deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere

di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno.

Il motivo, pertanto, deve essere rigettato in base al principio che, in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste nell'art. 1173 c.c.”

Per la Corte, dunque, l'instaurazione delle trattative è idonea a determinare un contatto sociale qualificato dall'affidamento, in quanto tale fonte di obbligazioni, e l'art. 1337 c.c. costituisce riconoscimento normativo della relazionalità che caratterizza il rapporto precontrattuale.

La pronuncia è stata ampiamente commentata in dottrina e salutata con favore dai fautori della natura contrattuale della culpa *in contrahendo*, perlomeno riguardo l'approdo finale del percorso argomentativo ⁷².

⁷² Castronovo, La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1227; Scognamiglio, Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale, n *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1949 ss.; Della Negra, Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità, in *I Contratti*, 2012, p. 235 ss.; Fasoli, Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) tedesca”, in *Giur. it.*, 2012, 2547 ss.; Bonni, Inadempimento dell'obbligo di buona fede nelle trattative e natura giuridica della responsabilità precontrattuale, in *Rass. dir.*

Nel medesimo solco delle sentenze testè citate si pone la recente Cass. civ., Sez. I, Sent., 12 luglio 2016, n. 14188.

Con ampia e dotta motivazione, la sentenza recepisce, in sostanza, l'elaborazione dottrinale su cui si fonda la teorica del contatto sociale.

Infatti, in linea di continuità con quanto affermato nel 2011, la Cassazione sposa l'idea che in pendenza delle trattative si insaturi fra le parti un contatto sociale qualificato, *“ossia connotato da uno "scopo" che, per il suo tramite, le parti intendano perseguire. Per il che non si verte - com'è del tutto evidente - in un'ipotesi di mero contatto sociale, bensì di un contatto sociale pregnante che diventa fonte di responsabilità - concretando un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. - in virtù di un affidamento reciproco delle parti e della conseguente insorgenza di specifici, e reciproci, obblighi di buona fede, di protezione e di informazione. [...]*

L'esserci una struttura obbligatoria, vicenda tipica dell'obbligazione senza prestazione, segna, dunque, la differenza con la responsabilità aquiliana, alla base della quale non vi è alcun obbligo specifico, costituendo anche il generico dovere di "alterum non laedere" niente altro che la proiezione - insita nel concetto stesso di responsabilità - sul danneggiante del diritto del danneggiato all'integrità della propria sfera giuridica, al di fuori di un preesistente rapporto con il primo, atteso che, senza il rispetto da parte di chiunque altro dal titolare, il diritto in questione non sarebbe tale.

civ., 2013, 528 ss.; Franzoni, La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... contrattuale?», in Contr. e impr., 2013, 283 ss

In virtù di tale relazione qualificata, una persona - al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) - affida i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona'.

La pronuncia, al pari di quella del 2011 oggetto di numerosi commenti, è stata da molti salutata con favore e vista come il segno del definitivo superamento da parte della giurisprudenza della concezione aquiliana della responsabilità precontrattuale.

11. Osservazioni critiche.

Non sono state tuttavia risparmiate critiche all'argomentazione seguita dalla Corte, con riferimento non tanto all'esito interpretativo cui perviene, quanto al percorso seguito.

Infatti, la natura contrattuale della *culpa in contrahendo* può essere affermata optando per differenti ricostruzioni⁷³.

La Cassazione (probabilmente spinta dalla necessità di fornire adeguato supporto motivazionale al suo *revirement*) segue il percorso del contatto sociale, affermando che la natura contrattuale della responsabilità è fondata sull'idoneità dell'interazione fra le parti delle trattative ad essere fonte di obbligazioni in base all'art. 1173 c.c. e che l'art. 1337 c.c. costituisce un'ipotesi normativamente qualificata di responsabilità da contatto.

⁷³ TAGLIASACCHI, *op. cit.*, p. 247.

La scelta non si rivela del tutto persuasiva, agli occhi sia degli autori maggiormente critici verso la teorica del contatto sociale sia dei suoi fautori⁷⁴.

È infatti agevole constatare il capovolgimento sistematico operato dalla Cassazione.

Si è detto ampiamente che la responsabilità precontrattuale costituisce l'archetipo del contatto sociale e che dalla sua elaborazione ad opera di Jhering si è sviluppata in area tedesca la teorica degli obblighi di protezione e dei rapporti contrattuali di fatto.

Si è anche posto in evidenza il carattere innovativo dell'art. 1337 c.c., che ha espressamente previsto la fattispecie di responsabilità precontrattuale, differenziando così l'ordinamento italiano rispetto a quello tedesco, in cui fino al 2001 l'affermazione della risarcibilità del danno cagionato durante le trattative ha necessitato della ricostruzione relativa ai contatti negoziali.

Nel vigore dell'art. 1337 c.c. siffatta esigenza non ha ragion d'essere. Con tale previsione il legislatore ha disciplinato la fase delle trattative assoggettando le parti al rispetto del canone della correttezza.

Si può certamente dibattere, come in effetti avviene., intorno sull'idoneità o meno dell'espressa previsione del dovere di comportarsi secondo buona fede a far sorgere un

⁷⁴ ZACCARIA, *La "teoria" del "contatto sociale"*, in *Studium Iuris*, 5, 2018, p. 595; PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 1, 2017, p. 35.

rapporto obbligatorio, ma è evidente che, ove si intenda affermare la soluzione positiva, non vi è alcun bisogno di ricorrere al contatto sociale.

Pare utile richiamare nuovamente il pensiero di Mengoni, che basa la propria tesi interpretativa sul dato normativo costituito dall'art. 1337 c.c., che nell'assoggettare le parti della trattativa al rispetto della buona fede è in di per sé "indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio"⁷⁵.

Pertanto, ove si prenda per la natura contrattuale della responsabilità *de qua*, il ricorso al contatto sociale si rivela, alla luce del dato positivo, un'inutile superfetazione, stante la sufficienza dell'art. 1337 c.c. a giustificare l'opzione ermeneutica.

D'altro canto, argomentando nel senso seguito dalla Cassazione si opera un sovvertimento degli istituti e delle categorie giuridiche: l'originaria ricostruzione della responsabilità da contatto sociale e della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano è, al contrario, basata proprio sull'esistenza dell'art. 1337 c.c. e sulla ritenuta applicabilità in via analogica di tale disposizione ad altre situazioni egualmente caratterizzate dall'esistenza di "un

⁷⁵ MENGONI, *op. cit.*, p. 364.

affidamento, il quale fa scoccare la buona fede e gli obblighi che essa è in grado di generare⁷⁶.

⁷⁶ CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2012, cit. p. 1235.

III. La casistica

1. La responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera

1.1. Gli orientamenti giurisprudenziali: dalla responsabilità extracontrattuale al contatto sociale nell'ottica di una maggiore tutela del paziente.

La teorica del contatto sociale ha ricevuto per la prima volta riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità proprio con riferimento al problema della qualificazione della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria nei confronti del paziente ⁷⁷.

Se la responsabilità precontrattuale, come visto *supra*, costituisce l'archetipo del contatto sociale, la fattispecie *de qua* si rivela, a ben vedere, paradigmatica delle questioni che generalmente assumono rilievo nelle ipotesi ricondotte dall'esaminanda giurisprudenza nell'alveo della responsabilità da contatto.

Si intende far riferimento alla difficoltà nell'ascrivere la responsabilità del medico nell'inadempimento o nel fatto illecito, in considerazione della ritenuta scarsa aderenza alla realtà fattuale dell'equiparazione, a livello di trattamento giuridico, del professionista ad un passante che occasionalmente cagioni un danno al paziente; alle significative esigenze di tutela del soggetto debole,

⁷⁷ Di Majo, *L'obbligo senza prestazione approda in Cassazione*, in Corr. Giur., 1999, IV, 450, nota di commento a Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589.

individuato per l'appunto in colui che usufruisce della prestazione sanitaria e che ripone il proprio affidamento nella professionalità del medico, delle quali si paventa la sostanziale frustrazione, ove si dovesse imporre al danneggiato il più gravoso onere probatorio (oltre che la disciplina meno favorevole in punto di prescrizione) derivante dalla disciplina della responsabilità *ex delicto*.

