

LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE (CASS. N. 14188/2016).

Di Guido d'Ippolito

| 43

Cass. n. 14188/2016 e la natura della responsabilità precontrattuale: un'incompiuta
(Guido d'Ippolito)



SOMMARIO: 1. Il caso - 2. Il percorso logico-argomentativo compiuto da Cass. n. 14188/2016 - 3. Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione - 4. Il contatto sociale quale fonte di obbligazioni - 5. I precedenti richiamati da Cass. n. 14188/2016 - 6. La natura della responsabilità del rapporto precontrattuale.

ABSTRACT. La recente pronuncia in commento rappresenta il primo tentativo della Corte di Cassazione di giungere ad una completa ricostruzione della natura della responsabilità precontrattuale, in chiave contrattualistica. Per approdare a tale risultato, la Suprema Corte delinea, attraverso un ampio apparato motivazionale, la responsabilità precontrattuale come ipotesi, normativamente prevista, di c.d. responsabilità da contatto sociale.

The recent judgment analyzed represents the first attempt of the Supreme Court to come to a complete reconstruction of the nature of pre-contractual liability in a contractual perspective. To reach that conclusion, the Supreme Court reconstructs, through a broad motivational system, pre-contractual liability as a hypothesis, set by regulations, of liability from social contact.

1. Il caso

44

La decisione in commento si segnala all'attenzione dei lettori, per le riflessioni svolte in merito all'affermazione della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Nella pronuncia, per la prima volta¹, la Suprema Corte tenta di fornire una ricostruzione completa e alternativa, rispetto al proprio storico e granitico orientamento.

Dalla scarna enunciazione del fatto è possibile desumere che, in seguito alla mancata approvazione, ai sensi e per gli effetti della previsione dell'art. 19 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, di un contratto di appalto, una società conveniva in giudizio il Ministero della Difesa, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, nonché la Scuola Allievi Carabinieri di Roma, in qualità di parti del contratto non approvato, al fine di ottenere la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni asseritamente subiti.

Il Tribunale adito rigettava la domanda della società attrice, ritenendo il credito prescritto in base al disposto dell'art. 2947 c.c. Parimenti, rigettava l'appello la Corte territoriale competente, sulla base del presupposto che correttamente il giudice di prime cure avesse qualificato come ipotesi di responsabilità precontrattuale quella sottoposta al suo giudizio ed alla quale, dunque, altrettanto correttamente avesse applicato il termine di prescrizione quinquennale previsto all'art. 2947 c.c., stante la natura aquiliana della stessa

Avverso tale decisione la società appaltatrice proponeva ricorso per Cassazione basato, principalmente, sulla asserita natura contrattuale del rapporto precontrattuale; il contatto sociale intercorso tra il privato e la pubblica amministrazione sarebbe stato, infatti, idoneo a fondare un rapporto obbligatorio al quale, quindi, si sarebbe dovuto applicare il termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c.

Il Supremo Collegio accoglie la domanda spiegata, constatando come la responsabilità precontrattuale non possa più qualificarsi come aquiliana ma, più correttamente, debba essere inquadrata nel novero della responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato," inteso come fatto idoneo, ai sensi dell'art. 1173 c.c., a produrre obbligazioni a carico delle parti, con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione *ex art.* 2946 c.c.

¹Non si tratta, tuttavia, cronologicamente, della prima occasione nella quale la Corte di Cassazione abbia ricostruito la natura della responsabilità precontrattuale in chiave contrattuale; sul punto si veda, *infra*, il par. 5.

2. Il percorso logico-argomentativo compiuto da Cass. n. 14188/2016.

La decisione in commento presenta il pregio di aver aspirato, nel tentativo di addivenire ad una corretta qualificazione della natura del rapporto precontrattuale, ad una ricostruzione sistematica delle obbligazioni derivanti da contatto sociale qualificato, muovendo altresì, da considerazioni di ordine storico².

L'affermazione della natura contrattuale della responsabilità in oggetto che costituisce, allo stesso tempo, punto di partenza e di arrivo del ragionamento svolto dalla Corte, non è circoscritta ai rapporti intercorrenti con la pubblica amministrazione ma si propone come ricostruzione, in chiave generale, della responsabilità precontrattuale. Ed è proprio alla luce di tale considerazione, che verranno svolte le successive riflessioni. Dopo alcune notazioni di ordine storico, dando per acclarata la ricostruzione in chiave strutturalmente complessa del rapporto obbligatorio³, la Suprema Corte compie una

²Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4 ss.; le considerazioni di ordine storico sono limitate tuttavia, sorprendentemente, alla ricostruzione della teoria del c.d. contatto sociale e non delle vicende che hanno riguardato lo sviluppo delle teorie legate alla natura della responsabilità precontrattuale. Per una sintetica ricostruzione storica sul tema della responsabilità precontrattuale sin dall'epoca romanistica, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 1 ss. Si veda, anche, la ricostruzione di CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in Castronovo - Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, 325 ss, il quale, *ivi*, rileva come la responsabilità precontrattuale segni l'inizio del diritto privato moderno, nonché ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e diritto privato*, 2010, I, 7 ss.

³Come noto, con il termine di rapporto obbligatorio complesso si designa l'idoneità strutturale dell'obbligazione ad accogliere al proprio interno non solo l'obbligo principale di prestazione ma anche obblighi ulteriori, come gli obblighi di protezione, che accedono al rapporto obbligatorio, in virtù delle clausole generali di buona fede e correttezza. In merito alla configurabilità degli obblighi di protezione quali obblighi autonomi rispetto all'obbligo principale di prestazione si vedano, con respiro di sintesi, MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, (*Studio critico*), in *Rivista di Diritto commerciale*, 1954, 185; ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 1956, 361 ss.; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 3, 508 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, Milano, 1953, 99 ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Trattato di diritto civile*, 1964, 163; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, I-II, 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, XXI; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173 - 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, 1988; ID., *La*



sincretica rassegna dei diversi ambiti nei quali ha trovato applicazione la teoria del contatto sociale giungendo, poi, ad affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, quale naturale corollario dell'accoglimento che il contatto sociale avrebbe avuto all'interno della giurisprudenza e della dottrina italiana. Il percorso logico-argomentativo compiuto dalla Corte può essere così sintetizzato.

L'affermazione in base alla quale la teoria del c.d. contatto sociale qualificato sarebbe «*significativamente, e pressoché uniformemente*»⁴

protezione del terzo tra contratto e torto, in *Europa e diritto privato*, 2000, 1 ss.; ID., *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2015, 1 ss.; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; BENATTI, *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione"*, in *Rivista trimestrale procedura civile*, 1960, 1342; ROVELLI, *Correttezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, IV, Torino, 1989, 426.

Contra, BIANCA, in *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 1 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 61 il quale alla nota 89 riporta, ma ritenendolo implicitamente superato, il pensiero di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it., scienze giur.*, 1937, 299, il quale «*ha decisamente respinto [...] ogni tentativo di configurare il rapporto obbligatorio come rapporto complesso*». Più di recente, tra i sostenitori della concezione unitaria dell'obbligazione, si segnala SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, 2129 ss., il quale alla pagina 2134 richiamando il pensiero di BIGLIAZZI-GERI (*Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civ.*, II, Torino, 1988, 170) scrive «*non, dunque, un'obbligazione principale ed una, accessoria, di protezione o di sicurezza, ma un'unica obbligazione con unicità di contenuto e di oggetto*». COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, 3 afferma che «*in senso tecnico, invece, obbligazione, come la corrispondente obligatio della terminologia romana, esprime un vincolo giuridico (avente un contenuto patrimoniale) e per il quale una persona (il debitore) è tenuta ad una determinata prestazione verso l'altra (creditore)*»; alla pagina successiva, l'Autore aggiunge «*nel suo nucleo essenziale, l'obbligazione moderna coincide con quella romana*». BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, I, La struttura*, Milano, 1948, 9, in un quadro di unità concettuale dell'obbligazione, ricorda che «*secondo il concetto tradizionale [...] l'obbligazione è un vincolo o rapporto giuridico mercè il quale il soggetto attivo (creditore) si assicura dal soggetto passivo (debitore) – nel proprio interesse o «anche» nel proprio interesse – l'adempimento di una determinata prestazione*» e chiarisce, alla pagina 25, che «*il contenuto del rapporto obbligatorio o contenuto dell'obbligazione è dato dal diritto alla prestazione (pel creditore) e dall'obbligo d'adempierla (pel debitore)*»; si vedano, inoltre, MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 58 ss. e NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I*, in *Trattato Cicu-Messineo*, IV, Milano, 1984, 17 ss.

In giurisprudenza, la categoria degli obblighi di protezione è stata recepita, seppur con riferimento al contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, a far data da Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, 690. A tal riguardo si vedano, per tutti, le considerazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 122, alla nota 40.

⁴ Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

accettata, consentirebbe di qualificare la natura della responsabilità precontrattuale come contrattuale: acclarata, infatti, l'idoneità del contatto sociale qualificato a costituire, ai sensi e per gli effetti della previsione di cui all'art. 1173 c.c., un rapporto di tipo obbligatorio «*anche in assenza di un vincolo formale delle parti*»⁵ non resterebbe che ritenere che il contatto tra le parti volto alla conclusione del contratto, quale ipotesi di contatto sociale normativamente prevista, sia fonte di un rapporto obbligatorio.

A supporto di tale affermazione, vengono ripercorse alcune tappe "applicative" della teoria del contatto sociale⁶, quale categoria avallata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷, così come impiegata, unitamente alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Alla luce di tale *excursus* giurisprudenziale che disegnerebbe, nella riflessione condotta dal Supremo Collegio, un indirizzo univoco e condiviso della giurisprudenza di legittimità, sarebbe possibile affermare, tenuto anche conto degli insegnamenti della Corte di Giustizia⁸, che il contatto sociale, ingeneratosi fra i soggetti che entrano in trattative per stipulare un contratto, possa essere considerato "qualificato" perché «*connotato da uno scopo che [...] le parti intendono proseguire*» e che, pertanto, la responsabilità precontrattuale, come responsabilità derivante dalla violazione di obblighi di buona fede, debba essere ascritta alla responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato" «*inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 cod. civ.*»⁹. Ad ulteriore conferma della ricostruzione

⁵ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

⁶ In particolare, avuto riguardo alla responsabilità del medico operante all'interno della struttura sanitaria, alla responsabilità dell'insegnante per i danni che l'allievo provochi a sé stesso, alla responsabilità della banca negoziatrice per l'incasso di un assegno bancario, pur munito di clausola di non trasferibilità, a soggetto diverso dal titolare, nonché, da ultimo, alla responsabilità della pubblica amministrazione in caso di violazione di obblighi procedurali.

⁷ Si veda sul punto Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 8.

⁸ Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 che alla pagina 13 richiama C. Giust., 17/6/1992, C- 261/91, Handte. In merito alla responsabilità precontrattuale in ambito europeo ed alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia si vedano, per quanto qui di interesse, CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1241 ss., ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., 42 ss., SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, VI, 2012, n.3.

⁹ Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 18.



proposta nella motivazione, si richiamano due precedenti di legittimità, nei quali si era già addivenuti a qualificare la responsabilità precontrattuale come responsabilità da contatto sociale¹⁰.

Il ragionamento svolto, dunque, pare direzionato alla dimostrazione dell'inevitabilità della conclusione raggiunta, la quale viene implicitamente resa come il «*coerente e inevitabile sviluppo di posizioni ormai pacificamente recepite dalla giurisprudenza più recente e che pertanto devono essere semplicemente confermate ed adattate alla specificità del caso esaminato*»¹¹.

Tanto considerato, dunque, appare evidente come sia la tenuta del ragionamento, svolto da Cass. n.14188/2016, a giustificare la conclusione.

Le considerazioni che seguono avranno lo scopo di verificare, quindi, la correttezza della prospettiva nella quale è stato inserito l'*excursus* giurisprudenziale, la coerenza dei precedenti richiamati, nonché, più in generale, la fondatezza del procedimento logico-giuridico adottato; per far questo ci si dovrà confrontare, seppur non certo con aspirazioni di completezza, con le teorie, più o meno esplicitamente, richiamate nella pronuncia in commento, giacché pare sia proprio da queste che la Suprema Corte tragga il fondamento della propria riflessione.

⁽¹⁰⁾ Il riferimento è a Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648 e a Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438. È possibile rinvenire la prima pronuncia in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1227 con commento di CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1233 ss.; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, in *Contratto e impresa*, 2013, 287 ss., ed ancora la nota di commento di DELLA NEGRA, in *I contratti*, 2012, 238 ss., FASOLI, *Contatto sociale dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) "tedesca"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 2548 ss.; ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2015, 344. Si vedano, altresì, le considerazioni di PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 191 ss, cui adde il riferimento di cui alla nota precedente; F. FORTE – M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Il corriere giuridico. Gli speciali*, 2, 2013, spec. 21 ss. Per quanto attiene Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438 con nota di SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, VI, 2012, 1949 ss., si veda anche FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, cit., 287 ss., nonché; F. FORTE – M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 21. Per una sintetica analisi delle due pronunzie si rimanda al successivo par. n.5.

⁽¹¹⁾ Così ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 4, 245 ss.

3. Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

La teoria del contatto sociale e quella dell'obbligazione senza prestazione, entrambe richiamate da Cass. n. 14188/2016, sono state spesso considerate strettamente connesse, specie dai sostenitori della teoria da ultimo nominata. Avuto riguardo alle vicende della nostra giurisprudenza, l'inizio di tale connessione è da rinvenirsi in Cass. n. 589/1999¹². Nella pronuncia appena richiamata, la prima, come noto, ad aver impiegato l'espressione contatto sociale, si faceva riferimento¹³, altresì, all'obbligazione senza prestazione¹⁴. La connessione è apparsa così forte, che le sentenze che hanno fatto uso del contatto sociale, sono state annoverate tra quelle che avrebbero accolto la teoria dell'obbligazione senza prestazione¹⁵.

La teoria del contatto sociale¹⁶ e quella dell'obbligazione senza prestazione, tuttavia, non paiono esaurire la rispettiva portata solo alla luce della connessione summenzionata; sarà, pertanto,

⁽¹²⁾ Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro italiano*, 1999, I, 3332, con note di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corriere giuridico*, 1999, 446, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giurisprudenza civile*, 2000, I, 343, con nota di THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza prestazione*; in *Rivista Italiana di medicina legale*, 2001, IV, 831 con nota di FIORI – D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal SSN dopo la sentenza della Cassazione civile n.589/1999 detta del «contatto sociale» - Trentadue anni dopo il fatto il medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale bensì contrattuale: con le relative conseguenze*; in *Danno e responsabilità*, 1999, 294 con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Responsabilità civile*, 1999, 661, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*.

⁽¹³⁾ In merito al contenuto di Cass. 589/1999 si veda, *infra*, nel presente e nel prossimo paragrafo.

⁽¹⁴⁾ ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Agg. V*, Torino, 2010, 352 segnala come sia ormai invalso nell'uso comune, della dottrina e della giurisprudenza, ricondurre lo schema teorico dell'obbligazione senza prestazione sotto l'etichetta della cosiddetta responsabilità da contatto sociale, e come tale termine sia foriero di equivoci e incomprensioni, ma tuttavia espressivo di una sintesi eloquente di problemi complessi.

⁽¹⁵⁾ Si vedano i parr. 3 e 4.

