

MARIA FEOLA*

*Il rapporto obbligatorio al confine tra contratto e torto***

SOMMARIO: 1. Gli obblighi di protezione “autonomi”. Dall’”obbligazione senza prestazione” alla “prestazione senza obbligazione”. – 2. Le oscillazioni della giurisprudenza italiana: a) “contatto sociale” e “contrattualizzazione” della responsabilità nell’ambito dei diritti civile e amministrativo. – 3. *Segue.* b) L’opposto orientamento della Cassazione che, sulla base del principio del concorso, “de-contrattualizza” gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto. – 4. Le interferenze tra le due specie della responsabilità civile ed il principio di fungibilità o di equivalenza tra le soluzioni. Le vicende della responsabilità precontrattuale. – 5. Gli obblighi di protezione “autonomi”, ma “connessi” ad una prestazione prevista, dalla legge, come non dovuta.

1. *Gli obblighi di protezione “autonomi”. Dall’”obbligazione senza prestazione” alla “prestazione senza obbligazione”.*

La scienza giuridica italiana ha iniziato a interrogarsi, da qualche tempo, sui rapporti tra illecito civile e obbligazione¹ e, più in generale, sulle mobili² e nobili³ frontiere⁴ delle

* Professore ordinario di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review

¹ Il dibattito, introdotto, in Italia, da C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss., è oggi più vivace che mai: v., in particolare, oltre agli A. cit. *infra*, i contributi di S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 437 ss.; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, *ivi*, 2014, p. 45 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, *ivi*, 2014, p. 109 ss.; ID., *“Contatto sociale” e affidamento*, Milano, 2021, p. 26 ss.; M. FEOLA, *L’obbligazione come rapporto complesso*, in H. STOLL - R. FAVALE - M. FEOLA - A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 84 ss., nonché, oltre alla traduzione del celeberrimo saggio di H. STOLL (*Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320) *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto*, *ivi*, p. 2 ss., i contributi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, *ivi*, p. 58 ss., e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, *ivi*, p. 206 ss.

² Per tutti, F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss.

³ C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.

⁴ Aspetto, questo, evocato in molteplici contesti: ad es., F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 62 ss.; S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 22 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 85 ss.

responsabilità contrattuale e delittuale⁵. La circolazione soprattutto dei modelli dottrinali germanici ha indotto a parlare, sempre più frequentemente, di un fenomeno di “contrattualizzazione” della responsabilità aquiliana⁶ o, quanto meno, dei danni alla persona e al patrimonio⁷.

Espressione, questa, tuttavia contestata, là dove celerebbe l'intento di contrassegnare come non autentico l'effetto conseguito attraverso il ricorso all'estensione del concetto di obbligazione⁸ o, comunque, di ribadire la primazia⁹ della disciplina della responsabilità delittuale nella tutela della sfera giuridica della persona. Questa locuzione, però, più che ipotizzare una prospettiva aquiliano-centrica che indurrebbe a ravvisare nella responsabilità delittuale pur sempre il genere, e nella responsabilità contrattuale soltanto la specie¹⁰, e che si proporrebbe di escludere da quest'ultima ogni peggioramento dello *statu quo*¹¹ della persona e del suo patrimonio che non sia determinato dalla violazione dell'aspettativa contrattuale¹², sembra definire con efficacia un fenomeno storicamente determinato e, cioè, il recente espandersi, anche in Italia, sulla scia di influenze sorte in altre esperienze europee¹³, sia dell'idea (e della nozione) di obbligazione come rapporto

⁵ Significativo, in proposito, il contributo di R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 155 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 79. Oltre agli studi citati *infra*, cfr. il pensiero, sempre attuale, di R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 670 ss.

⁶ Tra i tanti, A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 22.

⁷ Ancor prima della svolta giurisprudenziale del '99, cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 673 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, p. 130 ss.

⁸ Così, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 5 s.

⁹ Che, come rileva opportunamente G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e mercato finanziario*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 98, può tradursi in una sorta di “imperialismo”.

Discorre di una “crisi” della tradizionale partizione, auspicando il suo superamento, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539 ss.

¹⁰ In argomento, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»*, cit., p. 539 ss.

¹¹ Si preferirà questa locuzione, rispetto a quella assai più usata, di “status quo”, in quanto abbreviazione dell'espressione latina «*in statu quo ante (o prius) o nunc*» (così, G. DEVOTO e G.C. OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1995, p. 1932, «*statu quo*»).

¹² Sulla scia di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 159 ss., 203 ss., rileva che «il mero peggioramento dello *status quo*» rappresenta una «tipica situazione delittuale», P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3, Torino, 1998, p. 686.

¹³ Sull'esperienza francese e, in particolare, sulle differenze che la caratterizzano rispetto a quella tedesca, M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 115 ss.; EAD., *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 63 ss. e *passim*.

complesso¹⁴, sia dei confini della responsabilità contrattuale, la quale tende oggi a inglobare settori che, in precedenza, erano disciplinati sulla base delle regole dell'illecito aquiliano.

I beni della vita, dell'integrità psico-fisica della persona e della proprietà, un tempo tutelati primariamente, se non esclusivamente, sul piano della responsabilità delittuale, vengono attratti al diritto dei contratti allorché l'esigenza di proteggerli sorge "a causa" e/o "in occasione" del rapporto obbligatorio.

Quindi, se la mera violazione dell'aspettativa contrattuale è situazione considerata come contrattuale, e se il solo peggioramento dello *statu quo* evoca una tipica situazione delittuale, la lesione dello *statu quo* mediante la violazione dell'aspettativa contrattuale non «è riconosciuta come situazione autonoma»¹⁵, ma riguarda un'area d'incrocio e di interferenza tra le due specie della responsabilità civile che può dar luogo, sulla base delle caratteristiche strutturali, sistematiche e storico-culturali dei diversi diritti, all'espansione dell'una o dell'altra.

La posizione della dottrina italiana, oggi, è quanto mai articolata.

Da un lato, vi è una parte consistente della letteratura giuridica e, soprattutto, della giurisprudenza che è rimasta fedele all'opzione extracontrattuale. Secondo un consolidato insegnamento, infatti, un dovere generale di protezione (*ex art. 1175 c.c.*) rappresenterebbe un'inutile duplicazione di quanto già disposto dalla normativa in tema di responsabilità extracontrattuale, perché tale disciplina garantisce comunque tutela a tutte le ipotesi che normalmente vengono ricondotte alla lesione del dovere di protezione¹⁶.

Questa costruzione, anzi, costituirebbe una soluzione di dubbia legittimità, là dove determinerebbe un aggravamento della posizione processuale dell'autore del danno, non giustificabile secondo il nostro diritto¹⁷.

La dottrina che propone la «terza via della responsabilità da contatto» è stata poi sottoposta ad una critica serrata¹⁸.

La «strategia» di spostare in ambito contrattuale «la complessità sociale e le

¹⁴ Oltre agli A. citt. in nt. 1, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 910 ss.

¹⁵ Testualmente, P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., p. 17 s.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 159 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, XVI, t. 1, Milano, 1984, p. 24 ss.

¹⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 159 ss., 203 ss.

¹⁸ Da parte, soprattutto, di M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 65 ss., 77 ss.

fenomenologie di danneggiamento» che sono proprie del campo extracontrattuale troverebbe fondamento in un'anacronistica ricostruzione del nostro sistema di responsabilità delittuale fondata sulla sua «natura rigidamente secondaria e sanzionatoria», sulla tipicità delle sue fattispecie, sulla limitazione della rilevanza aquiliana alla lesione dei soli diritti soggettivi assoluti¹⁹.

D'altro lato v'è una considerevole divaricazione di orientamenti pur all'interno della corrente che ravvisa l'esistenza di «doveri di protezione, il cui fondamento, se non la volontà delle parti, è l'integrazione (del contenuto) del contratto *ex fide bonas*»²⁰.

A fronte di un noto indirizzo che, attraverso l'estensione in via analogica della regola di buona fede oggettiva (*ex* artt. 1175 e 1337 c.c.) e di una responsabilità da affidamento fondata sullo *status* ha operato una generalizzazione del modello dell'obbligazione senza prestazione²¹, si è rilevato che la dottrina degli obblighi di protezione «ancora regge ed è compatibile con il concetto della obbligazione, quale obbligo di prestazione», allorché «la protezione è pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione e, in ogni caso, (anche) dovuta in previsione di essa», ove si tratti di danni cagionati in occasione di un «contratto non concluso o invalido o successivamente risolto»²².