D'altro canto, il tema è esemplare altresì dei già menzionati profili di criticità che caratterizzano l'applicazione giurisprudenziale del contatto sociale: il deficit di rigore nell'applicazione delle elaborazioni teoriche ispiratrici delle *regulae iuris* enunciate dalla Suprema Corte, l'interferenza con profili di politica del diritto, in quanto tali costituenti prerogativa del legislatore; in ultimo, le ricadute negative in termini di certezza del diritto e, conseguentemente, sull'esercizio di determinate attività, ciò che, proprio nel caso della responsabilità del medico, ha determinato un intervento legislativo (reiterato) volto a ricondurre *expressis verbis* la fattispecie nell'ambito della responsabilità da fatto illecito.

Pertanto, giova dar conto dell'evoluzione giurisprudenziale – ed in ultimo legislativa - che ha interessato la materia⁷⁸.

⁷⁸ Per un'efficace ed aggiornata disamina della giurisprudenza, cfr. Adamo, L'evoluzione della responsabilità da contatto sociale alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, Lecce, 2016.

Va preliminarmente evidenziato che, come accennato poc'anzi, il danno cagionato dall'attività medico sanitaria, intesa in senso generale, costituisce un'ipotesi di lesione in cui il danneggiato è esposto al rischio di essere onerato di una *probatio diabolica* per vedere affermata la responsabilità del medico, alla luce dell'oggettiva difficoltà di dimostrare in concreto la negligenza del professionista ed il nesso causale fra la l'attività posta in essere dal sanitario e l'evento di danno, tenuto altresì conto della complessità tecnica e scientifica che sovente denota gli accertamenti di natura medico-legale.

Inoltre, nel caso specifico di prestazione medica eseguita dal professionista nell'ambito di attività lavorativa svolta da questo per una struttura sanitaria, l'elemento peculiare di criticità è costituito dalla circostanza che sussiste un rapporto contrattuale fra quest'ultima ed il paziente, da un lato, ed uno fra la struttura ed il medico dall'altro; al contrario, medico e paziente non sono parti di una relazione negoziale.

Da ciò dovrebbe discendere l'applicazione della disciplina della responsabilità aquiliana, più gravosa per il danneggiato, a fronte tuttavia della considerazione di segno opposto secondo cui ritenere i due soggetti (medico e paziente) alla stregua di estranei, fino a che non si verifichi un danno, non pare del tutto aderente alla realtà dei fatti: di qui la ritenuta inidoneità della responsabilità *ex delicto* a fornire la giusta disciplina della fattispecie. In tale prospettiva, emerge l'elaborazione dottrinale che, facendo

leva sull'affidamento riposto dalla parte debole nella professionalità del medico, intende attrarre la fattispecie di danno nell'area dell'inadempimento⁷⁹.

In una prima fase, coerentemente con la surriferita struttura dei rapporti (o non rapporti) fra i soggetti coinvolti, la giurisprudenza si orienta nel senso di sussumere la responsabilità dell'operatore sanitario nell'ambito del c.d. torto.

Sul punto, è interessante notare come in questa prima fase la giurisprudenza abbia apportato un correttivo al rigore della disciplina in un'ottica di favore verso il medico. Nello specifico, è parsa irragionevole l'applicazione nei confronti di questo del criterio di imputazione della colpa anche lieve, ciò alla luce del raffronto tra la fattispecie con la disciplina del contratto d'opera intellettuale, la quale, ai sensi dell'art. 2236 c.c., limita la responsabilità del professionista in caso di prestazioni di particolare difficoltà alle ipotesi di colpa grave: si è pertanto affermata l'applicabilità analogica della prefata norma e, poi, la sua applicabilità diretta tanto in ambito contrattuale tanto in

⁷⁹ Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss; Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; Id, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 3, 679 ss.

ambito aquiliano valorizzando il carattere della difficoltà dell'attività professionale⁸⁰.

L'attrazione della responsabilità in ambito aquiliano è stata tuttavia oggetto di critiche e, in sintesi, ritenuta incoerente ed inadeguata a fornire idonea tutela al danneggiato. In particolare, ha destato perplessità la diversità di regime intercorrente fra la posizione della struttura sanitaria e quella del medico in caso di danno al paziente, pur nell'unicità del fatto generatore di responsabilità: infatti, entrambi i soggetti si trovano a dover rispondere in ragione dell'esecuzione della prestazione medica, pertanto si è ritenuto non giustificabile che, allorché agisca per ottenere ristoro del pregiudizio patito, il paziente debba misurarsi con discipline diverse a seconda del soggetto nei cui confronti esercita la pretesa.

Nel tentativo di superare le suddette criticità, si è proposto di fare applicazione del contratto a favore di terzo, qualificando in siffatti termini il rapporto fra medico e struttura ospedaliera con il fine di far giovare il paziente degli effetti di tutela del contratto. Nello stesso solco si pone la soluzione secondo cui il contratto fra l'Ente ospedaliero ed il professionista sarebbe da considerare come contratto con effetti protettivi del terzo.

Entrambe le prospettazioni prestano il fianco all'agevole obiezione secondo cui il paziente è estraneo al rapporto fra

⁸⁰ CHINÈ, FRATINI, ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016, p. 2005 ss.

medico e struttura e, pertanto, non fa valere detto titolo bensì agisce in base ad una situazione soggettiva propria.

Un primo tentativo concreto di superamento della concezione aquiliana della responsabilità del medico si è avuto allorché la Cassazione, in un caso riguardante all'attività sanitaria svolta nell'ambito di una struttura pubblica, al fine di qualificare la natura della responsabilità ha valorizzato la similarità della prestazione medica svolta nel settore pubblico con quella esercitata in ambito privato su base contrattuale⁸¹.

Sulla base di tale presupposto, la Corte ha ritenuto di applicare analogicamente la disciplina del contratto d'opera professionale applicabile nell'ipotesi di attività medica privata svolta su accordo delle parti al rapporto intercorrente fra il paziente e la struttura ospedaliera; quest'ultima risponde direttamente, per effetto del nesso di immedesimazione organica con i suoi dipendenti, dell'inadempimento commesso dal personale sanitario, il quale è a sua volta personalmente responsabile ai sensi dell'art. 28 Cost.

L'esito di tale argomentazione è che anche la responsabilità del dipendente va qualificata come contrattuale al pari di quella della struttura, atteso che “hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente,

⁸¹ Cass. Civ., sez. III, sent., 1° marzo 1988, n. 2144.

nell'ambito dell'organizzazione sanitaria” (in termini, Cass. Civ., sez. III, sent., 1° marzo 1988, n. 2144).

La decisione tuttavia non ha avuto un seguito significativo, essendole anzi succedute pronunce di segno opposto, che hanno confermato il quadro giurisprudenziale, in cui il sistema della responsabilità sanitaria (a detta di molti un vero e proprio sottosistema degno di autonoma considerazione) viene ricostruito in termini di concorso c.d. improprio fra responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero ed aquiliana del medico dipendente, caratterizzato, con riferimento alla posizione di quest'ultimo, dalla valorizzazione della nota distinzione fra obbligazioni di mezzo e di risultato nonché da tratti peculiari, come ad esempio l'applicazione dell'art. 2236 c.c., di cui si è già fatto cenno, e la differenziazione in ordine alla ripartizione dell'onere della prova a seconda del grado di difficoltà dell'intervento (se complesso oppure di routine)⁸².

1.2. Segue. Il punto di svolta nella giurisprudenza di legittimità.

Il contesto è mutato quando la Cassazione, esclusa la possibilità di dar seguito al sopra riferito orientamento giurisprudenziale ed alla ricostruzione della responsabilità basata sulle figure del contratto in favore di terzo e del

⁸² Santoro, La responsabilità da contatto sociale, profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali, Milano, 2012, 49 ss.;

contratto con effetti protettivi del terzo, ha optato per la qualificazione della responsabilità del medico in termini di inadempimento, facendo applicazione della teoria del contatto sociale.