⁽¹⁶⁾ ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2013, 93, a proposito dell'impiego del concetto di contatto sociale rileva come lo stesso sia divenuto «un elemento di moda, «terribilmente» di moda».



opportuno valutare se possa darsi perfetta sovrapposibilità tra le due ricostruzioni teoriche o meno. Al di là della genesi delle due teorie¹⁷, le cui vicende esulano dallo scopo del presente scritto, ciò che interessa è verificare, sinteticamente, l'uso che del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione è stato fatto dalla giurisprudenza, al fine di comprenderne i riflessi sul ragionamento posto in essere da Cass. n. 14188/2016.

In una tale prospettiva, pare opportuno delineare, in estrema sintesi, gli aspetti più rilevanti della teoria che postula la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, che ha avuto quale suo massimo esponente e teorizzatore, in Italia, Carlo Castronovo¹⁸.

Punto di partenza della riflessione condotta¹⁹ è stata la constatazione che possano darsi alcune tipologie di responsabilità²⁰ che, per le loro

peculiarità, si situano in una zona di possibile sovrapposizione tra un rapporto di tipo contrattuale ed uno extracontrattuale, facendo emergere il problema di quale sia il regime di responsabilità più adatto a regolare le vicende considerate²¹. In casi del genere, infatti, la responsabilità extracontrattuale sembrerebbe essere troppo generica e aspecifica ma, d'altro canto, mancherebbe quello che, tradizionalmente, è stato sempre ritenuto l'elemento indefettibile affinché si possa dar luogo a responsabilità contrattuale: l'esistenza di un contratto dal quale derivi in capo alle parti un obbligo di prestazione²².

Che non possa più parlarsi di coincidenza tra il contenuto della prestazione e quello del rapporto obbligatorio, a cagione di una concezione complessa dell'obbligazione che vede coesistere accanto all'obbligo di prestazione anche obblighi ulteriori di protezione, che «*fanno corona alla prestazione*»²³, è questione che, ormai, appare essere

(17) Si vedano a tal riguardo, a titolo esemplificativo, CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 238 ss.; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 5 ss.; GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, 49 ss.; SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012, 9 e 33. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto privato*, III, 2009, 705, a proposito della terminologia, chiarisce come in dottrina sia stato precisato che il c.d. contatto sociale sia un fraintendimento linguistico, poiché il fondamento della responsabilità debba essere individuato negli obblighi generati dalla buona fede come conseguenza dell'affidamento innescato dal contatto sociale con il professionista.

(18) Sue le opere fondamentali sul tema, alle quali si rinvia per i profili non trattati; si segnalano, in modo non esaustivo, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 ss., ma già ID., *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 147 ss. e ID., *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, 319 ss.; ed ancora ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, I, 2004, 69 ss.; ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, I, 2003, 123-169 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Diritto privato*, I, 2011, 54 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 679 ss e, da ultimo. ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 128 ss. È lo stesso CASTRONOVO a chiarire in *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 135 alla nota 47 e in ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 468, come la terminologia «*rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*» debba essere ricondotta a LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁴, I, München, 1987, 104 ss., 122 ss.

(19) Il riferimento, per questa e le successive considerazioni, è sempre al pensiero di CASTRONOVO; si veda, a tal riguardo, la nota precedente. Si tenterà, seppur nei limiti evidenziati, di ripercorrere i diversi passaggi della riflessione compiuta dall'Autore, così come articolati nelle prime opere che hanno avuto ad oggetto l'obbligazione senza prestazione.

(20) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 445 osservava come tra tali ipotesi possano essere enucleate le

informazioni erronee o non veritiere date da un professionista (ad es., una banca a riguardo di un cliente o una guida turistica riguardo a un ristorante dato per chiuso e invece di nuovo in esercizio al momento della riedizione dell'opera); la c.d. *Prospekthaftung*, che costituisce una specie della precedente; la responsabilità degli intermediari finanziari secondo la configurazione datane dalla disciplina legislativa; la responsabilità del prestatore di servizi designata in una recente proposta di direttiva CEE [Proposta di direttiva del Consiglio sulla responsabilità sul prestatore di servizi, 9 novembre 1990, G.U.C.E. 18 gennaio 1991, n. C12/8] il danno cagionato dal medico a un paziente nell'adempimento di una prestazione di lavoro all'interno di una struttura sanitaria; il danno che un alunno si procuri da sé o cagioni ad altri durante le attività scolastiche e del quale si chieda il risarcimento al precettore dipendente dall'istituto con il quale è in vigore il rapporto di istruzione ed educazione dell'alunno medesimo; il danno che il professionista, nell'adempire un'obbligazione, cagioni a soggetti che non gli sono creditori ma nella cui sfera giuridica si riflettono gli effetti negativi della sua prestazione inesatta; per l'analisi di alcune differenti ipotesi si veda CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 ss.

(21) Per l'apparente compresenza di alcuni elementi tipici sia di un regime che dell'altro che impedisce di procedere ad un inquadramento soddisfacente ora null'una ora nell'altra ipotesi di responsabilità; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 (per questa e le successive considerazioni si impiegherà tale opera dell'Autore) parla di «*area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale*». Alla pagina successiva, l'Autore rileva come una tale zona di confine non sia certamente di esclusivo appannaggio del danno c.d. meramente patrimoniale. È la stessa Cass. 14188/2016 a richiamare il pensiero di CASTRONOVO al n. 8 della propria decisione.

(22) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 446. Questa è stata, peraltro, una delle argomentazioni maggiormente impiegate da coloro i quali riconducono la responsabilità precontrattuale all'alveo della responsabilità aquiliana. Ma sul punto vedi, *infra*, al par. n. 6.

(23) L'espressione è di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447.

accettata dalla maggioranza della dottrina²⁴, e dalla giurisprudenza²⁵.

Da qui l'ulteriore riflessione: se è possibile postulare l'autonomia²⁶ degli obblighi di protezione, anche se funzionalmente connessi alla prestazione, si potrebbe ipotizzare che, proprio in ragione della loro peculiare autonomia, tali obblighi potrebbero insorgere ed esistere, anche a prescindere dalla contemporanea sussistenza di un obbligo di prestazione²⁷.

A tale quesito si è ritenuto di poter dare una risposta positiva, basata non solo sull'autonomia strutturale degli obblighi di protezione, ma anche alla luce dell'autonoma fonte di questi, da individuarsi nella legge anche quando fonte dell'obbligo di prestazione sia il contratto²⁸. Lo scopo dell'indagine condotta dall'Autore, dunque, è quello di verificare se possano darsi obblighi di protezione scissi *ab origine* da un obbligo di prestazione, la cui violazione comporti l'insorgenza di una responsabilità contrattuale²⁹.

In una tale prospettiva appare evidente l'assonanza tra la ricostruzione proposta e il rapporto precontrattuale³⁰ nel quale, pur difettando, nella prospettiva tradizionale, un vero e proprio obbligo di prestazione è possibile, tuttavia, identificare un rapporto obbligatorio, nel quale sorgono obblighi di protezione a tutela delle sfere giuridiche delle parti³¹. Proprio da una tale ipotesi di indipendenza dall'obbligo primario di prestazione, deriverebbe la conferma che gli obblighi di protezione siano dotati di autonomia, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale. Ed

una tale constatazione, in linea con il dettato dell'art. 1173 c.c., permetterebbe di postulare la conformità, con il nostro ordinamento, delle obbligazioni senza prestazione³², delle quali un chiaro esempio potrebbe individuarsi nella norma di cui all'art. 1337 c.c. Da tale approdo prosegue l'indagine condotta dall'Autore, al fine di vagliare l'esistenza di altre ipotesi, suscettibili di essere risolte nella stessa forma giuridica della responsabilità precontrattuale, poiché analogamente presiedute dalla regola di buona fede³³, tenuto conto che quella precontrattuale sarebbe «*solo una specie di responsabilità da violazione dell'affidamento*»³⁴.

La responsabilità, connessa alle fattispecie considerate originariamente dall'Autore³⁵, viene ricostruita come ipotesi di violazione di autonomi obblighi di buona fede nati in funzione dell'altrui affidamento, in ragione di un contatto instauratosi tra i soggetti coinvolti, nonché in ragione dello *status* professionale del soggetto da ritenere responsabile nei confronti del danneggiato³⁶.

La ricostruzione sinteticamente delineata avrebbe avuto un ampio accoglimento da parte della dottrina³⁷ affermandosi, altresì, all'interno della giurisprudenza che ne avrebbe consacrato non solo l'integrazione nel nostro ordinamento giuridico ma anche, implicitamente, il fondamento propostone dallo stesso Autore³⁸.

Pur riconoscendo i chiari vantaggi sotto il profilo sistematico, la ricostruzione proposta induce alle seguenti riflessioni.

Una prima considerazione potrebbe essere svolta in merito alla possibilità di impiego, in via analogica, della norma di cui all'art. 1337 c.c. alle ipotesi contemplate, contrassegnate dalla violazione di un affidamento ingenerato nei confronti di un consociato, anche in ragione dello *status* professionale di uno dei soggetti coinvolti. Proprio in virtù dell'analogo affidamento violato nelle ipotesi richiamate, si giustificerebbe l'applicazione in via analogica della norma sulla responsabilità precontrattuale³⁹. Ma, avuto riguardo al contenuto della disposizione dell'art. 1337 ed ai presupposti

(24) Si vedano i riferimenti contenuti alla precedente nota n.3.

(25) A tal riguardo, a titolo esemplificativo, si veda proprio quanto riferito in Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 7; si vedano, inoltre, i riferimenti alla precedente nota n.3.

(26) A tal riguardo si veda, per tutti, MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., 369.

(27) Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447.

(28) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447.

(29) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448. Si vedano anche le riflessioni svolte da NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 45 ss. Un'indagine di tal portata impone un confronto tra i casi concretamente considerati e i due regimi di responsabilità civile: così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448. Nelle pagine successive l'Autore, chiarendo diversi equivoci che si annidano in tema di caratteristiche della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, giunge alla conferma che solo due siano le forme di responsabilità e che, pertanto, i casi considerati debbano, necessariamente, esseri ricondotti nell'alveo di una delle due.

(30) Qui l'Autore richiama, condividendone il percorso logico-argomentativo e il punto di approdo, l'opera di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. Sul punto si veda, *infra*, il par. 6.

(31) Si veda la nota precedente.

(32) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 467.

(33) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 469 e 470.

(34) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 470 ed anche 474; l'affermazione pare fondarsi, fra l'altro, anche sulle considerazioni svolte da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370.

(35) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 445.

(36) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 ss., nonché in merito specificamente al rapporto tra medico e paziente si veda 482 ss.

(37) Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 131, alla nota 100.

(38) CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 131 ss.

(39) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 470 ss.





del procedimento analogico, una tale operazione ermeneutica non pare del tutto persuasiva. Come noto⁴⁰, presupposto affinché si possa impiegare il procedimento analogico, è la sussistenza di una lacuna⁴¹ nell'ordinamento che impedisca di applicare, anche in via estensiva, la disciplina già presente⁴². A tal riguardo, potrebbe rilevarsi che, per le ipotesi contemplate, in ogni caso ci si potrebbe sempre avvalere, sussistendone i requisiti, della tutela aquiliana, grazie all'ampiezza della formulazione della disposizione di cui all'art. 2043 c.c.⁴³. Né, pare, che pur alla luce della peculiarità delle ipotesi considerate, potrebbe sostenersi che la carenza di una tutela di tipo contrattuale, integri, di per sé, un'ipotesi di lacuna dell'ordinamento. Ma anche ove non si reputasse dirimente la superiore considerazione, pare potersi rilevare quanto segue. Come noto, assunta l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento, il criterio in base al quale procedere nell'*analogia legis*, all'individuazione della norma da applicarsi alla fattispecie considerata è da identificarsi nella *eadem ratio*⁴⁴ che deve accomunare le due ipotesi. In tale prospettiva, sarà necessario provare ad individuare preliminarmente la *ratio* dell'art. 1337 c.c., al fine di verificarne l'eventuale identità con le ipotesi che si assume debbano essere regolate nella medesima forma giuridica⁴⁵. La disposizione richiamata ha il fine di estendere l'operatività degli obblighi di correttezza e buona fede, anche alla fase delle trattative e di formazione del contratto⁴⁶.

Lo scopo di una tale disposizione, dunque, appare quello di tutelare dei soggetti che, seppur non ancora parti di un rapporto contrattuale perfetto, si trovino in una situazione di «*contatto sociale*»⁴⁷ che, proprio perché finalisticamente orientata alla conclusione di un contratto, necessita di essere specificamente tutelata, in virtù della «*possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte*»⁴⁸.

L'elemento che, quindi, fonda e giustifica l'estensione degli obblighi di buona fede e correttezza, e che differenzia tale situazione da tutte le altre, è proprio l'esistenza di una relazione che sorge e si intrattiene allo scopo di instaurare trattative e concludere un contratto⁴⁹. Di un rapporto obbligatorio così insorto, l'affidamento obiettivo costituisce un epifenomeno che segna, temporalmente e qualitativamente, il momento dal quale insorge l'obbligo di comportarsi in accordo con le clausole di buona fede e correttezza⁵⁰. Volendo, dunque, identificare quale sia la *ratio* della norma di cui all'art. 1337, la stessa dovrebbe essere fatta coincidere con la necessità di tutela che quella specifica situazione di contatto negoziale impone: tutela attuata attraverso l'estensione degli

contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione che richiedono una pacifica collaborazione produttiva». Si veda, tal riguardo, per tutti MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit., 364.

⁽⁴⁷⁾ MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit., 361. Si segnala come l'espressione contatto sociale fosse stata già impiegata, in ambito di responsabilità precontrattuale, da BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni, Milano, 1953, 84.

⁽⁴⁸⁾ Così MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit., 364.

⁽⁴⁹⁾ In tal senso MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit., 370.

⁽⁵⁰⁾ Cristallino appare, come sempre, il concetto espresso da MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit., 370, il quale in merito al fatto costitutivo che giustifichi l'insorgenza della responsabilità precontrattuale, rileva: «in generale, si può affermare che la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte. Solo normalmente questo momento coincide con l'inizio delle trattative»; e ancora: «la rilevanza dell'affidamento come elemento essenziale della fattispecie cui è collegato il comando dell'art. 1337, risulta espressamente degli artt. 1338 e 1398, e del resto è implicita nel concetto stesso di buona fede oggettiva, ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione di affari».

⁽⁴⁰⁾ Sul tema dell'analogia si segnalano, con respiro di sintesi, BOBBIO, Analogia, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957 601 ss.; CARCATERRA, Analogia (Teoria Generale), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; ALPA, L'analogia e la finzione, in *Trattato di diritto civile (diretto da R. SACCO)*, II, Le fonti del diritto italiano 2, Le fonti non scritte e l'interpretazione, Torino, 1999, 297, ss.; GIANFORMAGGIO, Analogia, in *Digesto discipline privatistiche, Sez. civ.*, I, 320 ss.; BIANCA, Diritto Civile, I, Milano, 2002, 99 ss.

⁽⁴¹⁾ Per tutti, BOBBIO, Analogia, cit., 604.

⁽⁴²⁾ Così CARCATERRA, Analogia (Teoria Generale), cit., 8.

⁽⁴³⁾ In questo senso anche LAMBO, Obblighi di protezione, cit., 387.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. CARCATERRA, Analogia, cit., 10 ss. e BOBBIO, Analogia, cit., 603. In particolare quest'ultimo Autore chiarisce che «se la ratio legis è la ragion sufficiente della norma giuridica, si dovrà dire, in base al principio di validità del ragionamento per analogia, che l'estensione dal caso regolato al caso non regolato è legittima quando il secondo ha in comune col primo la ratio legis, o per dirla con le parole usate tradizionalmente dai giuristi, quando la somiglianza dei due casi consiste nell'aver l'*eadem ratio*».