D'altronde, la configurazione dell'obbligazione come rapporto complesso, «ove rinvenga la sua giustificazione [...] nel principio di buona fede integrativa», non può non essere «ancora “interna” alla teoria del contratto e della obbligazione»²³.

Diversamente, verrebbe «ad azzerarsi ogni connessione con la prestazione ove manchi una situazione di rapporto che possa far ritenere come dovuto od esigibile un comportamento da un obbligato “che non c'è”»²⁴.

Verrebbe a mancare «ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi, pattuiti o comunque dovuti»²⁵.

Affermare che «in principio» v'è «dunque la prestazione, cui segue come effetto

¹⁹ Almeno, secondo M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 65 s.

²⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 62.

²¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 464 ss.

²² A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., pp. 65 e 62.

²³ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 62.

²⁴ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

²⁵ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

necessario l'obbligazione»²⁶, non significa configurare «al contrario»²⁷ l'"obbligazione senza prestazione" come "prestazione senza obbligazione", bensì constatare come, quanto meno in talune ipotesi, tutte normativamente qualificate, la legge, in assenza della preesistenza di un'obbligazione, consenta una prestazione (non dovuta), che può essere fonte di obblighi di protezione.

La prestazione, consentita ma non dovuta, «obbliga entrambe le parti a proteggere l'altra»²⁸. Costituisce, «propriamente [...] "obbligazioni (di protezione) senza dovere principale di prestazione»²⁹.

2. *Le oscillazioni della giurisprudenza italiana: a) "contatto sociale" e "contrattualizzazione" della responsabilità nell'ambito dei diritti civile e amministrativo.*

Proprio il contestato riferimento alla categoria dei cc.dd. rapporti contrattuali di fatto³⁰, talora coniugato ad un generico richiamo all'idea dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione³¹, ha spinto la nostra giurisprudenza ad introdurre, in svariati settori del diritto civile, ma anche di quello amministrativo, la figura della responsabilità da contatto sociale (o da contatto amministrativo)³² qualificato che è stata equiparata alla responsabilità contrattuale, ravvisando nel "contatto" verificatosi anteriormente alla fattispecie di danno il presupposto sufficiente per l'applicazione delle regole in materia di rapporto obbligatorio.

²⁶ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 451.

²⁷ Così, invece, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 60.

²⁸ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 131.

²⁹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 131.

³⁰ Per una rigorosa disamina critica di questa "categoria", già R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da R. Sacco, tomo I, Torino, 1993, p. 125 ss., ove conclude che «Il contratto "di fatto" è dunque un contratto, per l'esistenza del quale il consenso non è necessario (è un'ipotesi strutturalmente affine ai quasi contratti, elevata a contratto per assegnarle le conseguenze caratteristiche del contratto)» (p. 137).

³¹ In proposito si è rilevato che, «assumendosi in maniera un po' corrosiva la figura dell'obbligazione senza prestazione, la si è immiserita a mera dicitura di una responsabilità da contatto sociale, come è accaduto in particolare in materia di responsabilità della pubblica amministrazione» (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 552; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 348).

³² Già, V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 4 ss.

Tende a identificare, anche in tale materia, l'obbligazione senza prestazione con i rapporti contrattuali di fatto, S. MORELLI, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2685.

Ma tali ricostruzioni hanno sovente assunto le caratteristiche di una «contaminazione spuria», là dove hanno obliterato «l'ovvia differenza sul piano del fatto e su quello dell'effetto»³³.

Il *leading case*³⁴, com'è noto, ha riguardato la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata per i danni cagionati al paziente dall'inesatto adempimento della prestazione sanitaria.

Qui la Cassazione, dopo aver escluso la possibilità di invocare l'applicazione del contratto con effetti di protezione per terzi, anche perché il paziente agiva per il conseguimento della prestazione (e non sulla base della violazione di obblighi di protezione), sembra incorrere nell'equivoco di credere che la figura dell'obbligazione senza prestazione si identifichi «interamente con il concetto di “contatto sociale”, sì che, una volta accertato tale elemento, sia possibile giustificare l'applicazione delle regole concernenti la responsabilità del debitore mediante la clausola generale di chiusura dell'art. 1173»³⁵.

E ciò, nel tentativo di consacrare la costruzione di un rapporto che non è inquadrabile in uno schema contrattuale, ma che lo si vuole, pur sempre, sottoporre alle regole proprie dei rapporti contrattuali.

I primi tentativi della nostra giurisprudenza di “contrattualizzare” la responsabilità del medico (e della struttura sanitaria) anche nei riguardi di terzi hanno origini ben più risalenti, se si considera quella decisione della Cassazione che, al fine di riparare al nascituro un danno all'integrità psicofisica non più risarcibile in sede delittuale per effetto del decorso della prescrizione quinquennale, qualifica il «soggetto venuto ad esistenza» come terzo protetto dal contratto stipulato tra la madre partoriente e la struttura sanitaria, con la conseguenza di risarcire in ambito contrattuale il danno patito dal minore a causa di un negligente intervento ostetrico praticato al momento della nascita³⁶.

Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche

³³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 488 e 487.

³⁴ La decisione (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589) è stata pubblicata con il corredo di innumerevoli commenti: tra i tanti, in *Corriere giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

³⁵ Questi rilievi critici sono mossi da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 355.

³⁶ Cass., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione³⁷, seguendo la tesi anti-perruchista³⁸, considererà terzo protetto dal contratto il solo coniuge della donna³⁹, escludendo che l'errore o l'omissione delle informazioni doverose possano giustificare il risarcimento del danno psico-fisico con cui il bambino nasce.

Più di recente, con una decisione che era sembrata prodromica ad un *overruling*⁴⁰, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici (che avevano mancato d'informare la donna sugli effetti potenzialmente teratogeni di una cura avverso la sterilità) e le malformazioni subite dal nascituro, ha qualificato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria (e con il medico) come un contratto che, oltre ad avere effetti tra le parti, produce effetti c.d. protettivi nei confronti sia del coniuge, sia dello stesso figlio nato handicappato, che è considerato il «destinatario “finale” del negozio»⁴¹.

Come si era previsto, poi, il *revirement* in materia è realmente intervenuto: ma la Cassazione ha riconosciuto al minore il diritto di chiedere *iure proprio* il risarcimento del danno da «nascita malformata»⁴² o, meglio, del «danno dinamico-relazionale da esistenza diversamente abile»⁴³, ai sensi della responsabilità delittuale (seppur “da inadempimento”)⁴⁴,

³⁷ Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss., con nota critica di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*. L'orientamento è stato riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1691 ss.

³⁸ Per la quale, sia consentito rinviare a M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 600 ss.

³⁹ In questi termini, anche Cass., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, p. 699 s., con nota parzialmente critica di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.

⁴⁰ Per questa interpretazione, M. FEOLA, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Dir. giur.*, 2010, p. 100 ss.

⁴¹ Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. giur.*, 2010, p. 108.

⁴² Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 195.

⁴³ Sul punto, si rinvia ad A. FEOLA, *Il danno dinamico-relazionale da “esistenza diversamente abile”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1482 ss. La nuova proposta di risarcire il danno da “esistenza diversamente abile” è fondata su recenti orientamenti della Cassazione: Cass., 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), *ivi*, 2018, I, p. 843 s., con il commento di G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, Cass., 15 gennaio 2021, n. 653, *ivi*, 2021, I, p. 900, con nota di E. PALMERINI, *Un nuovo tassello nella fattispecie di danno da nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 311, annotata da F. PIAIA, *L'aborto terapeutico e il concetto di “processo patologico” rilevante, tra obblighi informativi e responsabilità del sanitario*. Sui criteri di liquidazione di tale figura di danno, con particolare riguardo alla rendita vitalizia, Cass., 6 luglio 2020, n. 13881, *ivi*, 2021, p. 89, con il commento di F. POIATTI, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*.

⁴⁴ Così, M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 93 ss.

avendo limitato l'estensione degli effetti protettivi del contratto ai danni morali (e/o esistenziali) subiti dal coniuge e dai fratelli.