Si ritiene opportuno richiamare testualmente taluni passaggi argomentativi della decisione:

“proprio colui (il medico) che si presenta al paziente come apprestatore di cure all'uopo designato dalla struttura sanitaria, viene considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito (un quisque). L'esito sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale. Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al 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 prestargliele. Inoltre se la responsabilità del medico (dipendente) fosse tutta ristretta esclusivamente nell'ambito della responsabilità aquiliana, essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio alterum non laedere, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico. Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è “peggiorato”), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il

semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione qua ante, ma solo non ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo), che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e quindi da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso” (in termini, Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, sent., n. 589 cit.).

Inoltre, assume significativo rilievo, quanto all’insorgere dell’affidamento ed alla determinazione del contenuto dell’obbligazione, anche la circostanza che il medico esercita una professione protetta, ciò che osta ad una differenziazione fra la prestazione svolta in esecuzione di un contratto e quella priva di fonte negoziale:

“Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione cd. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica (che è il caso della fattispecie in esame), che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.. Invero a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere

sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due. Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il "pubblico è obbligato per legge a valersi" (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto. La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui?.

La Suprema Corte muove quindi dalla considerazione che non sono soddisfacenti l'assimilazione di medico e paziente a due estranei e la conseguenziale applicazione del regime di responsabilità aquiliana che sarebbe proprio della casuale collisione fra due sfere giuridiche e, quindi, recepisce l'elaborazione teorica del contatto sociale.

Inoltre, la Corte ritiene che ascrivere alla responsabilità aquiliana il danno cagionato in ambito sanitario non sia consentaneo ad un'adeguata tutela del danneggiato, in quanto l'applicazione dell'*alterum non ledere* consentirebbe di ritenere risarcibile soltanto il peggioramento dello stato di salute in consegna di cure non adeguate e non anche il mancato miglioramento. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte, soltanto assoggettando l'attività del medico alla

disciplina del rapporto obbligatorio si potrebbe giuridicamente pretendere che dall'attività professionale derivi un miglioramento del paziente (così come nei fatti ci si aspetta che accada).

1.3. Le critiche della dottrina.

La sentenza segna l'approdo del contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità e costituisce indubbiamente un crocevia fondamentale nello sviluppo di e nell'applicazione di detta teoria, peraltro in un ambito della responsabilità civile (quello sanitario) la cui peculiarità e rilevanza sono di tutta evidenza tali da farlo ritenere, a detta di molti,

Invero, come è stato acutamente osservato già dai primi commentatori⁸³ la Corte non pare aver fatto buon governo delle categorie teoriche richiamate a fondamento della decisione.

Anzitutto, è ravvisabile nel percorso logico-argomentativo della Cassazione un'indebita sovrapposizione fra i concetti di contatto sociale e rapporti contrattuali di fatto.

Si è già detto in precedenza che - in disparte ogni considerazione circa l'effettiva utilità di tale categoria, da più parti negata - il concetto di contratto di fatto identifica situazioni in cui, a fronte di una genesi peculiare, il rapporto assume carattere effettivamente contrattuale ed al suo interno è ben individuabile una prestazione a carico del

⁸³ Di Majo, op. cit.

debitore; ciò si pone all'opposto di quanto caratterizza invece il differente fenomeno dell'obbligazione senza prestazione, nascente da un contatto sociale qualificato dall'affidamento.

In effetti, aldilà del *nomen* formalmente attribuito alla fattispecie, la Cassazione sembra recuperare proprio la categoria dei rapporti contrattuali di fatto, dato che nelle pieghe della ricostruzione della responsabilità del medico operata dalla decisione *de qua* emerge proprio la connotazione dell'attività del professionista in termini corrispondenti a quelli che caratterizzano l'adempimento di un vero e proprio contratto d'opera intellettuale. L'assimilazione, basata sull'elemento della professionalità, all'attività svolta "privatamente" dal medico dell'attività rende infatti arduo sostenere che il contenuto dei doveri imposti al medico consista nella mera protezione dell'altrui sfera giuridica e non già in una prestazione vera e propria.

Per tale ragione si è sostenuto che pare più sensato discorrere sul punto di "prestazione senza obbligazione", dato che, ferma restando l'inesigibilità della prestazione in assenza di un'attivazione spontanea in tal senso d parte de medico, l'inadempimento rimproverato al medico si rivela identico, in tale prospettiva, a quello derivante da un ipotetico contratto stipulato con il paziente ed in particolare alla prestazione che ne costituirebbe l'oggetto principale⁸⁴.

⁸⁴ Di Majo, op. cit.

1.4. La giurisprudenza successiva.

Ad ogni buon conto, la pronuncia ha costituito il *leading case* seguito dalla giurisprudenza successiva, la quale, in un contesto di progressiva erosione di quel *favor* per il medico⁸⁵ che ha costituito la ragione sostanziale del superamento dell'impostazione tradizionale, ha costantemente affermato la natura contrattuale della responsabilità del medico, seppur fornendo importanti precisazioni ed adeguamenti circa il fondamento, i presupposti ed il contenuto di tale responsabilità⁸⁶.

Assumono particolare rilievo ai fini della presente trattazione proprio le puntualizzazioni operate dalla Cassazione con riferimento all'inquadramento sistematico della fattispecie.

In primis, viene in rilievo Cass. Civ., sez. III, sent., 13 aprile 2007, n. 8826, con cui la Suprema Corte ha affermato che incombe sul medico – e sulla struttura sanitaria – una vera e propria prestazione:

“Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento

⁸⁵ Santoro, op. cit., p.58 ss.

⁸⁶ Cfr. Santoro, op. cit., p. 58 ss.; Chinè, Fratini, Zoppini, op. cit., p.2028 ss.

di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi.

In altri termini, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria [...] ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico”.

La decisione riconduce dunque ad una maggiore coerenza l'impostazione inaugurata dalla succitata sentenza del 1999, confermando la natura contrattuale dell'addebito e, soprattutto, l'identità di contenuto della relativa obbligazione, a prescindere dalla sua fonte; inoltre, viene attribuito un più solido fondamento alla rafforzata tutela del paziente con riferimento al caso dell'inutilità della cura⁸⁷.

Ulteriore conferma della connotazione della responsabilità del medico nei termini sinora ricostruiti è pervenuta dalle Sezioni Unite, che hanno altresì confermato l'autonoma qualificazione del rapporto negoziale intercorrente fra il paziente e la struttura sanitaria come contratto atipico c.d. di ospedalità (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sent., 11 gennaio 2008, n. 577).

⁸⁷ Santoro, op. cit., p 60.

Appare chiaro il tenore di fondo della descritta evoluzione giurisprudenziale, tendente ad assicurare una sempre maggiore tutela al danneggiato, evincibile altresì dagli orientamenti maturati in tema di applicazione concreta del riparto dell'onere probatorio, ove si è passati da una prima fase in cui, sulla base della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato, il ridetto onere è modulato diversamente a seconda della difficoltà dell'intervento medico, ad una successiva in cui, tramite il superamento della distinzione, l'*onus probandi* posto in capo al paziente è limitato, secondo le regole generali della responsabilità ex art. 1218 c.c., all'esistenza del rapporto obbligatorio e l'inadempimento, consistente nell'aggravamento del quadro clinico; per converso, al medico spetta provare di aver effettuato la prestazione con la diligenza imposta del suo status professionale e dall'attività concretamente svolta⁸⁸.

1.5. Gli “effetti collaterali” della contrattualizzazione della responsabilità del medico e gli interventi del legislatore. La Legge Balduzi.

L'ampliamento di matrice giurisprudenziale della responsabilità del medico, tuttavia, seppur ispirato dall'esigenza di approntare una tutela adeguata al paziente, ha mostrato i suoi limiti proprio con riferimento alle

⁸⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. un., sent., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. Civ., Sez. III, sent., 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. Civ. n. 8826/2007 cit.; Cass. Civ., Sez. Un., n. 577/2008 cit.

ricadute sul diritto alla salute dei cittadini. È infatti opinione condivisa quella secondo cui la progressiva costruzione di un sistema di responsabilità - se non draconiano - certamente gravoso per il medico abbia finito per incentivare l'uso della c.d. medicina difensiva: il timore delle conseguenze legali della propria attività spinge gli operatori sanitari a prediligere pratiche che li tengano al riparo da eventuali ripercussioni in sede civile e penale, piuttosto che ad individuare soluzioni più efficaci per la cura del paziente, con conseguenze nefaste tanto per il singolo paziente tanto per il sistema sanitario nel suo complesso ⁸⁹.