⁽⁴⁵⁾ CASTRONOVO, La nuova responsabilità civile, cit., 469 e 470.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Relazione al codice civile, cit., n. 612, nella quale è dato, altresì, leggere «l'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto

obblighi di buona fede e correttezza alla fase precontrattuale. Ed è questo l'elemento che, al fine di giustificare l'applicazione analogica di una tale disposizione ad ulteriori fattispecie, dovrebbe essere presente. In altre parole, è la specificità riscontrabile in quel contatto volto a porre in essere le trattative e a concludere il contratto che giustifica l'estensione, alla fase precontrattuale, di quegli obblighi di protezione propri del rapporto contrattuale.

L'intenzionalità e lo scopo rivestono, dunque, un ruolo qualificante nel rapporto precontrattuale.

E, a ben guardare, una tale specificità pare del tutto assente nella ricostruzione dei casi da ascrivere alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, difettando il contatto di tipo negoziale e, anzi, negandosi *in nuce* che lo scopo dei soggetti coinvolti sia quello di giungere all'instaurazione di un rapporto obbligatorio, connotato da un obbligo principale di prestazione e da obblighi di protezione accessori.

L'estensione analogica, dunque, della norma contenuta dall'art. 1337 c.c. alle ipotesi di cui sopra, non sembra essere condivisibile⁵¹; sotto tale profilo non hanno del tutto persuaso le repliche fornite alle superiori considerazioni⁵², soprattutto in merito

⁽⁵¹⁾ In questo senso, si veda, da ultimo, DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11, il quale rileva che «proprio muovendo dalla "specificità" (del caso) della culpa in contrahendo, non sembra sia consentito "navigare" oltre di essa, nel "mare aperto" di rapporti aventi diversa natura e collocazione». Concorde con la posizione espressa è, altresì, LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 388, il quale puntualizza come il contatto e l'affidamento non siano gli unici elementi che caratterizzano la fattispecie disciplinata dall'art. 1337; ed infatti, il comportamento delle parti, assoggettato da questa norma alla buona fede, ha come scopo la conclusione di un contratto, e questa circostanza non può essere esclusa senza snaturare l'esigenza per la quale si è inteso estendere alle trattative la buona fede oggettiva prevista per l'attuazione del rapporto obbligatorio inteso in senso tradizionale. A ben vedere l'elemento che più di ogni altro connota la previsione dell'art. 1337 pare essere proprio lo scopo di concludere un contratto, e questo obiettivo ricorre naturalmente soltanto nelle trattative e nella formazione del contratto. Si consideri, inoltre, quanto affermato dallo stesso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 471 e 473 il quale sottolinea come si possa parlare di responsabilità precontrattuale solo ove le parti instaurino effettivamente trattative e abbiano in animo di concludere un contratto. Si vedano, inoltre, le considerazioni di SCAGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 203.

⁽⁵²⁾ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 698 il quale osserva: «è chiara l'incomprensione di chi ritiene che gli estremi dell'applicazione analogica non vi sarebbero perché della responsabilità precontrattuale presupposto non è lo status di una parte, come invece sarebbe nella obbligazione senza prestazione; essendo chiaro che lo status che viene in evidenza nell'obbligazione senza prestazione costituisce l'elemento che qualifica il contatto sociale, in funzione dell'affidamento, come nella responsabilità precontrattuale tale elemento è costituito dalla

all'identificazione di quale sia la lettura della norma da applicarsi analogicamente.

Ed infatti, in merito alla supposta applicabilità analogica tra l'ipotesi di cui all'art. 1337 e le fattispecie considerate, ci si troverebbe di fronte a situazioni aventi differente scopo e diverso contenuto precisamente perché non destinato alla conclusione di un contratto⁵³. Ma è, invece, proprio di diversità di scopo che si ritiene si debba parlare rispetto alle fattispecie contemplate, tanto più ove si consideri la chiarezza, sul punto, della disposizione dell'art. 1337 in base alla quale si può ritenere che proprio lo scopo del contatto avvenuto tra le parti, quello di condurre trattative e concludere un contratto, sia l'elemento indefettibile, il nucleo fondamentale in funzione del quale è individuabile la *ratio legis* che fatto concreto e fattispecie devono avere in comune⁵⁴. Parimenti non convince la teorizzazione di una più ampia categoria di lesione dell'affidamento⁵⁵, dedotta dalla generalizzazione di

qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa, qualità senza la quale non si spiega l'obbligo di comportarsi secondo buona fede che secondo è indice sicuro di un rapporto obbligatorio'». Di tale ultima riflessione, in particolare non persuade il punto d'approdo. La sensazione è che ciò che più rilevi nella previsione di cui all'art. 1337, tanto da giustificare l'estensione a questa fase degli obblighi di protezione, è che i soggetti entrino in rapporto al fine di condurre trattative e concludere un contratto; tutto il resto, costituisce epifenomeno o conseguenze di un tale scopo che è chiaro e palese nella volontà delle parti. E proprio perché tale è l'elemento che ha giustificato, nel pensiero del legislatore, l'estensione degli obblighi di buona fede e correttezza ad una fase che, diversamente, non li vedrebbe coinvolti, è proprio la ragione delle parti che giustifica la tutela a dover esser ricercata nella fattispecie che si assume di voler regolare mediante interpretazione analogica dell'art. 1337; elemento che, come si è avuto modo di evidenziare, è del tutto carente nelle ipotesi proposte dalla teorica dell'obbligazione senza prestazione.

⁽⁵³⁾ Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 140; l'Autore, chiarisce, nelle pagine seguenti, come il contatto sociale qualificato possa generare solo obblighi di protezione.

⁽⁵⁴⁾ Sono le parole dello stesso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 34 proprio a proposito dell'ipotesi di cui all'art. 1337. L'affermazione acquista ancor più forza, ove si tenga conto che era stato lo stesso CASTRONOVO in *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 334-335, alla nota 2 ad affermare, in merito alla ricostruzione proposta da GHIDINI, *La responsabilità del produttore dei beni di consumo*, I, *Profili precontrattuali*, Milano, 1970 del rapporto tra produttore e consumatore in termini di responsabilità precontrattuale, che «la tesi [...] non resiste alla obiezione per la quale fare a capo ad un modello di responsabilità che, come quella precontrattuale, sola può sorgere in sede di trattative volte alla stipulazione di un contratto, per descrivere una relazione tra soggetti che mai in ipotesi la stipuleranno, è contraddittorio».

⁽⁵⁵⁾ Ugualmente critico appare VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 112 che rileva, a tal proposito, come non sia sembrata sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell'indicazione proveniente dall'art.





solo alcuni degli elementi previsti dalla disciplina della responsabilità precontrattuale, della quale l'ipotesi di cui all'art. 1337 sarebbe solo una delle possibili estrinsecazioni⁵⁶. Né, pare esser solutivo l'impiego del *medium* dello *status*⁵⁷ di uno dei soggetti coinvolti nel contatto al fine di identificare, unitamente all'affidamento, coordinato con la buona fede⁵⁸, come elemento atto a determinare l'insorgenza di una obbligazione senza prestazione⁵⁹. Ed ancora, un'ulteriore

considerazione attiene alla «difficoltà di abbandonare il criterio secondo cui la responsabilità contrattuale presuppone un obbligo specifico di comportamento, finalizzato ad un risultato utile per colui che ne è il destinatario (prestazione)»⁶⁰; per potersi parlare di rapporto obbligatorio, in altri termini, si dovrebbe poter rinvenire sempre all'interno di questo un obbligo di prestazione. Tanto più ove si consideri che proprio di prestazione si dovrebbe poter parlare ogni volta che ci si trovi davanti ad un comportamento «orientato a fare ottenere un risultato favorevole a soggetti (o a cerchia di soggetti) determinati e cioè di un obbligo funzionale alla soddisfazione di un diritto», come avviene nelle fattispecie considerate⁶¹.

Per comprendere fino in fondo le implicazioni di quanto sin qui, brevemente, ricostruito, pare a chi scrive doversi considerare, seppur in estrema sintesi, l'ipotesi che, forse più di tutte, ha costituito terreno di confronto sulla teorica dell'obbligazione senza prestazione: quella della responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria⁶². È proprio su questo tema⁶³, che la teoria dell'obbligazione senza prestazione si intreccia, soprattutto in giurisprudenza, con quella della c.d. responsabilità derivante da contatto sociale⁶⁴ qualificato; appare pertanto opportuno, considerare le due ricostruzioni insieme al fine di individuarne gli, eventuali, diversi profili. La parabola evolutiva

1337. Se, infatti, questa norma autorizza a pensare che possa sussistere un rapporto di protezione privo di collegamento con un dovere principale di prestazione, non è certo che essa di per sé, esprima un principio generale valido anche al di fuori delle trattative contrattuali; e comunque non aiuterebbe a comprendere quali siano i tratti del "contatto sociale qualificato", diverso dalle trattative che ne giustificano l'estensione.

⁽⁵⁶⁾ A tal riguardo, è illuminante la riflessione di DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11 che pare opportuno riportare integralmente: «l'innalzamento a categoria del più ampio principio della c.d. responsabilità da (violazione dell') affidamento Vertrauenshaftung si rivela insincero ed inappropriato sotto un duplice profilo. È insincero perché qui nella trattativa contrattuale o, più genericamente, nel rapporto derivante da un "contatto sociale" l'affidamento è oltrepassato da uno specifico dovere di comportamento (come quello di buona fede), che si carica, esso, di fornire precisa e puntuale garanzia protettiva al soggetto. E' inappropriato, ove "esportato" verso altri e ben diversi rapporti, perché viene ad alimentare di risvolti soggettivi una responsabilità che può basarsi su elementi oggettivi, rapportati a standards di comportamenti etico-sociali, connessi a ben precisi ruoli e funzioni che il soggetto riveste; ed ancora, poco dopo, l'Autore sottolinea come «il concetto di "affidamento", disancorato dalla buona fede innestata in un determinato rapporto, perde, a tal punto, di senso e di significato specifici». Alla pagina 14, l'Autore evidenzia un ulteriore aspetto di critica rispetto a costruzione dell'obbligazione senza prestazione: «la forzatura, ancor più evidenti, è di ritenere che rapporti siffatti, destinati ad inverarsi alla sola occasione dell'insorgere di danni, così che il rapporto nasce dal danno e cominci con esso e non prima, riproducendo in tutto e per tutto il non-rapporto aquiliano, abbiano poi bisogno di trovare risposdenze in fattispecie negoziali o in atti ad esse assimilabili».

⁽⁵⁷⁾ Si veda, ad esempio, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 466, 475 e 482; per una posizione più netta sul tema dello status professionale: SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 356 e 363 ss., nonché ID, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, 665 e 658 ss. Su tale aspetto, più di recente, ha puntualizzato CASTRONOVO in *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 698.

⁽⁵⁸⁾ CASTRONOVO in *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 695.

⁽⁵⁹⁾ A tal proposito si vedano le osservazioni di LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 340 ss., il quale sottolinea la difficoltà, per l'interprete, nell'identificare quali attività economiche siano idonee ad essere fonte sicura di obblighi di salvaguardia della sfera giuridica altrui. Sul medesimo punto DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 73

il quale chiarisce come a differenziare un rapporto di tipo contrattuale da uno "casuale" non basti richiamare una situazione che faccia leva su «ruoli» e vesti specifiche rivestiti dal soggetto dell'incontro perché in tal modo, attraverso la buona fede, non si farebbe che descrivere, in altro modo, lo stesso «ruolo» o veste rivestiti dal soggetto e (o lo specifico dovere su di esso incombente).

⁽⁶⁰⁾ Così DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., 29 ss. e ID, *Le tutele contrattuali*, cit., 66.

⁽⁶¹⁾ Così DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corriere giuridico*, 2007, 1712.

⁽⁶²⁾ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 ss., ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss., ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59 ss., ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 129 ss; nello stesso senso GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, cit., 81. Ed infatti, considerato come la Corte abbia posto, a fondamento del proprio ragionamento, l'equazione tra responsabilità da contatto sociale, obbligazione senza prestazione e rapporto precontrattuale, sarebbe sufficiente considerare un solo ambito, ove nello stesso emergesse la non sovrapponibilità contenutistica e strutturale tra le tre ipotesi, al fine di inficiare il ragionamento di Cass. 14188/2016.

⁽⁶³⁾ Anche se non si tratta certo dell'unico; si pensi, ad esempio, alla responsabilità dell'insegnante, nel caso di lesioni occorse all'alunno, così come delineata da Cass. civ., S.U., 27 giugno 2002, n. 9347.

⁽⁶⁴⁾ Si veda la precedente nota n. 47.

dei concetti potrà essere disegnata, attraverso alcune pronunzie esemplificative⁶⁵.

4. Il contatto sociale quale fonte di obbligazioni.

| 52

La Suprema Corte, in Cass. n. 14118/2016, come sopra ricordato, muove dall'affermazione che la teoria del c.d. contatto sociale sarebbe «*significativamente, e pressoché uniformemente*»⁶⁶ condivisa e, a conferma di tale assunto, richiama i propri precedenti nei diversi ambiti applicativi della teoria in esame.

Preliminarmente, sia consentito precisare come non pare condivisibile, sotto il profilo semantico e logico, la formula “responsabilità da contatto sociale”⁶⁷, giacché più correttamente dovrebbe parlarsi del *contatto sociale quale fonte di obbligazione*, atteso che, quale che ne sia la ricostruzione teorica condivisa, il contatto sociale qualificato sarebbe quel fatto, giusta la previsione dell’art. 1173 c.c., in conformità all’ordinamento, idoneo a produrre obbligazioni. La responsabilità, dunque, non potrebbe certo derivare dal contatto sociale qualificato, bensì, in ogni caso, dalla violazione di quegli obblighi relativi che costituiscono quel rapporto di tipo, appunto, obbligatorio, sorto in virtù del contatto sociale qualificato⁶⁸.

Nella motivazione della sentenza in commento, è dato anche leggere come la ricostruzione della teoria del contatto sociale qualificato, frutto di «*una vera e propria evoluzione giurisprudenziale*», sarebbe connotata, altresì, «*dalla piena condivisione delle elaborazioni dottrinali in tema di responsabilità contrattuale da “contatto sociale qualificato”*»⁶⁹. Ed ancora, ulteriori richiami, a fondamentali studi dottrinali sul tema, vengono effettuati attraverso l’allusione ad una formula di responsabilità che si «*colloca ai confini tra contratto e torto*»⁷⁰, nonché all’obbligazione senza

prestazione⁷¹. Considerato come un’analisi di tutti gli ambiti nei quali si è fatto uso, nella giurisprudenza di legittimità, della teoria del contatto sociale esulerebbe dallo scopo del presente lavoro, è possibile identificare, quale materia rappresentativa dell’evoluzione giurisprudenziale sul tema, come sopra già accennato, quella della responsabilità del medico operante all’interno di una struttura sanitaria, ambito che più di tutti ha segnato il punto di confronto delle teorie del contatto sociale e dell’obbligazione senza prestazione⁷². Appare evidente, infatti, che se non vi fosse quell’unitarietà e uniformità di vedute in merito alla teoria del contatto sociale, così come accolta dalla giurisprudenza di legittimità, o non vi fosse corrispondenza tra questa e la teoria dell’obbligazione senza prestazione, o, ancora, non vi fosse sovrapposibilità tra la costruzione teorica legata al contatto sociale e l’ipotesi del rapporto precontrattuale, verrebbe meno il ragionamento svolto da Cass. n. 14188/2016.