Da ultimo tale regola è stata nuovamente ribaltata dalle Sezioni Unite, le quali, nel confermare che la madre è pur sempre onerata dalla prova controfattuale della volontà abortiva, la quale può essere assolta mediante presunzioni semplici, hanno escluso che il nato con disabilità sia legittimato ad agire nei riguardi dei sanitari per i danni da “nascita malformata”, ignorando il nostro ordinamento un “diritto a non nascere se non sano”⁴⁵.

Nella linea di “contrattualizzazione” della responsabilità civile v'è da ricordare anche l'orientamento in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione da contatto sociale per attività procedimentale⁴⁶, conseguente alla lesione di interessi legittimi, non soltanto oppositivi, ma anche pretensivi⁴⁷.

A seguito della innovazione delle relazioni tra P.A. e cittadino introdotta dalla l. 241/1990, e del “contatto” da considerare «specifico e differenziato» sulla base delle garanzie procedurali che assistono il privato, la lesione dell'interesse legittimo costituirebbe «in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa», essendo i doveri procedurali imposti dalla legge «vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede»⁴⁸.

Un esplicito riferimento alle obbligazioni di *sécurité* è stato espresso, altresì, in un'importante sentenza⁴⁹ nella quale le Sezioni unite, nel dirimere un contrasto tra due orientamenti della Cassazione che si contrapponevano in ordine all'applicabilità dell'art. 2048, comma 2, c.c. anche ai danni causati dall'alunno a sé stesso, hanno giudicato inutilizzabile tale norma di là dalle ipotesi nelle quali il danno è provocato dall'allievo a terzi, ed hanno qualificato come contrattuale la responsabilità dell'istituto scolastico (e da

⁴⁵ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2015, p. 349 ss., annotata da S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non essere nato e la contraddizione che nol consente*.

⁴⁶ Ad es., Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, I, c. 457.

⁴⁷ In presenza di una giurisprudenza che ammetteva il risarcimento dei danni con riferimento ai soli interessi legittimi oppositivi (nei quali si ravvisavano diritti soggettivi “affievoliti” che, a seguito dell'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, tornavano ad essere diritti soggettivi pieni), il “muro” della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi (per i quali l'annullamento del provvedimento non comportava la riemersione di diritti soggettivi) crolla con Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Ginst. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.

⁴⁸ Le espressioni citate nel testo tra virgolette sono tratte da Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78.

⁴⁹ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635 ss., con nota di F. DI CIOMMO.

«contatto sociale» la responsabilità del “precettore” dipendente dall’istituto) per l’inadempimento delle obbligazioni assunte, tra le quali è «sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla *sicurezza* e l’incolumità dell’allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica»⁵⁰.

Sulla base delle regole vigenti in materia di responsabilità contrattuale, l’evento dannoso accaduto al minore induce a presumere la responsabilità “contattuale” del precettore e quella contrattuale dell’istituto⁵¹.

Anche là dove la causa sia ignota e inaccertabile, l’attore deve limitarsi a provare che l’evento «si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto», mentre sull’altra parte incombe l’onere di dimostrare che l’evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all’insegnante⁵².

Così in tema di responsabilità del *tour operator* la Cassazione ha deciso che l’esatto adempimento delle obbligazioni di somministrare vitto ed alloggio non esaurisce l’ambito della prestazione alberghiera, la quale «necessariamente implica anche *doveri accessori di salvaguardia dell’incolumità dei clienti* (in relazione alle caratteristiche proprie del contesto in cui il soggiorno ha luogo), la cui violazione può comportare una responsabilità di natura contrattuale»⁵³.

Da qui la responsabilità diretta dell’organizzatore del pacchetto turistico (ai sensi degli artt. 93 e 96 del d. lgs. n. 206 del 2005) per i danni arrecati ad un cliente dal morso di una piccola scimmia che liberamente «girovagava nella struttura dove al consumatore era prestato il servizio alberghiero», per l’inadempimento dell’«obbligazione di risultato» di «controllare le modalità dell’esecuzione della prestazione anche in ordine ad aspetti dell’attività del prestatore di servizi (albergatore) esulanti dalle promesse caratteristiche del viaggio»⁵⁴.

Proprio con riferimento a questi (e ad altri) casi decisi dalla giurisprudenza negli

⁵⁰ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2649. Riconduce questa ipotesi all’obbligazione senza prestazione, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 491.

⁵¹ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2649.

⁵² Così, Cass., Sez. III, 10 maggio 2013, n. 11143, in *Danno e resp.*, 2014, p. 605 ss., con nota di A. PARZIALE, *La responsabilità dell’insegnante per danno autocagionato dall’allievo tra “contatto sociale” e causa ignota*.

⁵³ Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 25396, in *Danno e resp.*, 2010, p. 726, con nota di I. NAPOLITANO, *Il morso della scimmia e la responsabilità del tour operator*.

⁵⁴ Cass., 3 dicembre 2009, n. 25396, cit., p. 726.

ultimi anni, le Sezioni unite della Cassazione, nel 2008⁵⁵, ponendo termine ad un lungo e travagliato itinerario in materia, caratterizzato da repentini e non sempre condivisibili mutamenti di rotta⁵⁶, hanno sancito la generale “contrattualizzazione” del risarcimento del danno non patrimoniale.

Nella consapevolezza che il danno non patrimoniale conseguente all’inadempimento delle obbligazioni «non era ritenuto risarcibile» e che, «per aggirare l’ostacolo», la giurisprudenza aveva elaborato la teoria, «di dubbio fondamento dogmatico», del cumulo delle azioni, la Suprema corte, con un’affermazione “di principio”, dispone che «L’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali»⁵⁷.

La Cassazione, quindi, applica (secondo un’interpretazione “costituzionalmente orientata”) un testo tipicamente delittuale (l’art. 2059 c.c.) all’intero campo della responsabilità contrattuale, dando prova, anche in questa materia, di quella “fungibilità” tra le regole, che ha rappresentato una delle costanti di un mio precedente studio⁵⁸.

Il diritto tedesco aveva conseguito, con la riforma del 2002, un risultato analogo, ma percorrendo un itinerario del tutto diverso: l’abrogazione del § 847 BGB – che, nella sua interpretazione dominante, limitava al solo campo delittuale la riparazione del danno in ipotesi «di lesione del corpo o della salute, come pure nel caso di privazione della libertà» – e il suo testuale inserimento, con l’aggiunta di ogni lesione all’autodeterminazione sessuale, nel capoverso del § 253, cioè di una norma che disciplina in generale il rapporto obbligatorio, hanno rappresentato una innovazione definita come «epocale»⁵⁹, che ha avuto l’effetto di estendere la risarcibilità del danno immateriale all’intero settore del diritto delle obbligazioni e dei contratti⁶⁰.

L’estensione al contratto del risarcimento del danno non patrimoniale ha

⁵⁵ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.

⁵⁶ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e monocentrica della responsabilità civile)*, Parte I, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 13 s.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., pp. 29 e 30.

⁵⁸ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., *passim*.

⁵⁹ Così, tra i tanti, S. GRUNDMANN, *Risarcimento del danno contrattuale*, in *Dir. giur.*, 2005, p. 177.

⁶⁰ Già G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell’atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 132 ss.

riguardato, in Italia, soprattutto gli obblighi di prestazione, anche in virtù della nota interpretazione che ha sottolineato il significato della distinzione tra prestazione, sempre suscettibile di valutazione economica, e il correlato interesse, anche non patrimoniale, del creditore⁶¹.

In Germania e in Francia, invece, è la stessa “storia” degli obblighi di protezione che è stata segnata, fin dall’origine, da ipotesi di riparazione di danni non patrimoniali (alla persona del creditore o a terzi) provocati, dal debitore o da un suo preposto, nell’esecuzione del contratto o, più in generale, di una relazione giuridicamente rilevante.

Ma anche in Italia le Sezioni unite hanno preso coscienza di questa problematica, tant’è che una gran parte delle ipotesi citate come casi emblematici di responsabilità contrattuale “da inadempimento” hanno ad oggetto proprio i «c.d. contratti di protezione»⁶².