Tale “effetto collaterale” dell'applicazione del regime di maggior rigore ha determinato un intervento del legislatore volto a circoscrivere la responsabilità dell'operatore sanitario: ai sensi dell'art. 3 d.l. 158/2012, convertito in l. 189/2012, *“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 cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella*

⁸⁹ Pittella, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale " qualificato"?*, in *Contratto e impresa*, 1, 2020, p. 419 ss.; Sabatino, *La teoria del contatto sociale e la responsabilità sanitaria in Italia alla luce della recente riforma*, in www.comparazionedirittocivile.it.

determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

La norma ha inteso limitare la responsabilità dell'operatore sanitario escludendo in particolare la rilevanza penale dell'attività svolta in conformità a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Invero, la formulazione della disposizione si è rivelata foriera di incertezze tanto sul piano penale quanto in tema di responsabilità civile⁹⁰. In particolare, per quanto qui di interesse, il riferimento all'art. 2043 c.c. ha dato adito a dibattiti intorno alla questione se il legislatore abbia inteso superare l'orientamento giurisprudenziale basato sul contatto sociale qualificato⁹¹.

⁹⁰ La disposizione ha peraltro avuto una genesi travagliata. La formulazione originaria, contenuta nel d.l. e poi modificata in sede di conversione, così recitava: “*Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale*”. La modulazione della responsabilità del medico rimaneva pertanto inserita nell'alveo della responsabilità contrattuale, con recepimento sul punto dell'elaborazione giurisprudenziale.

⁹¹ Sartoris, La responsabilità del medico nell'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi (L. 189/2012), in *Persona e mercato*, 2013, 4, 358 ss.

In questa direzione è stata valorizzata la *littera legis* ed evidenziata la coerenza di tale soluzione con l'intento del legislatore di alleggerire la posizione del sanitario⁹².

Di contrario avviso gli interpreti che hanno ritenuto la formulazione letterale della disposizione frutto di una mera imprecisione oppure che hanno evidenziato come, stante l'assenza di elementi da cui trarre la limitazione dell'ambito soggettivo della norma al solo operatore dipendente di una struttura, l'anzidetta opinione avrebbe portato ad applicare la responsabilità aquiliana anche al medico esercente la libera professione, conclusione questa palesemente inammissibile.

Sulla questione si è pronunciata la Cassazione, che ha confermato la natura contrattuale della responsabilità del medico, fondata sul contatto sociale qualificato con il paziente, circoscrivendo la portata applicativa dell'inciso riguardante l'art. 2043 c.c., sull'assunto che detta norma, *“poichè omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., dev'essere interpretata, conforme al principio per cui in lege aquilia et levissima culpa venit, nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica”*.

⁹² Sartoris, op. cit.

Atteso quanto sopra, prosegue la Corte, “*deve, viceversa, escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale*” e “*deve, pertanto, ribadirsi che alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni*” (in termini, Cass. Civ., sez. VI-3, ord., 17 aprile 2014, n. 8940).

1.6. Segue. La Legge Gelli-Bianco.

La novella legislativa, così applicata, non ha sortito l'effetto di ridurre la sovraesposizione dell'operatore sanitario e le conseguenti ricadute in termini di efficacia dell'attività medica.

Pertanto, il legislatore ha ritenuto di intervenire nuovamente in materia con la Legge c.d. Gelli-Bianco (l. n. 24/2017), il cui art. 7, comma 3 così dispone:

“1. 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 e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge. [...]

5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile”.

La scelta del legislatore appare chiara ed univoca nel senso della riconduzione della responsabilità del medico nell'alveo dell'illecito aquiliano e, quindi, del ritorno all'originaria impostazione del c.d. concorso improprio fra inadempimento e torto.

L'intento della nuova disciplina è di rimediare all'aggravio della posizione del medico e, al contempo, di non arretrare sul piano della tutela del paziente, atteso che:

- a) come già esposto, la responsabilità del medico è disciplinata dall'illecito aquiliano;
- b) la struttura sanitaria che sia chiamata a rispondere dell'illecito dell'operatore sanitario ha diritto di rivalsa nei confronti di quest'ultimo limitatamente ai casi di dolo o colpa grave;
- c) resta naturalmente ferma – e trova espresso riconoscimento normativo - la natura contrattuale della responsabilità dell'ente ospedaliero;

d) la struttura è gravata da oneri assicurativi e dall'obbligo di munirsi di sistemi di c.d. *risk management*.

La soluzione è stata criticata in quanto si tratterebbe di una forzatura legislativa consistente nella rivisitazione di principi giurisprudenziali ormai consolidati, che influisce su aspetti di evidente rilievo pratico in punto di riparto dell'onere probatorio e di prescrizione.

D'altro canto, il sistema delineato dal legislatore pare coerente e consentaneo alle esigenze di protezione del paziente, da un lato, e di quelle correlate di buon funzionamento del sistema sanitario, dall'altro.

Il legislatore pare in altri termini aver elaborato un sistema aderente alla realtà dell'attività medica, caratterizzata da notevole complessità non soltanto tecnica ma anche organizzativa; in tale prospettiva, ci si è resi conto che l'evento infausto cagionato dalla prestazione del singolo professionista trova origine, di regola, in deficit organizzativi e strutturali che trascendono la diligenza del medico, il quale, in un contesto normativo rigoroso nei suoi confronti come quello elaborato in giurisprudenza, si è trovato a ricoprire – indebitamente - una posizione di sostanziale garanzia nei confronti del paziente⁹³.

La riforma riconduce la responsabilità del professionista ad una dimensione più consona alle reali dinamiche dell'attività medica e meno gravosa, garantendo la

⁹³ Pittella, op. cit., p. 447.

protezione della parte debole mediante la disciplina della responsabilità della struttura sanitaria.

La normativa è stata vista come indicativa di una reazione del legislatore al crescente ricorso della giurisprudenza alla teoria del contatto sociale⁹⁴.

Si è in effetti già evidenziato come l'applicazione di detta teoria postuli un'attività di individuazione e selezione delle fattispecie meritevoli di particolare protezione che pare prerogativa del legislatore, non della giurisprudenza.

Il caso della responsabilità medica è a tal proposito emblematico. La rilevata necessità di fornire tutela al paziente ha determinato il superamento dell'impostazione originaria del c.d. concorso improprio, la quale tuttavia non presenta alcun inconveniente dal punto di vista sistematico, essendo ben plausibile una diversità di disciplina fra la posizione della struttura, che stipula il contratto con il paziente, e quella del medico che invece non instaura alcun rapporto negoziale con quest'ultimo. La scelta di percorrere una strada diversa (quella del contatto sociale) non è allora conseguenza della mancanza di soluzioni giuridiche, bensì è frutto di una scelta di politica del diritto.

2. La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.

2.1. L'evoluzione giurisprudenziale.

⁹⁴ Pittella, op. cit., p. 465.

Il tema della responsabilità della Pubblica Amministrazione si pone oggi all'esito di un percorso evolutivo che ha visto l'erosione di una tradizionale posizione di privilegio per giungere ad una ricostruzione in termini tendenzialmente paritari del rapporto fra p.a. E cittadini.

Naturalmente, detta parità è declinata in modo differente a seconda che l'Amministrazione agisca *iure imperio* oppure *iure privatorum*.

In tale seconda ipotesi, le parti, privata e pubblica, operano su un piano di parità piena e, per quanto interessa nella presente dissertazione, la natura di Pubblica Amministrazione non incide sulla ricostruzione della responsabilità civile in caso di lesione, potendosi giungere ad una qualificazione in termini contrattuali oppure di illecito aquiliano in base ai criteri generali applicabili nei confronti di qualsiasi altro soggetto.