A tal riguardo, colpisce come in materia di contatto sociale, ed ancor più in materia di responsabilità medica, non venga indicato come proprio precedente l’arresto n. 589 del 1999⁷³, sentenza nella quale per la prima volta si è accolta in giurisprudenza la teoria del contatto sociale, richiamando, altresì, l’obbligazione senza prestazione.

Se v’è uniformità di pareri in merito al valore di *leading case* da conferire alla decisione richiamata⁷⁴, nella quale si afferma la natura contrattuale della responsabilità del medico operante in una struttura sanitaria in ragione del rapporto obbligatorio che si instaura tra questi e il paziente per contatto sociale⁷⁵, l’argomentazione attraverso la quale la Corte giunge a tale decisione, nonché il fondamento della stessa, non sono perfettamente univoci⁷⁶, consentendo così che della

⁽⁶⁵⁾ È possibile trovare un’indicazione in tal senso, ad esempio, in CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss.

⁽⁶⁶⁾ Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

⁽⁶⁷⁾ Formula richiamata anche da Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 8 ss.

⁽⁶⁸⁾ In merito all’uso dell’espressione responsabilità da contatto sociale, CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1234 parla di «*vulgata giurisprudenziale*».

⁽⁶⁹⁾ Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 8.

⁽⁷⁰⁾ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 87; si tratta di un chiaro richiamo all’espressione utilizzata da CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147 ss.

⁽⁷¹⁾ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 14; anche in questo caso è chiaro il riferimento alla ricostruzione proposta da CASTRONOVO; sul punto si veda il paragrafo precedente.

⁽⁷²⁾ In questo senso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 ss., ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss., ID., *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59 ss., ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 129 ss.

⁽⁷³⁾ Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, cit.; si veda la precedente nota n. 12.

⁽⁷⁴⁾ Per tutti, di recente CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 131.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit. Nella motivazione della pronuncia richiamata viene anche richiamata la categoria dei rapporti contrattuali di fatto; per tutti, sul tema si veda BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ss.

⁽⁷⁶⁾ LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 353, dopo aver ricordato come nella suindicata pronuncia la Suprema Corte





stessa pronunzia si potessero fornire interpretazioni tra loro discordanti⁷⁷. Nonostante l'ultima considerazione, la decisione richiamata è stata salutata come coronamento e conferma della validità della ricostruzione della categoria dell'obbligazione senza prestazione in Italia⁷⁸, ed è anche per tale ragione che costituisce un utile punto di partenza per le riflessioni che interessano in questa sede.

In realtà, pare potersi affermare che l'impianto motivazionale di Cass. n. 589/1999 possa essere ben ricostruito secondo altra direttiva: il richiamo⁷⁹ alla categoria dell'obbligazione senza prestazione non sembra costituire, infatti, il vero fulcro della decisione. A ben guardare, dopo un iniziale cenno alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, l'attenzione della Corte si sposta⁸⁰ su altri aspetti che, tralasciando la questione del rapporto sotto il profilo strutturale, si concentrano verso quello costitutivo richiamando, invece, concetti come quello di «*rapporto contrattuale di fatto o [...] contatto sociale*»⁸¹.

richiami sia l'obbligazione senza prestazione sia i rapporti contrattuali di fatto, definisce «*anfibia*» la soluzione adottata; in senso analogo THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza prestazione*, cit., 348 afferma lasci perplessi la circostanza che la Corte non abbia precisato se dal contatto tra medico e paziente scaturisca un mero obbligo di protezione, in armonia con la teoria dell'obbligazione senza prestazione, ovvero un vero e proprio obbligo di prestazione, come lascerebbe supporre il riferimento alla categoria dei rapporti contrattuali di fatto.

⁽⁷⁷⁾ A scopo meramente esemplificativo, si consideri da un lato la posizione di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 483 ss. e, dall'altro, la posizione di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 446 ss.

⁽⁷⁸⁾ In tal senso, di recente CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 131.

⁽⁷⁹⁾ Nella motivazione, al punto 6.1, è dato, infatti, leggere che «*un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come culpa in non faciundo, la quale dà origine a responsabilità contrattuale*».

⁽⁸⁰⁾ Così DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 448, ed anche alla pag. 450 ove viene ribadito come l'elemento di novità che esibisce la responsabilità del medico dipendente, sia più sul versante (del sistema) delle fonti di *obligatio* che non su quello di una diversa tipologia di obbligazione (obbligo senza prestazione). ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 94, definisce il fondamento teorico, della decisione qui richiamata, abbastanza stringato e di alquanto dubbia consistenza.

⁽⁸¹⁾ Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, 6.2. Per una ricostruzione della teoria del contatto sociale, alla luce della

Il discorso condotto dalla Corte approda, dunque, alle fonti dell'obbligazione⁸², chiarendo come, nell'ipotesi considerata, il contatto sociale qualificato ingeneri un rapporto obbligatorio da sottoporsi, *tout court*, alle «*regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto*»⁸³ e che il profilo contenutistico⁸⁴ degli obblighi riconducibili in capo al medico sia esattamente il medesimo, a prescindere che tra medico e paziente sia stato concluso o meno uno specifico contratto⁸⁵.

Ed infatti, l'obbligazione del medico concretizzandosi e attualizzandosi non per l'assunzione di uno specifico obbligo nei confronti del paziente, ma in occasione dell'esecuzione della prestazione sanitaria, si atteggia, quanto al suo

giurisprudenza e della dottrina tedesca, si veda ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 78 ss.; si veda, altresì, DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 221 ss.

⁽⁸²⁾ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 449. Nella motivazione della sentenza, al punto 6.2, viene evidenziato come la categoria del contatto sociale «*mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore*». A tal proposito rileva CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 487 che «*di sfasatura tra l'obbligazione e la sua fonte si potrebbe parlare se, l'obbligazione senza prestazione nascendo da uno dei fatti innominati ai quali fa riferimento l'art. 1173, la si assoggettasse a una disciplina che fosse propria delle obbligazioni nate da contratto. La legge conosce invece una disciplina unitaria delle obbligazioni, che prescinde dalla considerazione della fonte*». È proprio tale circostanza che sembra voler sottolineare la motivazione della Corte, chiarendo che pur in assenza di un contratto, l'obbligazione che ne scaturisce è un'obbligazione alla quale dovrà essere applicata disciplina peculiare delle obbligazioni nate da contratto, con questo confermando la ricostruzione in base alla quale dal contatto sociale deriverebbe un'obbligazione completa di prestazione e obblighi accessori.

⁽⁸³⁾ Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., n. 6.2.

⁽⁸⁴⁾ Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., n. 6.3: «*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*».

⁽⁸⁵⁾ Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, 6.3, con la differenza che «*l'esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge) [...]. In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio dell'attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico*».

contenuto, come una normale obbligazione «che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore (e cioè il dare facere oportere delle fonti)»⁸⁶.

Ed una tale considerazione permette di affermare che «in principio, si può dire, v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione»⁸⁷.

Sarebbe, dunque, il contatto sociale che si ingenera tra medico e paziente che renderebbe il primo debitore di una prestazione nei confronti del secondo, prestazione che avrà ad oggetto non solo obblighi di protezione, ma veri e propri obblighi di prestazione che vanno ben al di là del garantire che la condizione del paziente non abbia a risultare peggiore di quella che sarebbe stata ove nessun «contatto» si fosse verificato, cioè dell'obbligo statico di protezione⁸⁸.

La ricostruzione da ultima delineata, che si ritiene di condividere, ha suscitato alcune repliche⁸⁹

⁽⁸⁶⁾ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 450; poco dopo l'Autore sottolinea come la normale sequenza che vede l'obbligazione precedere la prestazione si presenti, nell'ipotesi considerata, capovolta, giacché è quest'ultima a precedere la responsabilità e quindi l'obbligazione, nell'ambito di una particolare valorizzazione del momento esecutivo. In generale non appare condivisibile l'idea di voler ridurre gli obblighi di cura a meri obblighi di protezione come, invece, propone CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 484 e 485; ed ancora, nello stesso senso ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 60 alla nota 15, in critica alla posizione di PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 333, il quale rileva che il ricco contenuto dell'obbligazione del medico non può essere ridotto a «mero dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica» e che «si mistifica la realtà sostenendo che il medico deve osservare gli obblighi professionali verso l'ente ospedaliero e non verso il malato», afferma che si «tratta di stabilire nei confronti di chi valga questa pretesa, distinguendo con precisione i profili formali da quelli sostanziali. Ora anche la Cassazione afferma che il medico ospedaliero non è debitore della prestazione nei confronti del paziente, dato che, aggiungiamo noi, non se ne vede la fonte. Se questo è vero, rimane misterioso in base a quale profilo formale si possa ipotizzare un'obbligazione di risultato del primo nei confronti del secondo».

⁽⁸⁷⁾ Così DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 451; indicativo, a tal proposito, appare il seguente passaggio nella motivazione della sentenza: «la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto)».

⁽⁸⁸⁾ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 451.

⁽⁸⁹⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59, a proposito del contributo di DI MAJO sopra citato, rileva «ma

da parte di coloro i quali, invece, hanno visto nella sentenza in commento un chiaro, e completo, recepimento dell'obbligazione senza prestazione da parte della giurisprudenza italiana.

Rispetto alla prospettata esistenza di una prestazione sanitaria, si replica che sicuramente il paziente si attenderà un risultato utile, ma non dal medico, bensì dalla struttura sanitaria⁹⁰, giacché non potrebbe individuarsi una posizione contrattualmente indipendente in capo al medico, rispetto a quella della stessa struttura sanitaria né, sotto tale profilo, rilevarebbe anche l'eventuale circostanza che il medico sia ritenuto responsabile per *culpa in non faciendo*⁹¹, tenuto conto che l'inversione, sopra ricordata, tra prestazione e obbligazione costituirebbe «una non spiegata inversione tra fatto e diritto [...] della quale non si fornisce altra ragione che il puro fatto»⁹².

Si è affermato che le successive pronunzie della Suprema Corte di Cassazione⁹³ si sarebbero mosse

la nota va in senso contrario alla decisione, o meglio ne sfrutta gli aspetti problematici che agli occhi del nostro Autore ne mitigano l'adesione alla nuova figura»; ed ancora si veda ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 487 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 708 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 59 ss.

⁽⁹⁰⁾ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 488 ss.

⁽⁹¹⁾ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 489 aggiunge come il medico che svolge la sua attività sul paziente, si limita a dare attuazione al rapporto obbligatorio come ausiliario dell'ente di cura, il quale, ai sensi dell'art. 1228 c.c., risponde dei fatti dolosi o colposi di esso; e l'ausiliario in quanto tale non è soggetto passivo di un rapporto obbligatorio autonomo nei confronti del creditore, essendo e potendo essere soltanto colui mediante la cui opera il debitore esegue la prestazione. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 709, più di recente, e proprio in replica alla ricostruzione sopra ricordata di DI MAJO, sottolinea la circostanza che sostenere che il medico risponde per *culpa in non faciendo* non risolverebbe il problema, poiché si tratterebbe ancora di individuare, all'interno della responsabilità contrattuale di quale obbligo, se di prestazione o accessorio, si tratti; a tal riguardo l'Autore sottolinea come il medico che non ha assunto in proprio alcun obbligo di prestazione e che anzi adempie un obbligo di prestazione altrui, non potrebbe dirsi tecnicamente inadempiente. Né sarebbe possibile dalla natura contrattuale della sua responsabilità ricavare che questi risponderebbe allo stesso titolo della struttura sanitaria, poiché solo quest'ultima è debitrice nei confronti del paziente.

⁽⁹²⁾ Così CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 709, il quale aggiunge: «e il fatto in sé non è in grado di andare oltre sé, se non si assortisce di una dimensione normativa che lo proietta verso l'effetto»; affermazione ribadita in ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 59 ss.

⁽⁹³⁾ Così CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 richiama, alla nota 72, Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 540 con nota di KLESTA DOSI e nelle pagine successive Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826



sempre nel solco della teoria dell'obbligazione senza prestazione, confermando l'impostazione della stessa propositane⁹⁴, pur essendo approssimative, sotto alcuni profili⁹⁵, ma in ogni caso giungendo a rilevare con precisione «*la diversità di struttura e di rilevanza giuridica dell'obbligazione (senza prestazione) del medico o paramedico e della struttura sanitaria*»⁹⁶; né il ricondurre entrambe le responsabilità all'ipotesi di cui all'art. 1218 c.c. potrebbe indurre ad omogeneizzare i due rapporti sotto il profilo strutturale⁹⁷. Nella normale realtà ospedaliera, della quale si occupa l'obbligazione senza prestazione, si osserva⁹⁸, la prestazione del medico è da questi dovuta solo nei confronti della struttura sanitaria.

Ed ancora, l'identità di contenuto della prestazione del medico a prescindere dalla sussistenza o meno di un contratto, come prospettata nella pronuncia sopra ricordata, avrebbe avuto ben altro scopo rispetto a quello di affermare la sussistenza di una prestazione, poiché «*innestata comunque in un contesto di piena accettazione dell'obbligazione senza prestazione da parte della Suprema Corte*»⁹⁹. E la considerazione appena riferita consentirebbe, inoltre, di interpretar nello

stesso senso anche altre pronunce¹⁰⁰, e di poter affermare che il creditore della prestazione del medico sarebbe solo la struttura sanitaria¹⁰¹.

La carenza di prestazione, infatti, troverebbe conferma nella struttura giuridica analoga a quella della responsabilità precontrattuale nella quale, si afferma, è certamente carente l'obbligo di prestazione¹⁰².

Vista, allora, l'irriferevolezza della qualifica di creditore, in capo al paziente¹⁰³, di una prestazione dovutagli dal medico, l'obbligazione senza prestazione rimarrebbe l'unica soluzione plausibile al problema della responsabilità del medico¹⁰⁴, considerato, altresì, che l'affidamento del paziente non sarebbe in grado di dar vita a niente di più che a un'obbligazione senza prestazione¹⁰⁵, un rapporto obbligatorio che si costituisce *ex lege*, in seguito al contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo di tutela dell'altrui sfera giuridica¹⁰⁶.

Le superiori considerazioni, tuttavia, non appaiono fino in fondo persuasive.

Oltre a quanto più sopra riferito in merito alla presunta possibilità di impiego analogico della norma di cui all'art. 1337 c.c., altri sono gli aspetti che non sembrano superabili.

nonché Cass. civ., S. U., 11 gennaio 2008, n. 577. Per una ricognizione della giurisprudenza in materia, si veda ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 96 alle note 65-68.

⁽⁹⁴⁾ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 ss.

⁽⁹⁵⁾ In merito alla pronuncia sopra richiamata, si veda CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 ss.

⁽⁹⁶⁾ Così CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 che richiama Cass. civ., S.U., n. 577/2008 la quale «*rilevando la complessità del rapporto che si instaura tra la struttura sanitaria e il paziente, ha criticato il «riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico»*».

⁽⁹⁷⁾ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 711.

⁽⁹⁸⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 61.

⁽⁹⁹⁾ Così CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 63; l'unico intento sarebbe stato infatti, spiega l'Autore, di asseverare la natura contrattuale della responsabilità del medico, nonché di accreditare il superamento, che con quella decisione veniva operato, della precedente giurisprudenza, la quale aveva continuato a qualificarla extracontrattuale. Piena adesione che deriverebbe da un passo della richiamata sentenza: «*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 (...) che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professione ha fatto affidamento, entrando in «contatto» con lui*» (così Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, n. 6.3).