Malgrado il contestato⁶³ riferimento alla nozione di diritto inviolabile, che sembrerebbe indebitamente considerare l’“ingiustizia” del danno anche in tema di responsabilità contrattuale, questa sentenza si è fatta apprezzare proprio per aver riportato «nell’alveo dell’inadempimento contrattuale obblighi preesistenti (di protezione, appunto), benché non sorretti da una prestazione, in modo da non lasciare mai privo di tutela l’interesse del terzo di rango costituzionale leso dalla violazione dell’obbligo da parte del debitore»⁶⁴.

Obblighi di sicurezza (o di protezione) sono stati individuati anche nel diritto privato patrimoniale, sulla scia di quella dottrina che ha studiato le responsabilità “da prospetto” e, più in generale, da “informazione professionale”⁶⁵, anche con riferimento al

⁶¹ Sul punto, l’insegnamento di M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 33 ss. e *passim*.

⁶² In questi termini, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., p. 30 s.

⁶³ Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d’autunno. Il danno non patrimoniale e le Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, p. 355 s.

⁶⁴ C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 23.

⁶⁵ Nell’esperienza tedesca basti citare, per tutti, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1, XIII ed., München, 1986, p. 424 ss. Propende per la natura extracontrattuale della responsabilità da inesatte informazioni, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»*, cit., pp. 539 ss., 569. Ma, in Italia, una responsabilità per violazione degli obblighi che discendono direttamente dal proprio *status* professionale è stata sostenuta anche da C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell’impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, p. 363 ss.; ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 658 ss.

settore dell'intermediazione mobiliare.

Ma, in proposito, la Cassazione ha deciso in maniera altalenante. Mentre, in origine, con riguardo alle offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari, si è deciso che, non essendo configurabile nessuna trattativa, la violazione dell'obbligo di predisporre un corretto prospetto informativo configura (a prescindere dal fatto che sia stato o meno concluso il contratto di sottoscrizione delle azioni) «un'ipotesi di violazione del dovere di “neminem laedere”, con la conseguente possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima, secondo i principi della responsabilità aquiliana, non solo quando egli abbia operato a titolo di dolo, ma anche se la violazione delle regole disciplinanti il prospetto d'offerta sia frutto di colpa, perché compilato con negligenza o imperizia in modo difforme dal dovuto»⁶⁶.

Più di recente, invece, è stata qualificata come responsabilità da contatto sociale quella dello «scalatore» che deteneva una partecipazione azionaria superiore al 30% del capitale sociale, per avere violato l'obbligo di offerta pubblica di acquisto nei riguardi degli azionisti di minoranza⁶⁷.

Così, con riferimento alla responsabilità “per inesatto pagamento” della banca che ha negoziato in favore di soggetto non legittimato un assegno non trasferibile, le Sezioni unite hanno deciso che la violazione di un «obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo»⁶⁸, è fonte di una responsabilità contrattuale dell'istituto di credito.

Questa sentenza, resa nella consapevolezza di un più generale processo di avvicinamento dei due modelli della responsabilità civile⁶⁹, si segnala non tanto per l'usuale riferimento ad «obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale», quanto per la qualificazione degli obblighi di protezione quali «obbligazioni [che] si fondano sulla legge» e che trovano la loro fonte, al pari degli obblighi

⁶⁶ Cass., Sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, in *Danno e resp.*, 2011, p. 621, con nota di G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*.

⁶⁷ Cass., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560, in *DeJure*.

⁶⁸ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1709, con il commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

⁶⁹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., p. 1708.

di prestazione, nella «disposizione dell'art. 1173 c.c.»⁷⁰.

Tuttavia, l'ipotesi più rilevante, della quale si dirà più ampiamente in seguito⁷¹, riguarda senz'altro la responsabilità precontrattuale, specificamente inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione (ai sensi dell'art. 1174 c.c.), «bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.»⁷².

Il riferimento all'obbligo di comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1375 c.c.), che impegna entrambe le parti del rapporto obbligatorio, assume un particolare rilievo quale fonte primaria degli obblighi di protezione, sia in sé⁷³, sia se coniugato agli obblighi di buona fede⁷⁴ che, disseminando «doveri durante tutta la vita del rapporto contrattuale»⁷⁵, conformano la struttura e la funzione di un rapporto obbligatorio inteso come «impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui»⁷⁶.

Anche dopo l'entrata in vigore della riforma della responsabilità sanitaria che, com'è noto, ha ricondotto il sanitario ausiliare dipendente o indipendente (art. 1228 c.c.) del debitore (struttura sanitaria) nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per colpa (art.

⁷⁰ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., pp. 1708 e 1709.

⁷¹ Nel § 4.

⁷² Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1057, con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; e già Cass., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *I contratti*, 2012, p. 237, con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*.

⁷³ Così, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 67 ss.; e già ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, II ed., Torino, 1950, p. 68.

⁷⁴ Orientamento, questo, oggi del tutto dominante grazie a L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, pp. 299 ss., 350 ss. Sul punto, altresì, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1984, p. 473, in nt. 4; e già M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, p. 242; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 47 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 17; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 7. Propongono un ravvicinamento tra i due orientamenti, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.; ID., *Inadempimento e responsabilità*, in G. PERLINGIERI - L. RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Atti del Convegno, Camerino 5-8 settembre 2018), I, Napoli, 2019, p. 131 ss.

⁷⁵ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, III ed., Torino, 2004, p. 438.

⁷⁶ È intitolato «Impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui: buona fede contrattuale» il § 5 del I volume dedicato da E. BETTI alla *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 65.

7, comma 3, l. 17 marzo 2017, n. 24, che cita esplicitamente l'art. 2043 c.c.), le Sezioni unite della Cassazione hanno ribadito la qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale⁷⁷, ribaltando quel secolare orientamento⁷⁸ che, sulla scia della scienza giuridica d'oltralpe, aveva confinato tale ipotesi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

Com'è noto, assai prima che la Cassazione seguisse questo orientamento, Rodolfo Sacco aveva assunto una diversa posizione: secondo l'esimio Maestro, infatti, la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede precontrattuale sarebbe «scritta a grandi lettere nell'art. 2043 c.c., norma generale di cui l'art. 1337 è una specificazione»⁷⁹.

Questa soluzione, che ha senz'altro una giustificazione storica⁸⁰, consente di seguire una «doverosa interpretazione estesa» della nozione di “trattativa”, specificamente qualificata dall'art. 1337 c.c.: infatti, «Se il terzo imbrogia un contraente, il danno causato è ingiusto»; e, così, «Se il contraente imbrogia la controparte prima ancora di trattare, il danno causato è ingiusto»⁸¹.

Nei due casi, «scansata l'applicazione dell'art. 1337, si ricade senza problemi nell'applicazione dell'art. 2043»⁸². L'art. 1337, quindi, non può non comprendere qualsiasi «attività collegata con un futuro contratto o con un affidamento precontrattuale», qualsiasi «condotta dell'agente volta ad incidere su un consenso contrattuale della vittima, o su una condotta della vittima rilevante ai fini della conclusione di un contratto, o su una rappresentazione con cui la vittima si prefigura la conclusione di un contratto»⁸³.

3. *Segue. b) L'opposto orientamento della Cassazione che, sulla base del principio del concorso, “de-contrattualizza” gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto.*

La nostra giurisprudenza, infatti, ha operato soprattutto all'inverso, “de-

⁷⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *DeJure*.

⁷⁸ Ribadito, ad es., da Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*

⁷⁹ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 247.

⁸⁰ Infatti, sarebbe opportuno chiedersi: «Quando ancora l'art. 1337 non esisteva, quando non era nato Jhering, quando tutte le azioni giudiziarie erano tipiche, nessun comportamento oggi astrattamente sussumibile sotto l'art. 1337 veniva represso?» (R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 243).

⁸¹ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 248.

⁸² R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 248.

⁸³ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 248.

contrattualizzando” gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto. Sulla base di una regola implicita di “fungibilità” tra le soluzioni contrattuale e delittuale, resa possibile dall’adesione al principio del concorso, ha applicato una norma di responsabilità (oggettiva) delittuale in settori nei quali pur preesisteva una relazione giuridicamente rilevante (ad es., un “contratto” stipulato tra il gestore di una struttura pubblica o privata e il “cliente”), mentre le Corti francesi e tedesche, allorché hanno dovuto risolvere casi analoghi, hanno preferito optare per la responsabilità contrattuale, ravvisando ora un’obbligazione di *sécurité* (spesso “di diligenza”), ora un contratto con effetti protettivi per terzi⁸⁴.