La situazione muta allorché la p.a. agisca nell'esercizio di poteri autoritativi. In tal caso, la sua posizione di preminenza permane in virtù del perseguimento dell'interesse pubblico, ciò che giustifica il sacrificio della situazione soggettiva del privato correlata all'esercizio del potere, purché nel rispetto della legge.

Siffatta peculiarità trova un riflesso nella questione concernente la responsabilità della p.a. nel caso di danno arrecato nello svolgimento di attività amministrativa.

Come sarà evidenziato *infra*, l'evoluzione della materia è passata dapprima per l'affermazione della risarcibilità degli

interessi legittimi e successivamente attraverso lo studio dei casi e modi di tutela del privato che abbia subito un pregiudizio per effetto dell'azione amministrativa; la peculiarità della tematica, nella quale vi è interconnessione fra aspetti di diritto sostanziale e di diritto processuale, ha anche fatto sì che la riflessione dottrinale e soprattutto giurisprudenziale si sia soffermata sulla qualificazione della situazione soggettiva del privato, se di interesse legittimo o di diritto soggettivo, aspetto di diretta rilevanza in punto di giurisdizione ma con riflessi sistematici di rilievo anche riguardo la qualificazione della responsabilità della p.a., che finisce per esserne influenzata.

In sintesi ⁹⁵, l'originaria concezione dei rapporti fra p.a. e cittadino, in uno con elementi testuali della disciplina di cui all'art. 4 l.a.c., ha determinato il tradizionale monolitico orientamento surriferito nel senso di negare la risarcibilità della lesione di un interesse legittimo.

In particolare, si è ritenuto deporre in tal senso: il riferimento ai "diritti civili e politici", cioè ai diritti soggettivi, nella determinazione dell'ambito della giurisdizione ordinaria e la correlata concezione della giustizia amministrativa come giurisdizione di annullamento, nella quale l'unica tutela esperibile sarebbe, in tale prospettiva, quella demolitoria; la concezione

⁹⁵ Cfr. Caringella, Mazzamuto, Morbidelli, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, p. 224 ss.

restrittiva del danno *contra ius* come lesione dei diritti assoluti.

L'evidente *vulnus* di tutela derivante dall'impostazione testé descritta ha portato alla progressiva erosione di tale monolitico orientamento, anche in considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di tutela aquiliana del diritto di credito sancita dalla nota sentenza delle Sezioni Unite Civili del 26 gennaio 1971, n. 174 (c.d. caso Meroni).

Dapprima, la giurisprudenza ha ampliato l'area di tutela con il rimedio interpretativo consistente nella qualificazione della situazione giuridica soggettiva del cittadino in termini di diritto soggettivo, anziché di interesse legittimo, in base alla teoria della degradazione⁹⁶.

Successivamente, il legislatore, con previsioni all'evidenza dotate di un rilievo sistematico che trascende la specifica materia oggetto d'intervento, ha affermato espressamente la risarcibilità del danno occorso per effetto dell'attività amministrativa in tema di appalti (art. 13 l. 142/1992) e nei settori dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici (art. 35, d.lgs. 80/1998).

Il punto di svolta definitivo introno alla tematica in questione si ha con la storica sentenza Cass. Civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, con la quale è stata riconosciuta in via generale la risarcibilità del danno derivante dalla lesione

⁹⁶ Sul punto, cfr. Cass. Civ., Sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463; Id., 6 ottobre 1979, n. 5172.

di interessi legittimi. L'esito interpretativo discende dalla qualificazione della clausola di cui all'art. 2043 c.c. come norma primaria, che pone il divieto del *neminem laedere* e ne sanziona la violazione, e dall'adesione ad una concezione dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, correlata ad un bene della vita la cui lesione può cagionare un danno risarcibile.

2.2. La natura della responsabilità.

Tanto premesso in linea generale, occorre adesso soffermarsi sulla questione della natura della responsabilità ascrivibile alla Pubblica Amministrazione: infatti, l'indubbia ravvisabilità di un momento relazionale fra p.a. e cittadino nell'ambito dell'azione amministrativa ha infatti indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a fare applicazione del contatto sociale.

Va evidenziato che ad oggi rimane prevalente l'orientamento giurisprudenziale che la qualificazione in termini aquiliani, in conformità all'impostazione della tematica offerta originariamente dalla summenzionata sentenza n. 500/1999, nella quale la Suprema Corte ha espressamente optato per la natura extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione, con le ricadute applicative che ne conseguono in termini di prescrizione ed onere della prova.

È stato allora precisato che *“il nuovo corso non ha introdotto affatto una equazione in forza della quale il giudice ordinario tutte le volte in cui riscontri la presenza di una posizione di interesse legittimo in capo al privato debba procedere automaticamente ed*

indiscriminatamente al risarcimento del danno che il privato assuma essergli stato provocato dalla P.A., in quanto la sussistenza di una situazione in tal senso qualificata è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., per la quale occorre anzitutto che l'interesse legittimo sia stato leso da un provvedimento ovvero da un comportamento illegittimo dell'amministrazione, e quindi attraverso l'esplicazione illegittima e colpevole della funzione amministrativa. Ed è necessario, altresì, che l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento (Cass. sez. un. 22 06/2005; Cons. St. Ad. plen. 7/2005)” (in termini, Cass. Civ., sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2122).

La Suprema Corte ha reiteratamente affermato l'insufficienza della mera illegittimità dell'azione amministrativa ai fini del risarcimento del danno ed evidenziato la necessità della dimostrazione della sussistenza degli elementi costitutivi dell'art. 2943 c.c.

In tal senso si possono segnalare, senza pretesa di esaustività, Cass. Civ., sez. I, sent., 16 maggio 2008, n.12455 secondo cui *“in tema di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, l'accertata illegittimità della condotta della P.A. o di suo organi, derivante dal ritardo, dall'inerzia o dalla mancata istruzione del procedimento, che si traducono nella violazione dell'obbligo di portarlo comunque a compimento (in modo favorevole o sfavorevole per l'istante), non è sufficiente ai fini dell'affermazione della responsabilità aquiliana, occorrendo altresì che risulti*

danneggiato l'interesse al bene della vita al quale è correlato l'interesse legittimo dell'istante, e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo. In riferimento al rilascio di una concessione edilizia, l'accertamento di tale interesse implica un giudizio prognostico sulla fondatezza dell'istanza, da condursi in riferimento alla normativa di settore ed agli elementi offerti dall'istante, onde stabilire se costui fosse titolare di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la conclusione positiva del procedimento”.

In termini analoghi si è espressa Cass. Civ., sez. I, sent. 13 ottobre 2011, n. 21170/2011: *“in tema di responsabilità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica, sempre che il privato non deduca espressamente la violazione degli obblighi comportamentali sorti da un "contatto amministrativo qualificato", il diritto al risarcimento del danno ha attuazione diversa a seconda della natura dell'interesse legittimo: infatti, quando esso è oppositivo, occorre accertare se l'illegittima attività dell'Amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio, mentre, se l'interesse è pretensivo, concretandosi la lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, occorre valutare a mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta della parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole”.*

Ancora, la terza sezione civile della Cassazione, con sentenza del 31 ottobre 2014, n. 23170, ha ribadito che *“la*

responsabilità della P.A., ai sensi dell'art. 2043 c.c., per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica, è configurabile qualora si verifichi un evento dannoso che incida su un interesse rilevante per l'ordinamento e che sia eziologicamente connesso ad un comportamento della P.A. caratterizzato da dolo o colpa, non essendo sufficiente la mera illegittimità dell'atto a determinarne automaticamente l'illiceità. Ne consegue che il criterio di imputazione della responsabilità non è correlato alla sola illegittimità del provvedimento, ma ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento dell'elemento soggettivo e della connotazione dell'azione amministrativa come fonte di danno ingiusto”.

Da ultimo, tale orientamento è stato richiamato da Cass. civ. Sez. I, Ord., 3 ottobre 2019, n. 24793.