⁽¹⁰⁰⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 63 richiama Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.

⁽¹⁰¹⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

⁽¹⁰²⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64; nel caso dell'obbligazione senza prestazione, infatti, il contatto qualificato unitamente allo *status* professionale del medico farebbero sorgere un affidamento che sarebbe, poi, reso rilevante dalla buona fede quale fonte di obblighi.

⁽¹⁰³⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

⁽¹⁰⁴⁾ Così CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

⁽¹⁰⁵⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

Alla pagina 66, l'Autore chiarisce come il concetto di obbligazione senza prestazione, una volta accolto nella sua teorizzazione, permetterebbe di cogliere come la natura obbligatoria di un rapporto non debba essere ricondotta al contenuto del rapporto ma alla dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra e, dunque, la vera essenza dell'obbligazione consisterebbe nella *relazionalità* come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro; relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile; nelle pagine successive l'Autore sviluppa le implicazioni di questa chiave di lettura.

⁽¹⁰⁶⁾ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 67.

Innanzitutto, accogliendo l'ipotesi che un'obbligazione possa sussistere senza un corrispettivo obbligo di prestazione, verrebbe a mancare ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi o comunque pattuiti¹⁰⁷ comportando, peraltro, il mutamento del tipo di interesse protetto¹⁰⁸. Ma, come più sopra già sottolineato, sotto il profilo strutturale e di teoria generale, non convince l'ipotesi che all'interno dell'obbligazione possa difettare una qualsiasi prestazione¹⁰⁹. Diverse possono essere le fonti di obblighi specifici la cui violazione dia luogo a responsabilità contrattuale, ma le stesse dovranno pur sempre essere saldamente radicate, a loro volta, in rapporti, originati da atti e iniziative e da cui sorgono doveri e pretese di comportamenti, che riproducono (schemi di) possibili «prestazioni» ossia di comportamenti esigibili non dal *quisque de populo* ma dal soggetto con cui si è entrati in rapporto¹¹⁰, pena il rischio di un indebito ampliamento delle ipotesi foriere di responsabilità contrattuale, con l'unico limite degli incontri casuali¹¹¹. Ed è, invece, proprio la nozione di prestazione¹¹², per quanto interpretata in chiave moderna, che funge ancora da valido criterio per delimitare ciò che è oggetto di progetto o previsione in termini di dover essere da ciò che invece non lo è, perché affidato all'incontro «casuale» tra due soggetti¹¹³.

Ed ancora.

Una volta che si sia postulato che il contatto sociale, sotto il profilo delle fonti, terrebbe le veci del contratto, non si comprende come mai il

rapporto attivato dovrebbe limitarsi a sorgere al fine di tutelare da un danno l'altro soggetto e non ad essere dotato di obblighi idonei ad arrecare benefici al soggetto¹¹⁴; in altre parole, «attivato il circuito del contratto – contatto sociale, e secondo il quale il “contatto sociale” tiene le veci del contratto, non si vede ragione perché la responsabilità del medico non debba richiamare la “prestazione” ma la mera “protezione” del paziente»¹¹⁵.

Muovendo da quanto sin qui rilevato in riferimento alla sentenza n. 589/1999, un successivo sviluppo delle argomentazioni proposte in quella sede può essere rintracciato in Cass. n. 8826/2007¹¹⁶, relativa ad un caso di supposta responsabilità civile da attività medico-chirurgica; in tale occasione la Corte di Cassazione, con una sentenza che ha effettuato un'approfondita disamina dei principali profili della materia, tanto da indurre un Autore a qualificarla come «scolare»¹¹⁷, ha preso posizione anche in merito alla questione del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione.

Tale è l'importanza della pronuncia, nella prospettiva che qui interessa, da indurlo a riportarne integralmente alcuni passi.

I Giudici della Suprema Corte, ben consapevoli del dibattito sorto in merito al tema della responsabilità del medico c.d. strutturato, hanno nella richiamata occasione, espressamente affermato che la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente «è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la

⁽¹⁰⁷⁾ Così DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 65.

⁽¹⁰⁸⁾ DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 65: osserva come muti anche logicamente il tipo di interesse protetto che non è quello all'adempimento ma sostanzialmente a non subire danno nella propria sfera giuridica, il che presuppone che si passi dalla risarcibilità dell'interesse positivo a quello dell'interesse negativo.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 66: «potranno essere anche ragionevolmente larghe le maglie del dare facere oportere delle fonti ma quel che conta è che tale dare facere oportere sia comunque giuridicamente configurabile, perché ancorato ad un determinato rapporto che ne proietta l'esecuzione in termini di «dover essere». Ai di là di ciò v'è l'ambito occupato dal torto aquiliano».

⁽¹¹⁰⁾ DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 66.

⁽¹¹¹⁾ A tal riguardo si vedano le riflessioni di DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 66.

⁽¹¹²⁾ DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corriere giuridico*, 12, 2007, 1712, rileva come debba esser, in ogni caso, definito prestazione quel comportamento che sia orientato a far ottenere un risultato favorevole a soggetti, o ad una cerchia di soggetti, determinati e cioè di un obbligo funzionale alla soddisfazione di un diritto.

⁽¹¹³⁾ Così DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 69 ss.

⁽¹¹⁴⁾ DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, cit., 14.

⁽¹¹⁵⁾ Così DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, cit., 14; l'Autore aggiunge come, più in generale, anche a prescindere dal richiamo a “contatti” più o meno “sociali” e/o “negoziali”, resta che obbligazioni siffatte, ove orientate verso esiti predeterminati, così come rappresentati da “prestazioni”, hanno il loro fondamento giustificativo in circostanze o situazioni caratterizzate dalla stessa “posizione” in cui versano i soggetti, sia debitori che creditori, così da concretizzare una fonte “atipica” di obbligazioni, così come testualmente prevista dall'art. 1173 c.c.

⁽¹¹⁶⁾ Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *La responsabilità civile*, 2007, 967 ss., con nota di FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza “scolare” della Cassazione*; ivi, 2007, 1028, con nota di PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*; in *Danno e responsabilità*, 10, 2007, 980, con nota di SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*.

⁽¹¹⁷⁾ FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza “scolare” della Cassazione*, cit., 1028.





struttura sanitaria. Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione»¹¹⁸.

Poco dopo, ed è qui il punto chiave della pronuncia, è dato leggere che «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 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»¹¹⁹.

Nella pronuncia in questione, dunque, emerge inequivocabilmente l'affermazione che dal contatto sociale inteso, correttamente, quale fonte ex art. 1173 c.c.¹²⁰ derivi un rapporto obbligatorio «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» e che «la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento dell'obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c.»¹²¹. Nella sentenza, peraltro, viene espressamente indicato, quale prima pronuncia del consolidato orientamento appena espresso, proprio Cass. n. 589/1999 confermando, dunque, la fondatezza dell'interpretazione sopra richiamata¹²² e, implicitamente, indicando come, in realtà, non vi fosse stata alcuna adesione da parte della Corte di Cassazione alla teoria dell'obbligazione senza prestazione¹²³.

⁽¹¹⁸⁾ Così Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

⁽¹¹⁹⁾ Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.; la conferma che l'obbligazione insorta concretizzi un vero e proprio rapporto obbligatorio completo di prestazione fornisce fondamento all'eventuale azione da parte del paziente anche per la mera inalterazione delle proprie condizioni cliniche in seguito al trattamento eseguito; in tal senso si veda SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., 60 ss.

⁽¹²⁰⁾ Si vedano, sul punto, le riflessioni svolte da GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2012, 933.

⁽¹²¹⁾ Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit. Le osservazioni condotte su tale aspetto da CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss., sembrano non attribuire rilevanza al dato letterale della pronunzia.

⁽¹²²⁾ Di MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 446 ss.

⁽¹²³⁾ Si veda, a tal riguardo, GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, cit., 76, rileva come sembri quanto meno azzardato l'assunto secondo cui la

A ben vedere, oltre alla pronuncia appena considerata, ed ai precedenti ivi richiamati, una conferma che questa fosse la corretta configurazione strutturale da attribuire alle obbligazioni sorte dal contatto sociale era stata già fornita, indirettamente, dalla sentenza Cass. n. 14934/2002¹²⁴, seppur relativamente ad altra ipotesi di responsabilità professionale. Nella relativa motivazione, infatti, è dato leggere che «presupposto della responsabilità da "contatto sociale" è che l'esercente della professione protetta effettui una prestazione inesatta in favore di un soggetto, che ne riceva un danno. Se detta prestazione manca nei confronti del soggetto che si ritiene danneggiato, non può sussistere neppure una responsabilità del notaio da contatto sociale»¹²⁵.

Il brevissimo percorso tracciato, in merito alle vicende della responsabilità del medico strutturato, può trovare un suo punto di arrivo, almeno sotto il profilo dell'impostazione, in Cass. n. 577/2008¹²⁶,

novità del nuovo corso giurisprudenziale starebbe nell'aver ammesso la configurabilità nel nostro ordinamento di obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, mentre la vera novità andrebbe rintracciata, piuttosto che sul piano del contenuto del rapporto obbligatorio, sul piano delle fonti; alla pagina 92 sottolinea, rispetto alla sentenza n. 589/1999 come l'accoglimento della teoria dell'obbligazione senza obbligo primario della prestazione sia del tutto apparente e meramente nominalistico e, alla pagina 94, come al di là degli *obiter dictum*, la giurisprudenza non abbia affatto riconosciuto nel rapporto tra medico dipendente e paziente un'obbligazione senza prestazione».

⁽¹²⁴⁾ Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2002, n. 14934 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, I, 1, p. 112 con nota di BARBANERA, *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*.

⁽¹²⁵⁾ Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2002, n. 14934, cit.

⁽¹²⁶⁾ Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Danno e responsabilità*, 2008, 788 ss., con nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica; ivi*, 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico; ivi*, 1002 ss., con nota di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria; in Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 77 ss. con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*.

L'impostazione teorica accolta nella pronuncia richiamata costituisce l'interpretazione unanimemente accolta da tutta la giurisprudenza successiva sul tema; a titolo meramente esemplificativo si vedano le recenti Cass. civ., sez. III, 03 ottobre 2016, n. 19670 e Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2016, n. 7768, nella quale è dato leggere che «la responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria, che è fonte di un rapporto il quale quanto al contenuto si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio

precedente richiamato proprio da Cass. n. 14188/2016¹²⁷. Anche in tale sentenza molte sono state le questioni affrontate¹²⁸; per quanto qui di interesse è possibile evidenziare come nella pronuncia venga ribadita, in via definitiva e a Sezioni Unite, la natura contrattuale, fondata sul contatto sociale, della responsabilità del medico operante all'interno della struttura sanitaria, indicando tra i precedenti di tale orientamento proprio la sentenza n. 589/1999¹²⁹. Viene, inoltre, ribadita l'autonomia del rapporto tra medico e paziente, rispetto a quello tra struttura e paziente, chiarendo ulteriormente il contenuto e la portata delle rispettive prestazioni¹³⁰, nonché la assoluta coincidenza degli oneri probatori che il creditore, queste le parole usate della Corte¹³¹ per riferirsi al paziente, deve assolvere; nessuna differenza, infatti, viene sottolineata tra il rapporto sussistente tra il paziente e la struttura sanitaria, da un lato, e tra il paziente e il medico, dall'altro.

È possibile rilevare, avuto riguardo alla vicenda della responsabilità del medico c.d. strutturato, come la giurisprudenza della Cassazione abbia chiarito che l'obbligazione che trovi la sua fonte nel contatto sociale qualificato, sia un'obbligazione analoga a quella che abbia la sua fonte in un contratto, con ciò distinguendo nettamente, strutturalmente e contenutisticamente, dunque, il rapporto obbligatorio con fonte nel contatto sociale qualificato da quello definito, dalla dottrina, come

della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento 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 (v. Cass., 8/10/2008, n. 24791; Cass., Sez. Un., 11/0/2008, n. 577; Cass., 13/4/2007, n. 8826. E, da ultimo, Cass., 19/10/2015, n. 21090)».

⁽¹²⁷⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 9.

⁽¹²⁸⁾ Oltre a quelle indicate *infra* nel testo, infatti, la pronuncia in esame si occupa del definitivo superamento, in materia di riparto dell'onere probatorio, della distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzo; si afferma l'applicabilità dei principi in materia di prova dell'inadempimento così come enucleati in Cass. civ., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533; ed ancora, viene sancita la perfetta equiparazione, sotto il profilo della responsabilità, tra strutture sanitarie di tipo pubblico e private.

⁽¹²⁹⁾ Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, n. 3.1 della motivazione.

⁽¹³⁰⁾ Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, nn. 3.2, 3.3. e 3.4 della motivazione. In una diversa prospettiva, rispetto a quanto indicato nel testo, si pone NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874. A tal riguardo si veda anche CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss.

⁽¹³¹⁾ Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, n. 4.1.

obbligazione senza prestazione¹³². Ecco che allora l'affermazione, forse troppo sbrigativa, alla luce di quanto sin qui considerato, contenuta in Cass. n. 14188/2016 in base alla quale vi sarebbe una visione uniforme da parte della giurisprudenza di legittimità in merito alla teoria del contatto sociale e di come questa, postuli in accordo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, l'ascrivibilità della responsabilità precontrattuale alla c.d. responsabilità da contatto sociale, inizi a rivelare la sua approssimatività ed infondatezza.

Da quanto osservato, infatti, è emerso come non possa affermarsi che l'orientamento giurisprudenziale¹³³ in materia di c.d. responsabilità

⁽¹³²⁾ Rileva SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., 62, riferendosi alla sentenza n. 577/2008, che «*diversamente dalla sentenza n. 589/1999, le Sezioni Unite parlano di "responsabilità da contatto sociale" senza alcun riferimento all'obbligazione senza prestazione, lasciando aperto il dibattito su tale ultima figura*». Ferma la correttezza di tale considerazione, tuttavia è possibile anche rilevare che considerando Cass. n. 577/2008 come esito, attuale, di un percorso che iniziando da Cass. n. 589/1999, abbia visto in Cass. n. 8826/2007 un suo importante momento, è possibile ricondurre il mancato riferimento alla categoria dell'obbligazione senza prestazione ad una scelta consapevole data dalla ricostruzione dell'obbligazione derivante da contatto sociale qualificato come rapporto obbligatorio pieno. In merito al tema della responsabilità del c.d. medico strutturato, successivamente alle vicende giurisprudenziali e dottrinali sopra brevemente richiamate, deve evidenziarsi come sia successivamente intervenuta la legge 8 novembre 2012, n. 189 con la quale si è convertito, con modificazioni, il decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, c.d. decreto Balduzzi. In particolare per quanto qui di interesse, può sottolinearsi come l'art. 3 dello stesso, pur nella sua non felice formulazione, non abbia comportato cambiamenti nella giurisprudenza di legittimità in merito alla riconducibilità della responsabilità del medico all'alveo della responsabilità contrattuale; si veda, per tutte, Cassazione Civile, Sezione VI, ordinanza n. 8940/2014. Tuttavia, deve segnalarsi come sia attualmente al vaglio delle Camere l'Atto Camera n. 1769, il disegno di legge c.d. Madia, recante Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario, nel quale è invece la responsabilità del medico strutturato è configurata come extracontrattuale.