La Cassazione si è rivolta, ma in maniera del tutto eccezionale, all’art. 2043 c.c. per cassare la sentenza dei giudici d’appello che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni avverso il gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che si era tuffata impattando il fondale della stessa⁸⁵.

Ha applicato, invece, una norma di responsabilità oggettiva extracontrattuale (l’art. 2052 c.c.) per sancire la responsabilità del gestore di un maneggio per i danni subiti da un cliente che, dopo aver noleggiato un cavallo, nel corso di una passeggiata organizzata, si era gettato in terra prima che la cavalcatura, spaventata dalla presenza di un cane sul percorso, partisse al galoppo⁸⁶. Così ha applicato innumerevoli volte l’art. 2051 c.c., ovvero ancora una norma di responsabilità oggettiva⁸⁷ extracontrattuale, ora per affermare la responsabilità della società che gestiva un’autostrada (a pagamento) per il decesso di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, era caduto in un raccoglitore dell’acqua piovana⁸⁸; ora per sancire la responsabilità dei gestori di strutture alberghiere per i danni occorsi a clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo⁸⁹, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di

⁸⁴ Basti citare il celebre *Gemüseblattfall*, deciso dal BGH il 28 gennaio 1976, in *NJW*, 1976, 712, anche in *JZ*, 1976, 776, con nota critica di K.F. KREUZER, ove si risarcisce il danno subito da una bambina che scivola su una foglia di insalata mentre accompagnava la madre all’interno di un supermercato.

⁸⁵ Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

⁸⁶ Cass., Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 s., commentata da P. SANTORO, “*Mala bestia è questa mia*”: sulla responsabilità oggettiva del titolare di un maneggio.

⁸⁷ Così, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

⁸⁸ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Sul “dinamismo” connaturato alla cosa nella responsabilità da custodia*.

⁸⁹ Cass., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, c. 1807 ss.

residui di cibo⁹⁰, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli “indispensabili” presidi antiscivolo e di sostegno⁹¹. Il custode-albergatore è stato altresì considerato responsabile in via delittuale sempre ai sensi dell’art. 2051 c.c., unitamente alla responsabilità contrattuale dell’istituto scolastico ed a quella, da contatto sociale, dell’insegnante⁹², per il danno biologico subito da una studentessa sedicenne che, durante una gita scolastica, era caduta al suolo dopo aver scavalcato il parapetto del proprio balcone ed aver avuto accesso al lastrico solare⁹³. Ma la nostra giurisprudenza, pur applicando una norma da lei stessa definita di responsabilità oggettiva delittuale (l’art. 2051 c.c. risulta senz’altro più favorevole per la vittima rispetto ad un’obbligazione di *sécurité* che, se qualificata “di diligenza”, farebbe gravare la prova della negligenza sul creditore-danneggiato), talvolta ha finito con il ridimensionare in senso soggettivo l’interpretazione di questo testo, richiedendo come necessaria l’intrinseca “pericolosità” della cosa ovvero il suo dinamismo connaturato o, quanto meno, “derivato”⁹⁴.

Orientamento, questo, confermato anche in tema di danni “da custodia” della Pubblica Amministrazione⁹⁵. Malgrado la Cassazione abbia declamato la natura oggettiva di questa responsabilità, la valutazione comparativa della diligenza tenuta dal custode e dalla vittima⁹⁶, unitamente ad altri fattori (caratteristiche specifiche del bene, “effettività” della relazione tra custode e cosa, incidenza di elementi causali “esterni” rispetto al bene e alla condotta del terzo⁹⁷, affidamento riposto nella “sicurezza” della cosa, «elementi particolari

⁹⁰ Cass., Sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720, con nota di D. CALCATERRA.

⁹¹ Cass., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782, con il commento di D. BOSCHI, *Alcune considerazioni circa l’applicazione dell’art. 2051 c.c. al danno da caduta*.

⁹² Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2635 ss.

⁹³ Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss., con il commento di A.P. BENEDETTI.

⁹⁴ Su tale nozione, D. BOSCHI, *Alcune considerazioni circa l’applicazione dell’art. 2051 c.c. al danno da caduta*, cit., p. 784.

⁹⁵ Cfr., ad es., Cass., 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614, con il commento di S. SCALZINI.

⁹⁶ In argomento già F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, p. 481 ss.

⁹⁷ Ad es., Cass., 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1082, con nota di A. PALMIERI; già Cass., 3 aprile 2009, n. 8157, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1025; Cass., 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3461.

di lesività»⁹⁸ posseduti dalla cosa), hanno rappresentato dati che, nel caso concreto, hanno contribuito a limitare la responsabilità del custode, secondo una prospettiva che pare difficilmente compatibile con un'interpretazione rigorosa del testo.

In altri casi è lo stesso legislatore che ha determinato un regime di responsabilità che, espressione di un principio di “fungibilità” tra le soluzioni, rappresenta una “contaminazione” tra il modello contrattuale e quello delittuale. Un esempio emblematico è fornito dallo stesso codice civile, che adotta il medesimo criterio di imputazione in una regola ora di responsabilità delittuale (art. 2050 c.c.), ora di responsabilità contrattuale (art. 1681, comma 1), là dove limita l'esonero dalla responsabilità del vettore e dell'esercente attività pericolose alla medesima «prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»⁹⁹. Anche il legislatore speciale, nel c.d. codice del consumo, procede ad un “allineamento” tra le due specie della responsabilità civile, con riferimento alla responsabilità contrattuale dell'organizzatore e del venditore di pacchetti turistici¹⁰⁰.

In tema di danno da prodotti, poi, la c.d. de-contrattualizzazione della responsabilità (rispetto ad alcuni diritti, come quello francese, che aveva sperimentato un'obbligazione di *sécurité* “di risultato”) è stata effettuata dallo stesso legislatore europeo (Direttiva CEE 25 luglio 1985, n. 374) che, sulla scia del modello anglo-americano¹⁰¹, ha optato per un'uniformazione dei diritti sulla base della responsabilità aquiliana, avendo “non sempre” il danneggiato un rapporto contrattuale con il produttore. Ma, in questo caso, il regime di responsabilità delittuale recepito dai legislatori nazionali, malgrado gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza (nella specie, italiana)¹⁰², più che evocare quel modello di responsabilità oggettiva¹⁰³ contrattuale rappresentato dalla violazione dell'obbligazione di *sécurité-résultat*, o quel modello di responsabilità oggettiva extracontrattuale previsto per i danni cagionati dalle cose in custodia (art. 1384, comma 1, *Code civil*, oggi numerato 1242;

⁹⁸ Ad es., Cass., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss., con nota di M. TORRESANI.

⁹⁹ Tale circostanza è rilevata anche da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 381.

¹⁰⁰ Cfr. M. BONA, *Cadute nei villaggi turistici e responsabilità del tour operator*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 717.

¹⁰¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 665 ss. e *passim*.

¹⁰² Cass., Sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Corriere giur.*, 2008, p. 811 s., con nota di C. DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*.

¹⁰³ Così, invece, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 687; esclude che si tratti di responsabilità oggettiva, Cass., Sez. III, 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Danno e resp.*, 2011, p. 975.

art. 2051 c.c.), sembra integrare una responsabilità che ha natura «presunta (e non già oggettiva), posto che essa prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un “difetto” del prodotto», incombendo sul danneggiato la prova del collegamento causale «non già tra il prodotto e il danno, bensì tra “difetto e danno”»¹⁰⁴.

Assai rilevante, in proposito, l'interpretazione fornita, di recente, dalla Cassazione sulla scia di un'importante decisione della Corte di Giustizia UE¹⁰⁵ in tema di danni (eventualmente) derivanti dalla somministrazione di un vaccino: la prova del rapporto causale può «anche derivare da quella indiziaria [...] pur in assenza di “certezze” scientifiche (in termini positivi o negativi), ma potendosi fondare “su un complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza [...] consentono” al giudice “di ritenere, con un grado sufficientemente alto di probabilità, che una simile conclusione” – ossia la sussistenza dell'anzidetta connessione – “corrisponda alla realtà”»¹⁰⁶.