Anche la giurisprudenza amministrativa è rimasta fedele all'insegnamento delle Sezioni Unite. Si consideri a tal proposito che la giurisprudenza amministrativa qualifica la responsabilità della p.a. come extracontrattuale anche in ipotesi in cui il danno lamentato dal privato sia stato cagionato nell'ambito di un procedimento amministrativo.

Ex plurimis, si pronunciata in tal senso Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 27 novembre 2010, n. 8291: “*infondata è la domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento qualificato riposto dalla società nell'attività procedimentale realizzata dall'amministrazione comunale; nella prospettiva della ricorrente l'amministrazione avrebbe violato gli obblighi di buona fede scaturenti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. ritenuti applicabili in via analogica a qualsiasi situazione di contatto procedimentale fra privato e pubblica amministrazione. In ordine alla inconfigurabilità, sul piano generale*

ed astratto, della responsabilità civile della p.a. "per contatto sociale", la sezione non intende discostarsi dagli approdi ermeneutici cui sono pervenute le sezioni unite della Corte di cassazione (sin dalla storica sentenza 22 luglio 1999, n. 500; successivamente cfr., ex plurimis, sez. un., 27 febbraio 2008, n. 5084; sez. un., 27 marzo 2008, n. 7948; sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2122), e l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. 22 ottobre 2007, n. 12; 30 luglio 2007, n. 10; 9 febbraio 2006, n. 2; 15 settembre 2005, n. 7; 5 settembre 2005, n. 6; 26 marzo 2003, n. 4), cui si rinvia a mente dell'art. 74 c.p.a.".

Siffatto orientamento è stato confermato anche in tema di danno da ritardo, secondo quanto affermato da cfr., da ultimo, Cons. Stato Sez. VI, Sent., 2 gennaio 2018, n. 12:

“In materia, quindi, va ribadito (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. IV 30 giugno 2017 n. 3222) che la pretesa risarcitoria, relativa al danno da ritardo, deve essere ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 c.c., con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito, con l'avvertenza che, nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697 comma 1, c.c., opera con pienezza, e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento”.

A fronte di tale consolidato quadro giurisprudenziale, si registra d'altro canto, specie nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, un orientamento favorevole all'inquadramento nell'ambito dell'art. 1218 c.c.

Da tale punto di vista, il Giudice ordinario si è mostrato più sensibile agli impulsi provenienti dalla dottrina che riconosce nel c.d. contatto amministrativo un'ideale fonte di obbligazioni a carico della p.a., con conseguente ascrivibilità della lesione dell'interesse legittimo all'area dell'inadempimento⁹⁷.

Secondo una prima tesi, siffatta concezione ha ricevuto nuova linfa dall'approvazione della l. 241/1990. In tal senso pare significativo il pronunciamento di Cass. Civ., sez. I, sent. 10 gennaio 2003, n. 157:

“Con la L. 7 agosto 1990 n. 241 i principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, e insieme di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono diventati criteri giuridici positivi.

La nuova concezione dell'attività amministrativa non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione.

Il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. Ne è corollario l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nella misura in cui la coincidenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico è un mero

⁹⁷ Per tutti, CASTRONOVO, *La “civiltà” della Pubblica Amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2013, p. 637.

accidente, che non infirma la preponderanza di questo su quello. Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato.

Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500-99-SU identifica nelle "regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

In altri termini, si è ritenuto che, essendo l'attività della p.a. disciplinata dalla legge mediante l'imposizione in capo a quest'ultima di una serie di obblighi volti a tutelare il destinatario del procedimento, da ciò consegue l'instaurazione di un rapporto qualificato fra le parti e, perciò, che la responsabilità per il danno cagionato per violazione di detti obblighi abbia natura contrattuale.

2.3. La recente tendenza alla valorizzazione della tutela dell'affidamento.

In tempi più recenti, la Cassazione ha adottato in talune decisioni un percorso argomentativo per certi versi non dissimile da quello posto a fondamento della "prima fase" dell'evoluzione che ha portato la risarcibilità dell'interesse legittimo, di cui si è detto sopra.

Come al tempo la qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione soggettiva lesa è stato

finalizzato a riconoscere tutela in fattispecie nelle quali al tempo sarebbe stata altrimenti negata, oggi si può osservare una tendenza analoga ad ampliare l'area del diritto soggettivo a discapito dell'interesse legittimo; tale orientamento, volto ad affermare la giurisdizione ordinaria, è basato sulla valorizzazione del legittimo affidamento del cittadino verso la correttezza dell'operato della p.a., ciò da cui viene altresì desunta la natura contrattuale della responsabilità.

In siffatta direzione si è mossa anzitutto la pronuncia Cass. Civ. n. 14188/2016, esaminata *supra* con riferimento alla responsabilità precontrattuale.

Più di recente, va segnalata l'ordinanza del 28 aprile 2020, n. 8236 pronunciata dalle Sezioni Unite civili in sede di regolamento di giurisdizione. Nella specie, una Società si doleva dell'atteggiamento a suo dire ondivago e contraddittorio tenuto nell'ambito di un procedimento in materia urbanistico-edilizia dall'Amministrazione comunale, la quale aveva ingenerato la convinzione di ottenere un provvedimento favorevole riguardo la realizzazione di una struttura alberghiera. Invece, il procedimento, protrattosi per lungo tempo, in violazione dei termini di legge, si concludeva con esito sfavorevole.

La Corte, richiamata la giurisprudenza in tema di risarcimento del danno per annullamento del provvedimento favorevole illegittimo, afferma la giurisdizione ordinaria sulla base del rilievo secondo cui la domanda avrebbe ad oggetto non già la legittimità

dell'azione amministrativa, bensì la lesione dell'affidamento cagionata dal contegno tenuto dalla p.a. durante il procedimento, considerato nella decisione *de qua* alla stregua di un comportamento mero:

“Può quindi ora pervenirsi, in conclusione, a sciogliere il dilemma prospettato nel paragrafo 21. Deve pertanto affermarsi che i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicchè, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione. In questo caso, infatti, i detti principi valgono con maggior forza, perchè, l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento (quella "dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato" a cui si è fatto riferimento nell'ultima parte del paragrafo 27.1), nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo. In definitiva, poichè il presente giudizio ha ad oggetto una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento della società [...] nella correttezza del comportamento della pubblica amministrazione, causata da una condotta del Comune [...] che l'attrice assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, priva di collegamento, anche solo mediato, con l'esercizio (mai attuato) del potere amministrativo, il proposto

regolamento di giurisdizione va definito con l'affermazione della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria'.

Tanto enunciato in punto di giurisdizione, la Cassazione afferma altresì in un *obiter dictum* la natura contrattuale della responsabilità della p.a., derivante dal contatto sociale qualificato con il soggetto interessato dal procedimento amministrativo:

“Alla stregua dei principi enunciati in Cass. 14188/16 (successivamente ripresi anche da Cass. 25644/2017), che queste Sezioni Unite ritengono di confermare, deve quindi conclusivamente affermarsi che la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti - la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione - che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto”.

2.4. Osservazioni critiche.

La decisione, accolta con favore da autorevole dottrina⁹⁸, desta invero notevoli perplessità.

Anzitutto, non persuade l'affermazione, su cui si basa il riconoscimento della giurisdizione ordinaria, secondo cui l'attività dedotta a fondamento della domanda risarcitoria sarebbe del tutto slegata dall'esercizio del potere amministrativo, atteso che la condotta denunciata è consistita precipuamente in una serie di atti e provvedimenti formali, adottati nell'ambito di un (anch'esso formale) procedimento amministrativo; da tale punto di vista, la Corte pare far riferimento, come ai fini dell'individuazione della situazione soggettiva giuridica su cui si basa il riparto di giurisdizione, non già – come dovrebbe - al criterio del *petitum* sostanziale, bensì alla prospettazione di parte.

Ne consegue che la negazione del carattere procedimentale dell'attività della p.a. sembra del tutto avulsa dall'effettiva situazione sostanziale oggetto della pronuncia, la cui vicenda si è dipanata nello stretto ambito di un procedimento.

Inoltre, l'applicazione della teoria del contatto sociale non è convincente.