⁽¹³³⁾ A tal riguardo si vedano le significative considerazioni di ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, cit., 251: «*un orientamento giurisprudenziale può formarsi solo se la regola di diritto posta alla sua base è esattamente compresa e riformulata dai giudici successivi, i quali sono anzitutto chiamati a conoscere le pronunce precedenti e ad invocarle con prudenza e consapevolezza critica, allo scopo di collocare la decisione che essi intendono prendere nel giusto contesto, non esitando, laddove necessario, a dare analitico conto delle ragioni che li spingono a dissentire dalle posizioni precedenti o a sottoporle ad un'interpretazione evolutiva che sancisca la formulazione di un nuovo principio considerato più conforme al mutare della società nei suoi rapporti con il diritto. Quello che nessuno può (deve) fare – e, in particolare, non possono (devono) fare i giudici della Cassazione, chiamati a perseguire una funzione nomofilattica – è alterare le sentenze precedenti, richiamandole a sproposito e facendo dir loro quello che, in realtà non ha formato oggetto della*



da contatto sociale qualificato abbia recepito, *tout court*, gli orientamenti dottrinari in materia di obbligazione senza prestazione. Ed anzi, si è tentato di dar conto di come da una valutazione di alcuni rilevanti precedenti in materia sia emersa un'incompatibilità tra le due costruzioni teoriche. In altre parole, come già evidenziato, una volta attivato il circuito del rapporto obbligatorio in base ad un atto o un fatto idoneo a produrlo, così come viene ritenuto il contatto sociale qualificato, non si vede perché lo stesso debba mancare degli elementi strutturali tipici del rapporto obbligatorio¹³⁴. Il rapporto obbligatorio derivante dal contatto sociale qualificato emerge, dunque, strutturalmente e contenutisticamente difforme rispetto al rapporto precontrattuale.

Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte parrebbe, sino a questo punto, sprovvisto di fondamento.

Un ulteriore aspetto di dissonanza tra quanto sin qui brevemente rilevato e le argomentazioni contenute in Cass. n. 14118/2016 è il seguente: mentre nella ricostruzione teorica precedentemente richiamata l'obbligazione senza prestazione e la correlativa responsabilità per lesione dell'affidamento costituirebbero un'estensione analogica della norma di cui all'art. 1337 c.c., nella riflessione della Corte si assiste ad una curiosa inversione logico-giuridica del ragionamento indicato¹³⁵. Inversione che, pare, non possa condividersi poiché inesatta sia nelle premesse che

nel punto di arrivo¹³⁶, a maggior ragione ove si tenga conto che nell'arresto *de quo* si prescinda, in maniera sorprendente, dall'analisi delle norme che specificamente si occupano, nel codice civile, della responsabilità precontrattuale¹³⁷.

5. I precedenti richiamati da Cass. n. 14188/2016.

Si rende ora necessario, brevemente, analizzare il contenuto dei precedenti richiamati da Cass. n. 14188/2016. Deve, infatti, valutarsi se le motivazioni delle sentenze richiamate possano contenere elementi idonei a integrare le argomentazioni contenute nella parte motiva dell'arresto qui in commento.

L'affermazione in base alla quale la responsabilità precontrattuale sarebbe da ricondurre alla responsabilità da contatto sociale, infatti, non è stata proposta per la prima volta all'interno della sentenza qui analizzata¹³⁸. Già in occasione delle pronunce 27684/2011¹³⁹ e 24438/2011¹⁴⁰

loro riflessione o, addirittura, in esse è stato espressamente negato».

⁽¹³⁴⁾ Si veda la precedente nota n. 115. Ed ecco perché, probabilmente, in accordo con le parole di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 109, secondo le quali gli obblighi di protezione «nella fase delle trattative e della formazione del contratto [...] costituiscono un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione», si può considerare il rapporto precontrattuale come l'unica ipotesi, allo stato, accoglibile nel nostro ordinamento, perché normativamente prevista, di obbligazione senza prestazione, ove si ritenga di assumere che vi sia perfetta ed esclusiva sovrapposibilità tra gli obblighi di protezione e gli obblighi assunti dalle parti in funzione della conduzione delle trattative e della conclusione del contratto. E questo, non perché l'approccio che qui si ritiene di condividere, sia frutto di un mero apriorismo, così come definito da CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 694, ma proprio perché l'indice che permette di qualificare la relazione come assistita dagli obblighi di correttezza e buona fede è da ricondursi allo scopo che le parti si pongono allorché entrino in contatto: porre in essere trattative e concludere un contratto. In questo senso si vedano anche le considerazioni di DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, cit., 11 ss.

⁽¹³⁵⁾ In tale prospettiva ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344.

⁽¹³⁶⁾ Si vedano le considerazioni di NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 58 definisce *alquanto sconcertante* l'operazione ermeneutica proposta dai giudici della Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia n. 27648/2011, sulla quale si veda, *infra*, nel testo ed alla nota 124. Si vedano, altresì, le considerazioni di ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344 ss.

⁽¹³⁷⁾ Sul punto si rimanda, *infra*, a quanto osservato nel par. 6.

⁽¹³⁸⁾ A tal riguardo ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 345, pienamente condivisibili, in merito alla necessità che una pronuncia dal contenuto analogo a quella qui in commento avrebbe dovuto essere assunta a Sezioni Unite. La sentenza della Corte d'Appello impugnata con il ricorso per Cassazione è stata depositata in data 10 giugno 2010, ben oltre, dunque, il termine previsto per l'entrata in vigore delle modifiche, in merito alle decisioni da assumersi a Sezioni Unite, attuate per l'effetto della previsione dell'art. 8 d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, vale a dire a decorrere dal 2 marzo 2006. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza di merito è possibile rinvenire, in tema di qualificazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale, alcuni precedenti, tra i quali si segnalano App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 2, 49 ss.; Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Giurisprudenza commentata*, 1988, II, 585 ss.; App. Milano, 6 novembre 1987, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2 796; Trib. Milano, 17 settembre 1973, in NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, 113e, più di recente, Trib. Milano, 25 luglio 2008, n. 9828, rinvenibile su *Il caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 1645 - pubb. 26/03/2009.

⁽¹³⁹⁾ Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit. Si veda la precedente nota n. 10.

⁽¹⁴⁰⁾ Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, cit. Si veda la precedente nota n. 10..



richiamate¹⁴¹, si era giunti, seppur attraverso motivazioni alquanto meno complesse e articolate, a postulare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale quale ipotesi di contatto sociale qualificato, attraverso una singolare inversione di ordine storico e sistematico, affermando quindi che non sarebbe la responsabilità da contatto sociale a rappresentare uno sviluppo della *culpa in contrahendo*, ma al contrario quest'ultima ad individuare una variante della prima¹⁴².

Avuto riguardo alla prospettiva che qui interessa, non pare potersi rinvenire un efficace impianto motivazionale in nessuna delle due richiamate decisioni.

Nel testo di Cass. n. 27648/2011 è dato, infatti, leggere solo, per i profili in questa sede rilevanti, che l'ipotesi di cui all'art. 1337 c.c. «*delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita da un rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede*»¹⁴³ e che «*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 antiggiuridica, e non anche la colpa. 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., sicché deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità abbia l'onore di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno*»¹⁴⁴. Dunque, con altre parole, a monte si postula l'esistenza del contatto sociale qualificato e, solo dopo, derivato di quello, della responsabilità precontrattuale che costituirebbe un'ipotesi specificamente normata di contatto sociale che, proprio (e, sembrerebbe, soltanto) in quanto ipotesi di contatto sociale, presenterebbe tutti i requisiti di cui all'art. 1173 c.c.

⁽¹⁴¹⁾ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 16 ss. Per una sintetica ricostruzione delle due vicende sottese alle pronunzie richiamate, si veda FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, cit., 287 ss.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 59, il quale afferma che «*filologicamente parlando si tratta, come visto, di un notevole svarione*»; concorde SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1949.

⁽¹⁴³⁾ Così Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., al n. 8.

⁽¹⁴⁴⁾ Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., al n. 8.

e, pertanto, sarebbe idonea a far sorgere un rapporto obbligatorio¹⁴⁵.

Ancora più timida e apodittica è l'affermazione compiuta da Cass. n. 24438/2011 nella quale è dato rinvenire che «*la responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perché 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, ma non può per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale*»¹⁴⁶.

Nessuno dei due precedenti, dunque, si connota per un apparato motivazionale strutturato e convincente.

La circostanza si colora di maggiore gravità, ove si tenga conto della totale assenza di un serio confronto con il precedente, granitico, orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁴⁷, rispetto al quale si sarebbe dovuto commisurare il Collegio che per primo avesse ricostruito la natura della responsabilità del rapporto precontrattuale in termini contrattuali¹⁴⁸. Le motivazioni delle sentenze richiamate, ed il ragionamento nelle stesse contenute, non sembrano quindi essere dotate di forza persuasiva, ove si tenga conto dei più che laconici richiami normativi e considerato che il fondamento delle stesse si basi esclusivamente su un generico richiamo al contatto sociale¹⁴⁹, ancor

⁽¹⁴⁵⁾ Denuncia l'assenza di una convincente base d'appoggio del ragionamento sintetizzato ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 347, sottolineando, alla pagina 357, come la pronuncia in esame abbia costituito un'occasione persa per riflettere fondatamente sulla natura della responsabilità precontrattuale; nello stesso senso, seppur forse sotto altra prospettiva, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 192.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, cit.; tiepida e tentennante la definisce PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 191 alla nota 204.

⁽¹⁴⁷⁾ Per il quale si vedano, tra i più risalenti precedenti, Cass. civ., 23 aprile 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, I, 430; Cass. civ., 12 gennaio 1954, in *Foro italiano*, 1954, I, 1108; Cass. civ., 5 maggio 1955, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1956, II, 360.

⁽¹⁴⁸⁾ Sottolinea la circostanza CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1233 rilevando come la Corte si sia pronunciata con affermazioni piane e pacate, come si trattasse di risapute ovvietà, a fronte, invece, di un orientamento che *ab immemorabili* era attestato sulla qualificazione aquiliana della responsabilità precontrattuale.

⁽¹⁴⁹⁾ PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 192: evidenzia come l'aspetto che debba essere stigmatizzato sia la centralità assegnata alla fragile figura del "contatto sociale". Sottolinea i rischi dell'uso indiscriminato del contatto sociale, proprio relativamente alla richiamata sentenza, ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit. 354 ss.



più ove si tenga conto che, come si è avuto modo di sottolineare precedentemente, il contatto sociale, quale fonte dell'obbligazione, sarebbe idoneo ad ingenerare un rapporto obbligatorio contenutisticamente e strutturalmente completo e complesso e, dunque, ben difforme da quello precontrattuale.

Se è vero che il punto d'arrivo dei precedenti richiamati, quello sulla qualifica della responsabilità precontrattuale come *latu senso* contrattuale¹⁵⁰ o, forse più correttamente, da inadempimento dell'obbligazione¹⁵¹, può essere condivisibile¹⁵², è anche vero che il percorso svolto per giungere a tale approdo, analogamente a quello compiuto alcuni anni dopo da Cass. n. 14188/2016, non può considerarsi né neutro¹⁵³ né convincente¹⁵⁴. Non è sicuramente neutro perché, implicitamente, l'aver scelto il mezzo del contatto sociale per affermare la natura contrattuale della responsabilità da ricondursi alla fase precontrattuale ha significato, tra l'altro, tralasciare tutte quelle altre argomentazioni, alquanto più convincenti, anche sotto il profilo sistematico, già evidenziate dalla miglior dottrina¹⁵⁵. Non è convincente, inoltre, non solo per le carenze dell'impianto motivazionale, ma anche, e la circostanza non è certo di poco conto, perché nelle due pronunzie rese nel 2011, come del resto anche nella sentenza qui in commento, risulta essere del tutto assente¹⁵⁶, qualsiasi riferimento approfondito alla norma di cui all'art. 1337, che dovrebbe costituire imprescindibile elemento d'analisi ove si

voglia pervenire alla qualificazione della natura della responsabilità della fase precontrattuale¹⁵⁷.

Tale circostanza, di per sé, sarebbe già sufficiente per inficiare il percorso logico-argomentativo adottato dai giudici di legittimità; ove, infatti, la scelta di prescindere dal dato normativo fosse stata dettata da ragioni fondate, si sarebbero dovute poter leggere le ragioni di una tale esclusione¹⁵⁸.

Tuttavia, nulla di tutto ciò è dato rinvenire nelle decisioni qui richiamate.

La mancanza da ultimo ricordata sembra connotarsi di ancora maggior gravità ove si tenga conto della storia legata alla *culpa in contrahendo* che ha condotto il legislatore alla predisposizione delle norme di cui agli artt. 1337 e 1338¹⁵⁹.

Deve, inoltre, sottolinearsi, a conferma forse della non persuasività dei due precedenti del 2011, la particolare circostanza di come le due pronunce richiamate siano passate, in pratica, inosservate nel panorama della giurisprudenza di legittimità che, allorquando si è trovata a dover prendere nuovamente posizione in merito alla natura della responsabilità precontrattuale, lo ha fatto senza tener conto delle stesse¹⁶⁰. Se, infatti, sotto il profilo, per così dire, formale, certo non può negarsi alle pronunzie del 2011 la qualifica di veri e propri precedenti¹⁶¹, lo stesso non può dirsi in quanto alla capacità persuasiva delle stesse che forse, proprio in ragione del loro debole impianto motivazionale, non hanno avuto la forza di imporsi nel panorama giurisprudenziale. Nessun accenno, neppure sotto tale aspetto, pare esservi all'interno della sentenza qui in commento, che richiama le due precedenti pronunce limitandosi a riportare i principi nelle

⁽¹⁵⁰⁾ Usa questa formula TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

⁽¹⁵¹⁾ Tale espressione, che peraltro ha il pregio di richiamarsi al linguaggio impiegato dal codice civile, pare trovare consensi in dottrina; a titolo meramente esemplificativo si vedano FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, cit., 290, e CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., 1 ss.

⁽¹⁵²⁾ Si veda, *infra*, par. 6.

⁽¹⁵³⁾ Ne sottolinea la non necessarietà PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 193; sotto il diverso profilo dell'onere probatorio e in un diverso orizzonte ricostruttivo DELLA NEGRA, nella nota a Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., 239.

⁽¹⁵⁴⁾ In questo senso SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1949. Si veda, inoltre, 1337 ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit. 347, il quale contesta la possibilità di impiegare il contatto sociale *sic et simpliciter* come fonte d'obbligazione, sottolineando, nelle pagine successive, come siano necessari degli «*elementi ordinamentali*».

⁽¹⁵⁵⁾ A tal riguardo si veda quanto si avrà modo di ripercorrere nel par. 6.

⁽¹⁵⁶⁾ Ma sul punto *infra* al par. 6.

⁽¹⁵⁷⁾ Sottolinea, in merito al ragionamento svolto da Cass. 27648/2011, la necessità di muovere proprio dal dato dell'art. 1337 ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 357.

⁽¹⁵⁸⁾ Quale che fosse la strada prescelta per giungere ad affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, infatti, ci si sarebbe in ogni caso dovuti confrontare con il dato normativo.

⁽¹⁵⁹⁾ A tal riguardo si rinvia al par. 6.

⁽¹⁶⁰⁾ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, ancora per l'affermazione della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale Cass. civ., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Massimario del Foro italiano*, 2011; Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 477 in *Danno e responsabilità*, 2013, 754 ss. con nota di DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta*; Cass. civ., 13 febbraio 2013, n. 3579, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 693 ss.; Cass. civ., 13 febbraio 2013, n. 3579, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 693; Cass. civ., S.U., ord., 23 marzo 2011, n. 6594, in *Corriere giuridico*, 2011, 937 ss., con nota di DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*;

⁽¹⁶¹⁾ Così FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, cit., 289.



stesse contenuti e affermandone la condivisibilità¹⁶². Pertanto, il richiamo ai precedenti non pare aggiungere alcun elemento utile ad irrobustire l'impianto motivazionale di Cass. n. 14188/2016.