4. *Le interferenze tra le due specie della responsabilità civile ed il principio di fungibilità o di equivalenza tra le soluzioni. Le vicende della responsabilità precontrattuale.*

Queste ipotesi, che la nostra giurisprudenza ha potuto agevolmente “decontrattualizzare” sulla base della regola del concorso, testimoniano le sempre più frequenti interferenze nei rapporti tra le responsabilità delittuale e contrattuale e, più che ipotizzare l'assorbimento dell'una nell'altra, sembrano confermare, per un verso, quel principio di fungibilità tra le soluzioni, in base al quale si tende ad applicare un modello “equivalente” di imputazione della responsabilità (diverso dalla colpa) che è tendenzialmente indifferente rispetto alla sua fonte (contratto o torto)¹⁰⁷; per altro verso, il pensiero di chi, riflettendo sulle vicende che hanno rivoluzionato i tradizionali rapporti tra le due specie della responsabilità, ha ipotizzato l'idea di un percorso verso un “diritto

¹⁰⁴ Così Cass., Sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458, in *Danno e resp.*, 2014, p. 493, con nota di C. BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, Cass., Sez. III, 6 agosto 2013, n. 18654, *ivi*, 2014, p. 494 ss.; e già Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2414, con nota di A. PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*

¹⁰⁵ CGUE, Sez. II, 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 669, con nota di A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*.

¹⁰⁶ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, in *DeJure*, § 1.1.1.1.

¹⁰⁷ In questi termini, già M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 222 ss.

comune»¹⁰⁸.

Però v'è da sottolineare come la giurisprudenza italiana abbia costruito la teoria del “contatto sociale”¹⁰⁹ richiamando indistintamente sia la categoria dei rapporti contrattuali di fatto, sia le figure dell'obbligazione senza prestazione e degli obblighi di protezione¹¹⁰, pur avendo continuato a qualificare la *culpa in contrabendo* nell'area della responsabilità extracontrattuale¹¹¹. Dimenticando che proprio la ricostruzione di tale problematica nell'ambito della responsabilità contrattuale consentì a Rudolf von Jhering¹¹², prima, e alla dottrina successiva¹¹³, poi, di elaborare la moderna teoria del rapporto obbligatorio quale struttura complessa.

Come si era, da tempo, affermato, proprio la compiuta teorizzazione degli obblighi di protezione o di *sécurité*¹¹⁴ non poteva non implicare «la revisione della teoria della responsabilità precontrattuale»¹¹⁵. Gli obblighi di protezione sorgono già nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337) «e in questo stadio costituiscono un rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti *ex lege*»¹¹⁶. La concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità fondata sul principio dell'art. 2043 c.c. doveva «considerarsi ormai superata anche in Italia»¹¹⁷. L'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto era «stabilito dall'art. 1337 come obbligo *inter partes*», ovvero come obbligo “relativo”, la cui violazione

¹⁰⁸ Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Hacia un “Derecho Común” de la Responsabilidad Civil*, in C. FERNÁNDEZ SESSAREGO (a cura di), *La Responsabilidad Civil*, III, Lima, 2010, p. 41 ss.

¹⁰⁹ Criticamente, F.D. BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 471 s.

¹¹⁰ Per tali rilievi critici, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 356 ss.

¹¹¹ Questo risalente orientamento della nostra giurisprudenza trova la sua fonte d'ispirazione nell'esperienza francese: criticamente, per tutti, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 361.

¹¹² Cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

¹¹³ Per tutti, C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, p. 475 ss. Per una pregevole ricostruzione di tale problema, cfr. R. FAVALE, *La complessità del rapporto obbligatorio nel modello tedesco*, in R. FAVALE - G. VARANESE - M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, Camerino-Napoli, 2019, p. 39 ss.

¹¹⁴ Da rilevare come un'illustre dottrina (L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 368) assimili, sotto i profili della struttura e della funzione, obblighi di protezione ed obbligazioni di *sécurité*.

¹¹⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16.

¹¹⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16.

¹¹⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16.

determinava una responsabilità contrattuale¹¹⁸. L'ampia previsione dell'art. 1337 imponeva «di allargare il campo della responsabilità *in contrahendo*, comprendendovi non soltanto le ipotesi originarie dello Jhering (artt. 1338, 190, comma 2, 1398), ma altresì le ipotesi connesse alla conclusione di un negozio valido (per es. artt. 1328, 1440, 1812, 1821, 1893)»¹¹⁹.

A tali conclusioni è pervenuta anche la Cassazione la quale, nel considerare l'obbligo di comportarsi in buona fede (di cui all'art. 1337 c.c.) «ben distint[o]» dalla responsabilità aquiliana «*ex art. 2043 c.c.*, in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti»¹²⁰, ha effettuato un importante *revirement*, poi sancito anche dalle Sezioni unite¹²¹. Nel decidere in merito al recesso da una trattativa privata da parte della Pubblica amministrazione, ha affermato che la responsabilità precontrattuale rappresenta una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, poiché è lo «stesso legislatore» che, nel prevedere l'obbligo di buona fede, ha costituito un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative¹²². Nel ricordare che «questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale», la Cassazione ha applicato il regime della responsabilità contrattuale all'art. 1337 c.c. disponendo che, ai fini del risarcimento, l'attore debba dimostrare non l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, bensì soltanto l'antigiuridicità del comportamento, cioè la violazione dell'obbligo di buona fede, e il danno¹²³. Così, in assenza dell'approvazione ministeriale (richiesta dall'art. 19 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) alla quale è subordinato il perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale (non essendo sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata a favore del contraente né la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme stabilite dalla legge), l'attività della P.A. è stata «configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., e

¹¹⁸ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16. Sul punto, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 67 ss., 126 ss.

¹¹⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369.

¹²⁰ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., p. 237.

¹²¹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *DeJure*.

¹²² Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., p. 237.

¹²³ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., p. 237.

dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione *ex* art. 2946 c.c.»¹²⁴.

La Corte di Cassazione, però, anche in questa materia dà prova di inspiegabili, gravi insicurezze, che non sono in linea con quella funzione nomofilattica che, invece, dovrebbe svolgere nell'interesse della certezza del diritto. Con una sentenza della Seconda sezione civile¹²⁵ e, poi, con una recente ordinanza della Terza¹²⁶, tra l'altro ben successiva alla pronuncia delle Sezioni unite¹²⁷, si afferma esattamente il contrario. Senza citare minimamente l'opposto orientamento che ha avuto un così autorevole suggello, si ritiene 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»¹²⁸. 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»¹²⁹.

Viene il dubbio che la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, che talvolta riguarda fattispecie nelle quali v'è stata la conclusione di un contratto, pur inefficace per il mancato completamento del procedimento ad evidenza pubblica, sia una tematica del tutto diversa da quella che riguarda la casistica tipicamente civilistica. Ma anche in queste ipotesi può esservi responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto che è stato concluso, ma a condizioni più svantaggiose per la parte che è

¹²⁴ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., p. 1057. Attribuisce particolare rilievo a questa decisione, G. VARANESE, *La responsabilità precontrattuale e la teoria del contatto sociale*, in R. FAVALE - G. VARANESE - M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, cit., p. 151 s.

¹²⁵ Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, in *DeJure*.

¹²⁶ Cass., Sez. III, ord., 25 settembre 2023, n. 27262, in *Foropius*, 2023.

¹²⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit.

¹²⁸ Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, cit., § 7.1.; conf. Cass., Sez. III, ord., 25 settembre 2023, n. 27262, cit., § 4.1.

¹²⁹ Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, cit., § 7.1.; conf. Cass., Sez. III, ord., 25 settembre 2023, n. 27262, cit., § 4.1.

stata sottoposta a raggiri o a false informazioni¹³⁰. Inoltre, le affermazioni delle due Sezioni semplici appaiono senz'altro “di principio”, là dove rilevano, *sic et simpliciter*, che «la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c.» costituisca «una forma di responsabilità extracontrattuale». E ciò appare in palese contrasto con quanto affermato dalle Sezioni unite, che invece ravvisano sia una «responsabilità da lesione dell'affidamento del privato», sia «una responsabilità da contatto sociale qualificato»¹³¹. V'è, infatti, «un *quid pluris* rispetto al generale precetto del *neminem laedere*; non si tratta della generica “responsabilità del passante”, ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione e il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima»¹³². La responsabilità «da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione» è, quindi, una «responsabilità da contatto sociale qualificato»: il contatto, «o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni “in conformità dell'ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile»¹³³. 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 [...] non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto»¹³⁴.