In primo luogo, non lo è in quanto basata sul richiamo alla sentenza del 2016 in tema di responsabilità

⁹⁸ Cfr. nota a sentenza di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corriere Giur.*, 2020, 8-9, p. 1025.

precontrattuale, dato che l'affermazione della natura contrattuale di detta responsabilità non è (*rectius*, non può essere) basata sulla mera qualità di Pubblica Amministrazione di uno dei soggetti coinvolti, bensì sull'assimilabilità del procedimento amministrativo di evidenza pubblica ad una trattativa.

Inoltre, la riconduzione all'area contrattuale della responsabilità della p.a. – ove inserita in attività di natura provvedimentale, come si deve correttamente ritenere nel caso in questione – si presta ad obiezioni emblematiche della generale problematicità della categoria concettuale in questione.

In particolare, risulta evidente, ancor più che in altre ipotesi, come la riconduzione della fattispecie all'area contrattuale mal si concili con il requisito dell'ingiustizia del danno.

Considerato che nel rapporto fra il privato titolare di un interesse legittimo e l'Autorità la spettanza del bene della vita è subordinata all'esercizio del potere discrezionale, pare agevole osservare che siffatta situazione non è equiparabile a quella propria di un rapporto obbligatorio, ove il bilanciamento fra gli interessi delle parti e, quindi, la valutazione di ingiustizia dell'eventuale danno, sono operati *ex ante* rispetto alla lesione. Nel caso che ci occupa, al contrario, detta valutazione è operata discrezionalmente dalla parte danneggiante.

Da altro, connesso, punto di vista, la ricostruzione nei termini del contatto sociale finirebbe per obliterare

l'accertamento stesso della stessa sussistenza di un danno, atteso che l'interesse legittimo – e la sua eventuale lesione – si pongono in un momento ontologicamente precedente all'effettivo prodursi del danno risarcibile oltre che precedente anche alla configurabilità del requisito anzidetto dell'ingiustizia.

In altri termini, equiparare la lesione dell'interesse legittimo all'inadempimento porta la conseguenza di ritenere risarcibili danni evento in assenza di accertamento dell'ingiustizia e della sussistenza di un danno conseguenza.

Di ciò pare consapevole la giurisprudenza citata sopra, che, nel ribadire la natura aquiliana della responsabilità, evidenzia la necessità di uno scrutinio circa la presumibile spettanza del bene della vita.

Inoltre, depone in tal senso anche il dato testuale dell'art. 30 c.p.a., che fa espresso riferimento al “danno ingiusto” in coerenza con gli aspetti sistematici appena evidenziati.

Sul piano generale, attenta dottrina ha rimarcato l'incompatibilità di fondo fra il rapporto che si instaura fra il cittadino e la p.a. nell'ambito dell'esercizio del potere e quello intercorrente fra le parti di un rapporto obbligatorio; in particolare, se in capo alla p.a. vengono posti degli

obblighi, è automatica conseguenza che in capo ai privati cessano di esistere gli interessi legittimi⁹⁹.

Del resto, proprio lo sforzo argomentativo sotteso all'ordinanza delle Sezioni Unite citata sopra, volto a ricondurre la situazione soggettiva lesa nell'ambito del diritto soggettivo, pare frutto della consapevolezza dell'insuperabile differenza sussistente fra le due forme di relazione, con la conseguente necessità, ove si intenda riconoscere una tutela di tipo contrattuale, di sottrarre la fattispecie dall'ambito dell'interesse legittimo.

Va tuttavia evidenziato che l'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità della p.a. pone, invero, una problematica in termini di effettività di tutela del danneggiato, consistente in particolare nella dimostrazione dell'esistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito: la prova della sussistenza della colpa in capo alla p.a. può risultare effettivamente ardua da fornire.

Tuttavia, per porre rimedio a tale squilibrio non pare necessario ricorrere a ricostruzioni teoriche di dubbia coerenza sistematica, risultando a tal fine sufficiente l'utilizzo di presunzioni. In particolare, l'illegittimità del provvedimento, pur essendo di per sé insufficiente a determinare la sussistenza della colpa, può assumere valore indiziante in tal senso, spettando poi all'Amministrazione

⁹⁹ Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Trattato Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, IV, 3, Milano, 2009, p. 242 ss.

dimostrare di essere incorsa in errore scusabile (cfr. sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, sent. 12 aprile 2018, n. 2197).

3. Conclusioni.

Le ipotesi applicative esaminate, inclusa quella archetipale costituita dalla responsabilità precontrattuale, non dipanano i dubbi avanzati in dottrina circa l'opportunità e l'utilità del contatto sociale.

Anzitutto, è agevole osservare che in entrambi i casi l'applicazione della teoria non si è rivelata, per ragioni diverse, decisiva.

Nel caso della *culpa in contrabendo* come già evidenziato, non pare necessario richiamare il contatto sociale qualificato: già negli anni cinquanta del secolo scorso Mengoni ha ritenuto di ricondurre alla responsabilità contrattuale sulla base della mera applicazione dell'art. 1337 c.c.

Si è poi preso in considerazione il caso della responsabilità della p.a. per la lesione di interessi legittimi.

Detta ipotesi appare particolarmente significativa con riferimento proprio al fondamento concettuale della teoria del contatto sociale, vale a dire il postulato secondo cui ogniqualvolta sussista un momento relazionale fra le parti precedente al verificarsi del danno, la fattispecie andrebbe sussunta all'interno dell'art. 1218 c.c..

In realtà, ciò che giustifica l'applicazione della disciplina contrattuale della responsabilità – e che non ricorre ad esempio nel caso de quo – è il *quid pluris* rappresentato

dall'individuazione, a monte della produzione del danno, dell'interesse prevalente, da cui discende la valutazione d'ingiustizia della lesione.

Del resto, il riferimento alla mera relazionalità non pare dotato di adeguata vis discretiva: un momento relazionale sussiste sempre allorché un dato evento assuma rilevanza giuridica.

Pertanto, non può sottacersi il rischio che orientamenti giurisprudenziali che assoggettano determinate ipotesi lesive ad un regime di responsabilità più favorevole al danneggiato, in base sostanzialmente ad un giudizio di meritevolezza di tutela, sottendano in realtà scelte che sarebbero prerogativa del legislatore, il tutto in assenza di una rigorosa individuazione dei criteri di selezione dell'area del contatto qualificato.

Nel caso poi della colpa medica, a fronte dell'orientamento accolto in giurisprudenza il legislatore ha ritenuto di intervenire espressamente in tema di qualificazione e regime della responsabilità, riconducendo il sistema della responsabilità sanitaria a maggiore coerenza.

In particolare, è proprio la prospettiva *de iure condendo*¹⁰⁰ quella che pare, in potenza, maggiormente soddisfacente,

¹⁰⁰ Strada seguita ad esempio dal legislatore in fattispecie di notevole rilievo applicativo, come nel caso dell'equo indennizzo per la durata eccessiva del processo ex l. 89/2001 e nel caso del risarcimento per la detenzione inumana e degradante ex art. 35 ter o.p.

consentendo di apprestare la tutela ritenuta più adeguata alla fattispecie, limitando il rischio di gravi incertezze applicative; ciò appare opportuno tanto nel senso di prevedere ipotesi speciali di responsabilità quanto di eliminare differenze di disciplina fra i due regimi che non siano necessitati dalle diversità strutturali di cui si è dato atto *supra*.