Nel richiamo ai due precedenti indicati può scorgersi, probabilmente, una duplice ragione. La prima, dichiarata, di avallo e legittimazione del ragionamento svolto sino a quel punto in merito alla supposta esistenza di una visione unica e condivisa della teoria del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione, che avrebbe quale suo epilogo naturale quello dell'inquadramento della responsabilità precontrattuale all'interno di quella c.d. da contatto sociale¹⁶³.

L'altra ragione, meno evidente forse, è verosimilmente da rintracciare nell'utilità e nella comodità¹⁶⁴ di tali richiami, che consentono alla Corte di sottrarsi alla necessità del confronto con l'orientamento granitico della propria giurisprudenza in merito alla natura della responsabilità precontrattuale.

Le pronunzie richiamate, infatti, a causa del loro alquanto ridotto impianto motivazionale non paiono in grado di svolgere, come sopra chiarito, alcuna funzione di supporto al ragionamento del Collegio ma si sono, tuttavia, ben prestate a costituire quasi un *escamotage* attraverso il quale, anche in Cass. n. 14188/2016, così come nei suoi due precedenti, la Suprema Corte ha potuto evitare, se non incidentalmente¹⁶⁵, di confrontarsi con il proprio storico orientamento, inossidabile per molti decenni¹⁶⁶ e del tutto insensibile al dibattito dottrinario esistente in materia¹⁶⁷.

6. La natura della responsabilità del rapporto precontrattuale.

Alla luce di quanto sin qui considerato, nessuno dei passaggi dell'*iter* argomentativo proposto da Cass. 14188/2016 appare condivisibile.

È bene precisare che una tale considerazione sia da limitarsi al modo con il quale il Collegio ha svolto il proprio ragionamento, e non al punto d'approdo raggiunto¹⁶⁸. Al fine di affermare la natura contrattuale¹⁶⁹ della responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi che sorgono in occasione del rapporto precontrattuale è possibile, infatti, procedere secondo altro percorso argomentativo.

Per far questo, tuttavia, si ritiene che imprescindibile punto di partenza debba consistere nell'analisi dell'art. 1337 c.c.; aspetto che, invece, sorprendentemente, la Corte ha deciso di trascurare, fatta eccezione solo per meri richiami nominalistici; le argomentazioni adottate da Cass. 14188/2016 si sarebbero ben potute spendere in un altro contesto ordinamentale, sprovvisto di puntuali previsioni normative. Proprio tenuto conto della portata dell'art. 1337, risulta difficilmente spiegabile l'approccio perseguito dalla Suprema Corte, il quale ha proposto, di fatto, una lettura abrogatrice dell'articolo in oggetto¹⁷⁰.

E non v'è chi non veda come una tale prospettiva non possa essere condivisa.

Colpisce molto, ancora, pur a fronte della chiara aspirazione di ricostruire il tema oggetto della pronuncia, anche avuto riguardo al profilo storico¹⁷¹, che manchi qualunque riferimento alla storia della responsabilità precontrattuale in Italia e di come questa possa e debba essere ricollegata alle norme che positivamente la prevedono nel codice civile.

In realtà, come più volte ribadito, il dato normativo di partenza non può essere ignorato, anche in considerazione della circostanza che sia una corretta interpretazione delle norme rilevanti, prima fra tutte proprio l'art. 1337, a fornire elementi

⁽¹⁶²⁾ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 17.

⁽¹⁶³⁾ Sul punto si veda quanto osservato nei precedenti paragrafi.

⁽¹⁶⁴⁾ Torno alla memoria, a tal riguardo, le parole di CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1949, 42 ss., il quale, seppur in tempi in cui il numero di giudizi resi dalla Corte di Cassazione era infinitamente inferiore, avvertiva dei rischi nell'uso del precedente come comoda alternativa ad una attenta attività critica che, a maggior ragione, dovrebbe contrassegnare l'operato dei giudici di legittimità.

⁽¹⁶⁵⁾ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

⁽¹⁶⁶⁾ FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"*, cit., 285.

⁽¹⁶⁷⁾ ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2000, 347.

⁽¹⁶⁸⁾ Sulla necessità di un corretto inquadramento teorico della responsabilità in esame, a titolo esemplificativo, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 348 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Sottolinea che l'espressione "responsabilità contrattuale" sia una *sineddoche* MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1072.

⁽¹⁷⁰⁾ Né potrebbe sorgere dubbio alcuno rispetto all'applicabilità degli artt. 1337 e 1338 ai contratti conclusi con la P.A.; a tal riguardo, con respiro di sintesi, si segnalano, Cass. civ., 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Foro italiano*, Rep. 1989, voce *Contratti della p.a.*, [1730], n. 36; Cass. civ., sez. Lav., 7 aprile 1992, n. 4226, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, 1890; Cass. civ., sez. I, 6 marzo 1998, n. 2519, in *Giustizia civile*, 1998, I, 1242; Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Foro Italiano*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, [1740], n. 402.

⁽¹⁷¹⁾ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4 ss.





dai quali non si dovrebbe poter prescindere, nell'ottica di una riflessione volta a determinare la natura della responsabilità precontrattuale.

Ripercorrendo un percorso puntualmente tracciato¹⁷², il punto dal quale prendere le mosse è l'introduzione nel codice del 1942 della norma di cui all'art. 1337, con la quale venne per la prima volta¹⁷³ esplicitamente sancita una responsabilità a carico delle parti, derivante da comportamenti contrari alla buona fede, nella fase delle trattative e della conclusione del contratto.

La nuova norma, diversamente forse dalle intenzioni del legislatore¹⁷⁴, ha ulteriormente alimentato il dibattito dottrinario in merito alla *vexata questio* sulla natura della responsabilità precontrattuale, tanto che ancora alcuni anni dopo l'introduzione della stessa, un Autore, non senza una punta di ironia, osservava che siccome nel vigore del codice abrogato si ammetteva che taluno fosse responsabile per la rottura ingiustificata delle trattative o per aver dato causa alla formazione di un contratto invalido, e si discuteva soltanto se la responsabilità dipendesse da colpa contrattuale o colpa aquiliana, dopo l'entrata in vigore degli odierni artt. 1337 e 1338, a qualcuno è sembrato che non fosse cambiato nulla, tant'è che si continua a discutere sull'indole della responsabilità, se la *culpa in contrahendo* sia aquiliana o meno¹⁷⁵. Se la giurisprudenza è risultata, per un lunghissimo periodo, granitica nell'attribuire natura extracontrattuale all'ipotesi di cui all'art. 1337¹⁷⁶, non uguale uniformità, come detto, si è riscontrata in ambito dottrinario, ove le ricostruzioni proposte si sono mosse in tre direzioni differenti: quella

contrattuale¹⁷⁷, quella aquiliana¹⁷⁸ e, da ultimo, l'ipotesi in base alla quale la responsabilità in esame costituirebbe un *tertium genus* che raccoglierebbe elementi sia della prima che della seconda¹⁷⁹.

Le ragioni del protrarsi di un tale dibattito sono probabilmente da ricercarsi, oltre che nella diversità di approccio al tema¹⁸⁰, anche nella circostanza che

(177) Si vedano, fra gli altri, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.; ID., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, (*Studio critico*), in *Riv. Dir. comm.*, 1954, 185 ss.; STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro italiano*, 1954, I, 1110; ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 677; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; ID., *Responsabilità precontrattuale (Diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 1; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, 674; CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 710; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2000; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; 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, 147 ss.

(178) Con respiro di sintesi, si segnalano, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, 117; CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 463 ss.; BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno «ingiusto»*, in *Giurisprudenza di merito*, 1978, I, 1165; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 161 ss.; OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1968, 514; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 c.c.)*, Milano, 1948, 174 ss.; G.PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1993, 34 ss.; SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008; GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 2, I, 295 ss.

(179) Soprattutto CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1270. A tale approccio può essere ricondotta anche la posizione di chi propende per una soluzione casistica come, a mero titolo esemplificativo, GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 159 ss. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 792 ss.

In merito alla non divisibilità della prospettiva di un terzo tipo di responsabilità si vedano le puntuali riflessioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448 ss.

(180) Nota è l'autorevole affermazione, probabilmente connotata da una vena ironica, di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 83, il quale riduce la questione ad una «preferenza di gusto».

(172) Il riferimento è alle riflessioni compiute da MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuali*, cit., 360 ss.

(173) Nella vigenza del codice abrogato, la dottrina italiana che riteneva possibile affermare la responsabilità per ingiustificato recesso dalle trattative o per mancata comunicazione di una ragione di invalidità, individuava la norma di riferimento nell'art. 1151, assimilabile all'attuale art. 2043, rendendo quindi più lineare l'affermazione di quelle ipotesi di responsabilità in chiave extracontrattuale; tal riguardo si veda ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 350. Tale circostanza, peraltro, sarebbe un ulteriore elemento a supporto della ricostruzione della norma di cui all'art. 1337 come ipotesi di responsabilità derivante dall'inadempimento di obblighi relativi. Si vedano anche le considerazioni di BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 287 ss., nonché, più di recente, TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 2, I, 192 ss.

(174) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 352.

(175) Così letteralmente STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., 164

(176) Si rinvia alle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi.

la responsabilità precontrattuale sia un'ipotesi di responsabilità di confine¹⁸¹.

Senza addentrarsi in aspetti eccessivamente specifici sul tema, che esulerebbero dallo scopo delle riflessioni qui condotte, si vuole sottolineare come si ritenga condivisibile quella *tradizionale* ricostruzione della natura della responsabilità precontrattuale quale responsabilità da inadempimento¹⁸², o *lato sensu* contrattuale, derivante dalla violazione di quegli obblighi di buona fede che sorgono in occasione del contatto negoziale fra le parti.

Per ripercorrere, sinteticamente, i diversi aspetti di tale ragionamento è bene, innanzitutto, muovere dalla portata della norma di cui all'art. 1337 c.c.

A tal fine pare che già possano rinvenirsi alcuni elementi rilevanti nella Relazione al codice civile¹⁸³, nella quale, a proposito dei soggetti destinatari della previsione considerata, si impiegano le espressioni *parti*¹⁸⁴ e *soggetti di un rapporto contrattuale*, già di per sé indicative di una determinata tipologia di rapporto giuridico. Nella stessa sede si afferma, altresì, come gli obblighi di correttezza e buona fede presiedano alle fasi delle trattative e della formazione del contratto, e come le stesse debbano considerarsi rientranti nella sfera del contratto stesso¹⁸⁵, suggerendo, dunque, un'estensione del rapporto obbligatorio anche alla fase che precede la conclusione del contratto.

La terminologia usata, sia nella norma in esame, sia nella Relazione al codice, sembra fornire una chiara indicazione in merito alla qualifica

obbligatoria del rapporto che si instaura tra coloro che entrano in contatto per porre in essere trattative e al fine di concludere un contratto. La circostanza appare ancora più evidente ove la si raffronti con la terminologia impiegata nella Relazione al codice civile a proposito delle obbligazioni derivanti da fatto illecito¹⁸⁶, del tutto difforme da quella appena richiamata.

Anche la scelta topografica, compiuta dal legislatore del 1942, non sembra una scelta neutra¹⁸⁷ e, anzi, sembra fornire un ulteriore elemento, seppur non certo dirimente, a supporto della ricostruzione che ritiene di qualificare la responsabilità precontrattuale come contrattuale¹⁸⁸.

In linea con la ricostruzione in chiave contrattualistica e coerente con i principi del codice civile, oltre che difficilmente contestabile¹⁸⁹, appare, inoltre, la qualificazione della buona fede di cui all'art. 1337 come oggettiva¹⁹⁰. Come noto, infatti, la buona fede oggettiva è nata e si è sviluppata all'interno dei rapporti obbligatori, come direttiva in base alla quale ogni parte deve orientare il proprio comportamento¹⁹¹; che l'ambito di operatività proprio della buona fede oggettiva sia il rapporto obbligatorio è così vero che «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

(181) Per tutti ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 352.

(182) A titolo esemplificativo MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuali*, cit., 360 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.; STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, cit., 1110 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 674 ss. e CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 503 ss. cui *adde* i riferimenti della precedente nota 175.

(183) Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile*, Roma, 1943, n. 612.

(184) Formula, peraltro, usata anche all'interno della norma di cui all'art. 1337 c.c.

(185) Cfr. *Relazione al Codice civile*, cit., n. 612 la quale riporta che «è dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c.d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale dall'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva».

(186) Si veda la *Relazione al codice civile*, cit., n. 793 ss.

(187) *Contra*, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 127 che non ritiene il criterio topografico rilevante sotto tale profilo. Sulla rilevanza della collocazione topografica delle norme, si veda il pensiero di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 35 ss.

(188) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361 ritiene che nessuno spunto possa essere legittimamente tratto dalla collocazione della norma, in considerazione della circostanza che gli obblighi insorgenti nella fase precontrattuale non derivino dall'accordo negoziale, ma che la ragione di una tale collocazione sia da ricollegarsi al momento di insorgenza degli interessi che la disposizione vuole tutelare.

(189) Si veda la *Relazione al Codice Civile*, n. 612 che sul punto non lascia dubbio alcuno.

(190) Cfr. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 81; l'Autore pur propendendo per la tesi che vuole aquiliana la responsabilità di cui all'art. 1337, qualifica come oggettiva la buona fede in questione.

(191) MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuali*, cit., 364, che aggiunge «perciò il contrario della buona fede (in senso oggettivo) si risolve nel concetto (oggettivo) di inadempimento, tant'è che, sotto questo profilo, nel linguaggio romano l'espressione «*fidem praestare*» designa l'adempimento di una obbligazione; ancora, poco dopo, l'Autore afferma che «l'applicazione del principio di buona fede (oggettiva) presuppone dunque uno specifico vincolo obbligatorio, presuppone che ci siano un debitore e un creditore (arg. ex art. 1175 cod. civ.)».





specificare a stregua di una valutazione di buona fede»¹⁹².

A ragionare diversamente e riconducendo, dunque, la fase precontrattuale nell'alveo della responsabilità aquiliana, per poter parlare di buona fede in ambito extracontrattuale, la stessa non potrebbe essere considerata nella sua variante oggettiva, quale norma obiettiva di condotta assunta come criterio di specificazione di una serie di obblighi reciproci, imposti alle parti delle trattative indipendentemente dall'esito della conclusione di un valido contratto, ma dovrebbe essere intesa in senso soggettivo e, dunque, quale atteggiamento psicologico che un consociato avrebbe rispetto alla violazione dei doveri di condotta, che ciascuno ha nei confronti degli altri, in quanto titolari di diritti assoluti.

In altre parole, in tale ricostruzione, la buona fede non sarebbe idonea ad ingenerare obblighi a carico delle parti nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, ma avrebbe solo la funzione di fissare un elemento soggettivo necessario per il risarcimento del danno derivato dalla violazione di doveri già esistenti indipendentemente dall'art. 1337¹⁹³.

Ad accogliere la prospettiva aquiliana, dunque, il significato della disposizione sarebbe questo: il danno ingiusto cagionato a una parte delle trattative, da un comportamento dell'altra parte causalmente connesso alla specifica relazione instaurata al fine della formazione di un contratto, sarebbe risarcibile solo in quanto il torto sia stato compiuto in mala fede. L'art. 1337 c.c. prospetterebbe, in altri termini, una figura speciale di fatto illecito, dove la misura della responsabilità dell'autore non sarebbe data dal canone della *culpa-diligentia* sancito dall'art. 2043, bensì dalla mala fede¹⁹⁴.