Come appare evidente da queste argomentazioni, le questioni decise in senso difforme dalle due Sezioni semplici avrebbero dovuto essere rimesse, invece, ai sensi

¹³⁰ Per tutti, esplicitamente, lo stesso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 160.

¹³¹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., §§ 30 e 31.

¹³² Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., § 32, in fine.

¹³³ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., § 33, in fine.

¹³⁴ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., § 33.2., in fine.

dell'art. 374 c.p.c., alle Sezioni unite. Ma non è da escludere che, in futuro, il Primo Presidente o un collegio in diversa composizione dovrà, opportunamente, provvedere in tal senso.

5. *Gli obblighi di protezione “autonomi”, ma “connessi” ad una prestazione prevista, dalla legge, come non dovuta.*

A prescindere dallo specifico problema della responsabilità precontrattuale, che risulta disciplinato dall'osservanza di un'obbligazione *ex lege* di buona fede-correttezza (artt. 1337 e 1175 c.c.), qualificabile come obbligo di protezione “autonomo” tipizzato, la dottrina italiana si è interrogata sull'esistenza di altri obblighi di protezione “puri” in altri ambiti del diritto civile. Ma la mera «relazione», per assurgere a «categoria essenziale dell'obbligazione»¹³⁵ anche in assenza di un obbligo di prestazione, deve pur sempre trovare la sua fonte in un “fatto giuridico” o in una norma che qualifichino la condotta come dovuta od esigibile¹³⁶ per il diritto.

Recenti studi volti a ricercare l'eventuale sussistenza di obblighi di protezione “autonomi” ed “altri” rispetto alla disciplina della responsabilità precontrattuale, ritenendo insufficiente «il riferimento alla categoria, *puramente logica*, della *relazione*»¹³⁷, hanno cercato di «precisare quale sia il *contenuto* che rende questa relazione capace di produrre in capo ai soggetti un vero e proprio dovere reciproco di protezione» e di chiarire «in che debba consistere il contatto sociale che può creare i doveri di protezione»¹³⁸. L'indagine, sulla scia dell'intuizione di Adolfo di Majo, si è incentrata sull'esistenza, nel nostro diritto, di ipotesi tipicamente individuate dal legislatore nelle quali è possibile una “prestazione senza obbligazione”. Così, nel caso dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) la norma, al fine di agevolare la realizzazione del diritto del creditore all'adempimento, autorizza il terzo ad ingerirsi nella sfera giuridica del creditore, con la conseguenza che il terzo risponde dei danni a titolo contrattuale al pari del debitore¹³⁹. Ma, in questa ipotesi, gli obblighi di

¹³⁵ Così, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 66 ss.

¹³⁶ Così, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

¹³⁷ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 113, in critica a C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 71 ss.

¹³⁸ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., pp. 112 e 113.

¹³⁹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 118.

protezione eventualmente violati sono comunque “accessori”¹⁴⁰ rispetto alla prestazione che è oggetto di esecuzione da parte del terzo.

Così, nel caso classico, ed assai citato, della gestione di affari altrui la fonte degli obblighi di protezione, in assenza di un obbligo giuridico preesistente (derivante, ad es., da un contratto di mandato), «non può che essere la prestazione medesima», ovvero «il fatto consistente nell’inizio della prestazione»¹⁴¹, con la conseguenza che, fin quando perdura la prestazione, il gestore è responsabile contrattualmente¹⁴² dei danni causati al patrimonio del gerito a causa della sua condotta. Come sottolinea la più autorevole dottrina, «l’inizio di una prestazione svolta nella sfera altrui e nell’interesse altrui, e così l’inizio dell’acceptio di una prestazione, goduta mediante ingerenza nella sfera altrui, possono trovare una regolamentazione vincolante nel diritto oggettivo, ovvero nel precetto privato predisposto dal soggetto della sfera giuridica in cui si è verificata l’ingerenza»¹⁴³. La legge «eleva direttamente il comportamento di ingerenza ad elemento costitutivo del contratto»¹⁴⁴. Ma qui, a differenza di quanto accade per il pagamento del terzo, la legge pone accanto agli obblighi di protezione, espressione del principio di correttezza¹⁴⁵, «un dovere principale di prestazione», una «obbligazione piena»¹⁴⁶ che ha ad oggetto la prosecuzione della prestazione, almeno fin quando il gerito non sia in grado di provvedervi da sé (art. 2028, comma 1, c.c.), con l’osservanza «di tutte le cautele idonee ad evitare che l’ingerenza nell’altrui sfera giuridica, finché perdura, possa arrecare qualsiasi danno al soggetto gerito»¹⁴⁷.

Anche nel caso delle obbligazioni naturali, se è incontestato che il debitore naturale non è tenuto giuridicamente ad adempiere, ci si chiede se possa essere tenuto a risarcire i

¹⁴⁰ In proposito, precisa che anche «i doveri di protezione accessori rispetto ad un obbligo principale possono dirsi “autonomi”, nel senso che hanno una funzione ed una collocazione autonoma nell’obbligazione intesa come rapporto complesso», F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 119 s., in nt. 20.

¹⁴¹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., pp. 124 e 123.

¹⁴² Così, anche A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 127. Discorre, invece, di una responsabilità quasi-contrattuale derivante dalla mera violazione degli obblighi di protezione, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, p. 58.

¹⁴³ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, t. I, Torino, III ed., 2004, p. 321.

¹⁴⁴ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 321.

¹⁴⁵ U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Tratt. Rescigno*, 9, II ed., Torino, 1999, p. 897.

¹⁴⁶ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 125, anche in nt. 33.

¹⁴⁷ P. SIRENA, *op. cit.*, p. 47 s.

danni in via contrattuale qualora, nell'adempiere, cagioni un danno alle cose o alla persona del creditore naturale. In altri termini, il debitore naturale che voglia adempiere, a causa e/o in occasione dell'esecuzione della prestazione potrebbe essere considerato vincolato all'osservanza di obblighi di protezione, così come se fosse civilmente obbligato. Il principio di buona fede, che pur non obbliga il debitore naturale ad eseguire la prestazione, potrebbe imporgli il dovere di proteggere la sfera giuridica della controparte allorché la prestazione venga volontariamente eseguita ed accettata¹⁴⁸.

In queste ipotesi «*il fatto in sé della prestazione*», anche se non dovuta, darebbe luogo «a quel contatto sociale qualificato» che obbligherebbe entrambe le parti a proteggere l'altra in virtù dell'esposizione «delle rispettive sfere ad un rischio particolare cagionato dalla esecuzione di una prestazione»¹⁴⁹. In tal senso potrebbe parlarsi di obbligazioni (di protezione) senza un dovere principale di prestazione, pur nella consapevolezza che non si tratti di “obbligazioni senza prestazione” in senso tecnico, in quanto gli obblighi di protezione si rivelano comunque “accessori” (o comunque “funzionali”)¹⁵⁰ rispetto ad una prestazione che pur non è dovuta.

Quindi, il problema è non tanto quello di chiedersi come da un fatto possa nascere un'obbligazione, con conseguente inversione tra fatto e diritto, dalla prestazione all'obbligazione¹⁵¹, quanto di stabilire «quale sia il fatto che, “in conformità dell'ordinamento giuridico”, è capace di dare luogo alla reciproca obbligazione di protezione»¹⁵². In via di prima approssimazione, si sono contemplate «le ipotesi del contratto nullo eseguito in fatto; dell'indebito pagamento, compreso l'indebito soggettivo *ex latere solventis*; del pagamento al creditore apparente, ove il dovere di protezione sussiste nei confronti (e, per altro verso, a carico) dell'*accipiens* e non (o non solo) del vero creditore; della delegazione di pagamento; della prestazione gratuita resa da un imprenditore a scopo promozionale (e quindi a profitto di chi la rende, oltre che di chi la riceve); delle condotte dovute ma non sulla base di un rapporto obbligatorio in senso tecnico, come nei rapporti

¹⁴⁸ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 129.

¹⁴⁹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., pp. 130 e 132.

¹⁵⁰ Così, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 67.