Bibliografia

- AA.VV., *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Visintini, Milano, 1984;
- Adamo, *L'evoluzione della responsabilità da contatto sociale alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali*, Lecce, 2016;
- Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008;
- Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 102 ss.;
- Barbanera, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, NGCC, I, 2003, 273;
- Barcellona, *La terza via della responsabilità da contatto*, in E.Gabrielli, *Commentario del codice civile, Dei fatti illeciti*, Torino, 2011;
- Benatti, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1, 1987, p. 287.
- Benatti, *Doveri di protezione*, in *Dig. sez. civ.*, 1991, in *Leggi d'Italia P.A.*, Wolters Kluwer,
- Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 126;
- Benatti, *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione"*, RTPC, 1960, 1342 ss.;
- Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss.; Bianca, *Diritto civile*, 2, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 157 ss.
- Bigliuzzi Geri, *«Buona fede nel diritto civile»*, in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 169;
- Bonni, *Inadempimento dell'obbligo di buona fede nelle trattative e natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 528 ss.;
- Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 109;
- Buffoni, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, GI, 2008, IV;

- Busnelli, Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, RCP, 1977, 748 ss.; Busnelli, Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte, CeI, 1991, 539;
- Busnelli, Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte, in *Contratto Imp.* 1991, p. 545;
- Busnelli, Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, *ivi*, p. 748;
- Canaris, *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, p. 6
- Cannata, *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, Padova, 2009, cit. p. 29 ss.
- Carassale, Danno cagionato dall’incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell’ottica del risarcimento, NGCC, 2004, 491;
- Carbone, La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto, DResp, 1999, 294;
- Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, II, Milano, 1987, 734;
- Carusi, Correttezza (obblighi di), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.;
- Castronovo e Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.
- Castronovo, Obblighi di protezione, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990;
- Castronovo, L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, in *AA.VV.*, *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.;

- Castronovo, La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1227;
- Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 72 ss.
- Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, EDP, 2003, 157;
- Castronovo, Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 76.
- Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, J, 1976, 123 ss.;
- Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, J, 1976, p.
- 123 ss.;
- Castronovo, sub art. 1176, in *Comm. Cendon*, IV, Torino, 1991, § 5.2.;
- Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 3, 679;
- Checchini, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 259 ss.;
- Chinè, Fratini, Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016.
- Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, 5 ss.;
- D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 980; De Cupis, *Il danno*, Milano, 1979, 120;
- Della Negra, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *I Contratti*, 2012, p. 235 ss.;
- Di Majo, «Obbligazione, I, Teoria generale», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 13;

- Di Majo, Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di
- assegni non trasferibili, CorG, 2007, 1708 ss.;
- Di Majo, da ultimo *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 12, 2016.
- Di Majo, Il problema del danno al patrimonio, RCDP, II, 1984, 322;
- Di Majo, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, CorG, 1999, IV, 450;
- Di Majo, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2004, p. 353;
- Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- Diciommo, La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c., FI, 2002, I, 2636;
- Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906.
- Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004;
- Fasoli, Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) "tedesca", in *Giur. it.*, 2012, 2547 ss.;
- Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-
- Roma, 1993, 21;
- Franzoni, La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?, in *Contr. e impr.*, 2013, 283
- Gallo, Contatto sociale, in *Dig. sez. civ.*, Aggiornamento, Torino 2014;
- Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino, 2018,
- Gallo, *Prescrizione e decadenza*, in *Dig. Sez. civ.*, agg., Torino, 2013;

- Gallo, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2004, p. 295.
- Gazzarra, *Danno alla persona da contatto sociale. Responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, 79;
- Giardina, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, Padova, 2009, p. 73 ss;
- Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993;
- Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993;
- Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus (Ohio), 1974;
- Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2008;
- Leggieri, *Natura delle responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*, NGCC, 2007, XII, 1442;
- Maggiolo, *La distinzione concettuale fra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in Capogrossi Colognesi-Cursi, *Obligatio obbligazione, Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011;
- Majello, *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquilana*, in *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, Atti del seminario diretto da Buonocore e Majello, Napoli, 1975, p. 7;
- Majello, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 109;
- Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 3 ss.;
- Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2008, p. 349;

- Mengoni, La parte generale delle obbligazioni, Riv. Crit. Dir. Priv., 1984, 515 ss.;
- Mengoni, Responsabilità contrattuale, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1072;
- Mengoni, Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico), RDC, 1954, I, 185 ss.
- Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. Dir. Comm., 1956, II, p. 360 ss.
- Navarretta, Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno, in Liber amicorum Busnelli, Milano, 2008, I, p. 617;
- Navarretta, L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale, in Trattato Diritto Civile, diretto da Lipari e Rescigno, IV, 3, Milano, 2009, p. 242 ss.
- Paradiso, *La responsabilità` medica: dal torto al contratto*, Riv. Dir. Civ., 2001, 325 ss.;
- Pizzetti, La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da “contatto sociale”, GI, 2000, 740 ss.;
- Pittella, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale " qualificato"?*, in Contratto e impresa, 1, 2020, p. 419 ss.;
- Princigalli, La responsabilità civile, in Trattato di diritto privato europeo, a cura di Lipari, Padova, 2003, IV, 504 ss.;
- Procchi, *“Licet empito non teneat”. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd “culpa in contrabendo”*, Padova, 2012
- Rescigno, Incapacità naturale e adempimento, Napoli, 1950, 51 ss.;
- Rescigno, «Obbligazioni (nozioni)», in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, 149;

- Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 143;
- Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 185;
- Rossello, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile (agg. 1988-1996)* diretta da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm. fondata da Bigiavi*, Torino, 1979, p. 127;
- Rossi, *Contatto Sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. V*, Torino, 2010, pag. 348.
- Rovelli, «Correttezza», in *Digesto/civ., IV*, Torino, 1989, 423;
- Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, II, Torino, 2000, 372;
- Sabatino, *La teoria del contatto sociale e la responsabilità sanitaria in Italia alla luce della recente riforma*, in www.comparazionedirittocivile.it;
- Sacco e De Nova, *Il contratto*, 2, Torino, 2004, p. 260.
- Salvi, «Responsabilità extracontrattuale», in *Enc. dir., XXXIX*, Milano, 1988, 1187;
- Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 13 ss.;
- Santoro, *La responsabilità da contatto sociale, profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012;
- Sarica, *Il contatto sociale fra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci della giurisprudenza di merito*, *CeI*, 2005, 97;
- Sartoris, *La responsabilità del medico nell'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi (L. 189/2012)*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 358 ss.;
- Sbisà, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, p. 723;

- Sbisà, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?, RCP, 1977, 723 ss.;
- Scognamiglio C., Il danno al patrimonio tra contratto e torto, RCP,
- 2007, 1253;
- Scognamiglio C., Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status, GI, 1995,
- 356, 363 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Sulla natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corriere Giur.*, 2020, 8-9, p. 1025
- Scognamiglio R., «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale
- », in NN.D.I., XV, Torino, 1968, 670 ss.;
- Scognamiglio R., Contratti in generale, in Comm. Scialoja e
- Branca, Bologna-Roma, 1970, 213 ss.;
- Scognamiglio, Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status, BBTC, 1997,
- II, 655 ss.;
- Scognamiglio, Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale, n Resp. civ. prev., 2012, p. 1949 ss.;
- SCOGNAMIGLIO, voce « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », in Noviss. dig. it., vol. XV, Torino, 1968, p. 670;
- Stella Richter, Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato, RTPC, 1977, 157; Stolfi, Il principio di buona fede, RDCo, 1964, I, 163;
- Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven
- Vertragsverletzungen, Arch. Civ. Pr., 136, 1932, 288 ss.

- Tagliasacchi, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: "looking back, thiking forward"*, in *Contratto e impresa*, 1, 2017, p. 236 ss.
- Tenella Sillani, *Culpa in contrabendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2015, p. 1270.
- Thiene, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, NGCC, 2000, 334 ss.;
- Thiene, *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*, Padova, 2006, 246 ss.; Thiene, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale. Inadempimenti e rimedi*, a cura di Visintini, Padova, 2009, 321 ss.;
- Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 238;
- Venosta, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione*
- *"autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, I, 2014, p. 109;
- Visintini, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, p.350;
- Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077;
- Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, XIII;
- Visintini, voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1991, p. 2;
- Vo Jhering, *Culpa in contrabendo oder Schadensersatz bei nichtgen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 1861; nella versione italiana *Della culpa in contrabendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o*

non giunti a perfezione, trad. it. e nota di lettura di Procchi, Napoli, 2005;

- Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840, tradotto in italiano da Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886;
- Zaccaria, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, p. 77;
- Zaccaria, *La “teoria” del “contatto sociale”*, in *Studium Iuris*, 5, 2018, p. 592;
- Zaccaria, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344;
- Zeno-Zencovich, *La responsabilità civile*, in AA. VV., *Diritto privato comparato*, Roma-Bari, 2012, p. 413.