¹⁵¹ Così, invece, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 61 ss.

¹⁵² F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 133.

familiari (...) o ai sensi dell'art. 843 c.c.»¹⁵³. Così la stessa responsabilità da informazioni inesatte avrebbe natura contrattuale ogni qual volta, a prescindere dalla particolare qualificazione professionale (c.d. responsabilità da *status*), il contatto tra le parti «è diretto», anche se non vi era tra di esse «alcun contratto, né di somministrazione delle informazioni né di altro genere»¹⁵⁴.

Tuttavia il settore che ha dato maggior impulso alla tematica della “obbligazione senza prestazione” o, più propriamente, della “prestazione senza obbligazione”¹⁵⁵, è senz'altro quello della responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata. Qui la “contrattualizzazione” del rapporto (obbligatorio che, secondo Adolfo di Majo, semplicemente «non c'è»)¹⁵⁶ tra medico dipendente e paziente è stata affermata sulla base dello *status* professionale del primo, che rappresenterebbe l'elemento che qualifica il contatto sociale in funzione dell'affidamento¹⁵⁷, costituendolo in fonte di un obbligo di protezione e della conseguente responsabilità. Ma, in questo caso, l'esistenza di un contratto tra la struttura e il sanitario¹⁵⁸ potrebbe consentire di estendere la responsabilità contrattuale al paziente sulla base di una diversa ricostruzione fondata sul contratto con effetti di protezione per terzi.

Incontestata la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (nella quale opera il sanitario) nei riguardi del paziente (sulla base anche della mera “accettazione” di quest'ultimo nella struttura), si poneva il problema di qualificare la responsabilità che il medico assume nei confronti del ricoverato, in assenza di un contratto di cura intercorso tra costoro. In questo caso il medico esegue la prestazione, dovuta nei riguardi della struttura sanitaria, in quanto “ausiliario” della stessa (*ex art. 1228 c.c.*). Ma la stessa dottrina che individuava, nella specie, un'obbligazione senza prestazione che grava sul medico sembrava negare che l'ausiliario potesse essere, a propria volta, debitore, essendo altresì escluso che debitore ed ausiliario fossero coobbligati in solido alla prestazione¹⁵⁹. Secondo

¹⁵³ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 134.

¹⁵⁴ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., pp. 135 e 136.

¹⁵⁵ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 451.

¹⁵⁶ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

¹⁵⁷ Testualmente, C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 698.

¹⁵⁸ Emblematica, in proposito, la posizione assunta da Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

¹⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 708.

un'opinione largamente dominante, gli ausiliari rispondono personalmente soltanto a titolo extracontrattuale¹⁶⁰ per i danni causati al creditore nell'esecuzione della prestazione.

L'eventuale estensione della responsabilità contrattuale al medico "ausiliario", inoltre, poneva il problema di applicare, coerentemente, tale soluzione anche agli altri ausiliari del debitore, a prescindere dallo specifico *status* derivante dall'esercizio di una professione. Non a caso, la Cassazione ha considerato "contattuale" la responsabilità dell'insegnante dipendente dall'istituto scolastico, pur non avendo egli «alcuna particolare qualificazione, né addestramento, né specifica abilitazione legale *come sorvegliante*»¹⁶¹. Non è da escludere che un analogo affidamento oggettivo che giustifica la nascita di obblighi di protezione potrebbe esservi per il trasportato nei riguardi del conducente di un veicolo, come «ad esempio per il pilota di un elicottero», o nei riguardi di un «elettricista lavoratore dipendente, se durante il suo intervento il televisore del committente "si brucia", o il committente stesso viene folgorato»¹⁶².

Il problema della responsabilità civile del professionista sanitario è stato risolto non dal c.d. "Decreto Balduzzi" (d.l. n. 158 del 13 settembre 2012)¹⁶³, convertito in legge, in maniera peraltro non conforme, nel novembre dello stesso anno (l. n. 189 dell'8/11/2012), ma dalla successiva riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24 del 2017) che ha mantenuto ferma la responsabilità contrattuale soltanto per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, mentre ha qualificato esplicitamente come extracontrattuale (con il rinvio all'art. 2043 c.c.: art. 7, comma 3) la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, «anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa» (comma 1), salvo che non abbiano agito «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (comma 3).

La questione del "contatto sociale"¹⁶⁴, quindi, ha trovato una contrapposta soluzione in tema di responsabilità sanitaria e di responsabilità precontrattuale. Ma in

¹⁶⁰ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64.

¹⁶¹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 152.

¹⁶² F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 152.

¹⁶³ Così già M. FEOLA, *La responsabilità civile del professionista sanitario per il danno da "nascita malformata"*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 435 s. Approva specificamente questa interpretazione, C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 851, in nt. 12.

¹⁶⁴ Sul quale, criticamente, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

quest'ultimo caso, non v'è un mero contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), ma quel "contatto negoziale" (*ähnliche geschäftliche Kontakte*) di cui discorre il testo riformato del § 311, comma 2, n. 3, BGB, il quale assume comunque un ruolo soltanto "descrittivo" rispetto alla vera e propria obbligazione *ex lege* che trova la sua fonte direttamente negli artt. 1175 e 1337 c.c. Quindi, invece di ipotizzare l'adesione del nostro legislatore del '42 (art. 1173 c.c.) alla tripartizione gaiana piuttosto che alla bipartizione giustiniana¹⁶⁵, sembra opportuno ribadire, con un'autorevole dottrina germanica, che la *summa divisio* si articola non più tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, bensì tra quest'ultima e la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio»¹⁶⁶ che ha la sua fonte ora nel contratto ora, direttamente, nella legge¹⁶⁷.

ABSTRACT

Un'indagine sul rapporto obbligatorio e sulla sua struttura complessa. Da un lato, si esaminano gli obblighi di protezione, anche "autonomi, ma "connessi" ad una prestazione prevista, dalla legge, come non dovuta. Dall'altro si ripercorrono gli itinerari della giurisprudenza italiana che ora recepisce la teoria del "contatto sociale qualificato", contrattualizzando la responsabilità in ampi settori del diritto civile e di quello amministrativo; ora "de-contrattualizza", sulla base del principio del concorso, gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto. Ciò pone in evidenza un "principio di fungibilità o di equivalenza delle soluzioni", che si manifesta anche in altre esperienze giuridiche, fondato sulle interferenze strutturali e funzionali esistenti tra le due specie della responsabilità civile. Un significato paradigmatico assume la vicenda della responsabilità precontrattuale, che continua ad essere qualificata come extracontrattuale, pur a seguito dell'adesione delle Sezioni unite alla sua ricostruzione in termini di «responsabilità relazionale» conseguente alla violazione delle obbligazioni *ex lege* di buona fede (art. 1337

¹⁶⁵ Così, invece, V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1061 s.

¹⁶⁶ Con la consueta chiarezza di pensiero, C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 5

¹⁶⁷ Testualmente A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 922 s.; ID., *Il rapporto obbligatorio*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 34.

c.c.) e correttezza (art. 1175 c.c.). In tal senso, la *summa divisio* si articola non più tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ma tra quest'ultima e la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio» che ha la sua fonte ora nel contratto, ora direttamente nella legge.

ABSTRACT

A survey on the obligatory relationship and its complex structure. On the one hand, it examines the obligations of protection, also “autonomous”, but “connected” to a performance envisaged, by law, as not due. On the other, the itineraries of Italian jurisprudence are retraced, which now transposes the theory of “qualified social contact”, contractualising liability in broad areas of civil and administrative law; now “de-contractualises”, on the basis of the principle of concurrence, the obligations of protection even in the presence of a contract. This highlights a “principle of fungibility or equivalence of solutions”, which also manifests itself in other legal experiences, based on the structural and functional interferences existing between the two species of civil liability. A paradigmatic significance is assumed by the issue of pre-contractual liability, which continues to be qualified as extra-contractual, albeit following the adherence of the Joint Sections to its reconstruction in terms of “relational liability” consequent to the violation of the *ex lege* obligations of good faith (art. 1337 Civil Code) and correctness (art. 1175 Civil Code). In this sense, the *summa divisio* is no longer articulated between contractual and non-contractual liability, but between the latter and “liability for the breach of obligations arising from an obligatory relationship” that has its source now in the contract, now directly in the law.

Camerino, dicembre 2023.