Ma tale prospettiva appare per nulla persuasiva¹⁹⁵, giacché avrebbe, fra l'altro, quale

corollario che la norma di cui all'art. 1337 sarebbe stata *inutiliter data*¹⁹⁶.

Muovendo dalla giusta prospettiva, invece, è possibile cogliere che con la norma di cui all'art. 1337, il legislatore del 1942 abbia inteso sancire l'estensione dell'operatività della clausola di buona fede oggettiva al momento delle trattative e della formazione del contratto, di modo tale che sin da questa fase della vicenda contrattuale, a carico di entrambe le parti, insorgerebbero quegli obblighi specifici di correttezza già previsti, in via generale, all'art. 1175¹⁹⁷, in ragione del verificarsi di un contatto tra le sfere giuridiche delle parti, potenzialmente pericoloso per l'incolumità o il patrimonio delle stesse¹⁹⁸ che, diversamente, non avrebbero¹⁹⁹.

Un ulteriore argomento si basa sulla considerazione della tipologia di comportamenti derivanti dalla stessa previsione normativa²⁰⁰. Non possono ricondursi a questa, infatti, solo obblighi aventi contenuto negativo, inteso come «*facere necessario alla conservazione e al mantenimento dello stato passivo che nulla innova circa la direzione di quei doveri*»²⁰¹, tipici doveri dei rapporti extracontrattuali, bensì anche obblighi

⁽¹⁹⁶⁾ ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361.

⁽¹⁹⁷⁾ A tal riguardo si vedano i contributi di cui alla nota 3.

⁽¹⁹⁸⁾ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364. Nello stesso senso cfr. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, cit., 712 e ROVELLI, *Correttezza*, cit., 427.

⁽¹⁹⁹⁾ Relativamente a questo profilo, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. 133 ss. sottolinea la circostanza che il principio dell'art. 1337 derivi da quello sancito nell'art. 1175, risulterebbe provato non solo dalla genesi della prima norma, nonché da considerazioni di ordine storico, ma anche dalla parziale identità di contenuto delle due norme (entrambe, infatti, impongono doveri di comunicazione, di segreto e di custodia e, in special modo, dalla identità di *ratio*: entrambe le disposizioni presuppongono un «contatto» tra due sfere di interessi, il quale esige dalle parti un atteggiamento particolarmente riguardoso e corretto volto ad evitare eventi dannosi, nonché un impegno di collaborazione per raggiungere lo scopo cui esse tendono: scopo che nell'art. 1337 è dato dalla conclusione del contratto, e nell'art. 1175 da una migliore realizzazione del risultato che esse si propongono di conseguire attraverso il rapporto contrattuale.

⁽²⁰⁰⁾ Appare persuasiva la riflessione di MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 362 ss. secondo la quale ove la disposizione di cui all'art. 1337 fosse interpretata come specificazione della responsabilità aquiliana, la statuizione dell'art. 1337 si ridurrebbe ad una banale ripetizione del dovere di non ledere l'altrui diritto assoluto, ed ancora appare chiaro come un'interpretazione che di fatto renda inutile, abrogando implicitamente, il dettato della disposizione in oggetto non possa essere condivisa. Sottolinea l'insuperabilità di una tale riflessione, nella ricostruzione in chiave aquiliana della responsabilità precontrattuale, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361.

⁽²⁰¹⁾ Così BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 130.

⁽¹⁹²⁾ Così MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 364. Inoltre, spostare il campo d'azione della norma relativa alla responsabilità precontrattuale, nell'ambito della responsabilità aquiliana avrebbe un'ulteriore conseguenza per nulla trascurabile. Considerato come l'elemento portante, in grado di strutturare la responsabilità nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, sia la buona fede (così SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 81), questa assumerebbe significato e portata difformi a seconda del regime al quale si ritiene di dover ricondurre la responsabilità di cui all'art. 1337. Ancora l'Autore rileva, poco dopo, come « ».

⁽¹⁹³⁾ MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 362.

⁽¹⁹⁴⁾ Così MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 362. Si veda anche la successiva nota n. 198.

⁽¹⁹⁵⁾ Si vedano le ulteriori considerazioni di MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 362.

relativi²⁰² che tendano anche «*al promuovimento e al soddisfacimento dell'aspettativa di un*

(202) Dunque di diversa natura rispetto a quei doveri assoluti, la cui violazione comporta la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. A tal riguardo si vedano ROVELLI, *Correttezza*, cit., 426, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 128 e gli Autori *ivi* richiamati alla nota 35, nonché, nello stesso senso, MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuali*, cit., 369 alla nota 16. Cfr. anche, ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, cit., 682 il quale sostiene come il fatto che nella fase precontrattuale vi sia vigenza della normativa sulla correttezza sia un chiaro indice che ci si trovi al di fuori dell'ambito dell'art. 2043 del codice civile. Si vedano, altresì, STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro italiano*, 1954, I, 1111, e, di recente, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 355.

Critico rispetto alla tesi contrattualistica «quanto meno nella sua formulazione tradizionale», pur condividendone il punto d'approdo, è TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., spec. 741. Le ragioni del dissenso vengono individuate in una asseritamente non puntuale analisi della norma di cui all'art. 1337 c.c., nonché nella circostanza che il fondamento della qualifica in termini contrattuali della responsabilità in esame verrebbe «*tendenzialmente mutuato dalla summa divisio fra i diritti reali od assoluti e diritti di credito o relativi e, per converso, fra doveri assoluti (o in senso stretto) ed obblighi*», ripartizione che, nel pensiero dell'Autore, in ragione del suo eccessivo formalismo, non sarebbe idonea a sostenere la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Meglio sarebbe, sottolinea l'Autore nelle pagine successive, l'impostazione di chi avrebbe identificato quale elemento rilevante la preesistenza, alla lesione, di una relazione giuridicamente rilevante; a tal fine viene richiamato il pensiero di SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 214. E tuttavia, alla pag. 753, TURCO aggiunge come neanche tale circostanza sarebbe di per sé dirimente, atteso che oltre alla preesistenza di un vincolo, sarebbe necessario che il diritto «*disciplini ex ante il conflitto di interessi fra le parti e non intervenga solo ex post*» nonché, ed è questo l'elemento solutivo nella ricostruzione proposta, è necessario che vi sia una «*interazione reciproca fra posizione debitoria e creditoria, che scandisca la dinamica del rapporto: alla cui stregua [...] è agevole individuare nella predeterminazione relativa del contenuto del vincolo e nel progressivo modellarsi dell'obbligo sulla pretesa e di quest'ultima sul primo, nell'attuazione dell'obbligazione*». Rispetto a tali considerazioni, è possibile osservare, preliminarmente, come sia lo stesso SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 214, alla nota 3 a richiamarsi direttamente, seppur non esclusivamente, al pensiero di MENGONI (indicato da TURCO come il fautore della tesi contrattualistica nella sua formazione tradizionale). Inoltre, le critiche rivolte da TURCO alla ricostruzione c.d. tradizionale, sembrano, implicitamente, considerare che ognuna delle argomentazioni impiegate debba essere di per sé sola dirimente. In realtà, pare proprio che il vantaggio di una ricostruzione complessa come quella prospettata, nelle sue molteplici linee fondamentali, da MENGONI abbia il pregio di fornire spiegazioni a più livelli, sfruttando molteplici elementi a supporto, e di riscontro, della tesi sostenuta. Se vi fosse stata un'argomentazione unica e definitiva, in merito alla determinabilità della natura del rapporto precontrattuale, probabilmente, non avremmo assistito ad un dibattito dottrinario così fecondo e duraturo. Da ultimo, si desidera sottolineare che tutti gli elementi ritenuti, nella ricostruzione di TURCO, idonei a qualificare come

determinato soggetto»²⁰³; considerata la fonte di tali obblighi, infatti, la semplice astensione non sarebbe sufficiente²⁰⁴.

In altre parole, tutti quegli obblighi comportamentali che derivano dalla buona fede e correttezza all'interno del rapporto contrattuale, coincidono con quelli che derivano a carico di entrambe le parti in forza della disposizione di cui all'art. 1337. Ed allora, appare quanto mai difficile sostenere che si possa attribuire una diversa natura alla responsabilità susseguente alla violazione degli obblighi derivanti dall'art. 1337, rispetto a quelli derivanti dall'art. 1175²⁰⁵; a maggior ragione, ove si consideri, come già accennato sopra, che l'art. 1337 si concretizzi in una estensione della portata della norma di cui all'art. 1175 anche alla fase delle trattative²⁰⁶. Né avrebbe senso obiettare che gli obblighi derivanti dall'art. 1175 sarebbero accessori, rispetto ad un rapporto obbligatorio già instauratosi, mentre lo stesso non potrebbe dirsi avuto riguardo a quelli derivanti dall'art. 1337²⁰⁷.

contrattuale la responsabilità precontrattuale, possano ben essere rintracciati già nella ricostruzione prospettata da MENGONI e nel testo sinteticamente richiamata, purché si accetti di considerare la complessità delle argomentazioni, nonché la concatenazione delle stesse come un *unicum* idoneo a determinare la «*insuperabile persuasività*» (così SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1949).

(203) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 130; si veda anche ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 362 ss.

(204) A tal riguardo sia consentito il rimando ai riferimenti di cui alla nota n. 3.

(205) Si veda la precedente nota n. 197.

(206) In tal senso cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 134: «*ne consegue che anche l'inosservanza di un obbligo precontrattuale di buona fede deve determinare una responsabilità contrattuale al pari della violazione dei «doveri di correttezza» che sorgono ex contractu*»; parimenti ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 364 ss. e 367 ss.

(207) In tal senso cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 135; l'Autore *ivi* chiarisce come una tale obiezione si rivelerebbe poco consistente, poiché quando si sostiene che un obbligo abbia carattere autonomo oppure strumentale, si dà rilievo soltanto al suo profilo funzionale, cioè allo scopo che esso tende a realizzare e da tale considerazione non si potrebbe certo trarre alcuno spunto in ordine al problema della natura della responsabilità per violazione di quell'obbligo, in quanto questo problema si risolve tenendo unicamente presente se si è verificata una violazione di una «obbligazione» oppure di uno dei doveri rientranti nel sistema dell'art. 2043 c.c. Rispetto all'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337, si deve ritenere che esso si configuri come obbligazione, la quale trovi la sua fonte non nella volontà delle parti in trattative, secondo l'insegnamento della meno recente dottrina tedesca, ma nella legge, e pertanto sulla base di tale considerazione rientrerebbe nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta fedelmente nell'art. 1173 c.c.

Ulteriori conferme, in questo senso, possono rinvenirsi attraverso una sistematica interpretazione di quelle norme che costituiscono specificazione della generale previsione contenuta nell'art. 1337²⁰⁸.

Sotto altro profilo, in merito alla qualifica in termini obbligatori del rapporto precontrattuale, è necessario sottolineare come la natura contrattuale di questo vada affermata per ragioni ontologiche, e non in virtù di un fatto ulteriore e successivo come la conclusione del contratto. Il verificarsi o meno di tale ultima circostanza non appare rilevante, infatti, né ai fini della configurabilità di una autonoma responsabilità precontrattuale²⁰⁹, né in merito alla determinazione della natura della responsabilità in esame. Se si ipotizzasse che la qualifica in termini contrattuali possa darsi solo ove si sia successivamente concluso un contratto valido si violerebbe, implicitamente, il principio di non contraddizione che costituisce limite anche all'attività del legislatore, giacché «non può derivare dal contratto un obbligo che già sussiste all'atto della formazione del contratto medesimo»²¹⁰.

Il rapporto precontrattuale²¹¹ non trova il suo fondamento costitutivo nel contratto che venga, eventualmente, successivamente stipulato bensì già, ex art. 1173 c.c.²¹², nella buona fede, quando sorga l'affidamento²¹³ obiettivo in una parte nella lealtà e correttezza del comportamento altrui, una volta che queste siano entrate in una relazione qualificata volta alla stipulazione di un contratto²¹⁴.

Più precisamente²¹⁵, è la relazione diretta alla stipulazione di un negozio²¹⁶ a qualificarsi come fonte di quel rapporto obbligatorio precontrattuale, nel quale le parti sono vincolate a comportarsi secondo buona fede. Ciò che, dunque, rileva è quel contatto, che può definirsi negoziale²¹⁷, che si crea tra le parti quale fatto idoneo a fungere da fonte del rapporto obbligatorio precontrattuale, da considerarsi come rapporto complesso²¹⁸.

(215) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370

(216) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 84, sottolineava la circostanza che il rapporto dovesse qualificarsi come «rapporto giuridico», accedendo alla ricostruzione in termini di natura contrattuale del rapporto precontrattuale, ma come in tale fase non potesse ancora affermarsi l'esistenza di un rapporto di obbligazione.

(217) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 355 sottolinea che «il contatto sociale, «ordinato» da un progetto precedente, fa sorgere il rapporto obbligatorio».

(218) In questo senso, letteralmente, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370. Come noto la ricostruzione dell'obbligazione in termini di struttura complessa postula l'esistenza accanto all'obbligo di prestazione di una serie di obblighi ulteriori e autonomi, definitivi come obblighi di protezione; sul punto si vedano i riferimenti contenuti alla precedente nota n. 3. La qualifica del rapporto precontrattuale come rapporto complesso sembrerebbe, in tal senso, far immaginare che non possa ritenersi composto esclusivamente da obblighi di protezione. L'affermazione trova ulteriore riscontro in un ulteriore passaggio dell'opera: alla pagina 364 è dato leggere che «l'applicazione del principio della buona fede (oggettiva) presuppone dunque uno specifico vincolo obbligatorio, presuppone che ci siano un debitore e un creditore (arg. ex art. 1175 cod. civ.)»; parlare di debitore e creditore, prima che vengano violati gli obblighi nascenti dalla buona fede, dovrebbe implicare l'esistenza di un obbligo di prestazione. In ID., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., 1073, viene sottolineata la circostanza come sia il regolamento della situazione di interessi a dare senso e direzione alla struttura unitaria del rapporto obbligatorio ed, ancora, ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 512, sempre a proposito degli obblighi di protezione rileva che «alla stregua dell'art. 1175 e, nella misura in cui sono da esso coinvolti, gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di *neminem laedere*, bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti. Il rapporto obbligatorio, inteso come rapporto fondamentale, non è un'entità normativa ontologicamente distinta da singoli obblighi e diritti che lo costituiscono, né nemmeno è semplicemente la loro somma. Esso possiede una sua autonomia in quanto i singoli elementi sono essenzialmente determinati dalla loro posizione nella struttura unitaria del rapporto; se ne fossero separati cesserebbero di essere ciò che prima erano». Si veda anche TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, cit., 180, il quale afferma che «l'assenza di un obbligo primario («ohne primäre Leistungspflicht») di prestazione nel rapporto precontrattuale non andrebbe peraltro intesa come sinonimo di mancanza o assoluta indeterminatezza della prestazione medesima, consistente nel comportamento di volta in volta specificamente richiesto a ciascuna parte, e non escluderebbe pertanto la sussistenza di un vero e proprio rapporto obbligatorio e di un interesse all'adempimento di tale

(208) A far luogo dall'art. 1338; sul punto si rimanda alle puntuali le osservazioni di BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 131 ss., e di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365 ss., nonché di ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 372 ss.

(209) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365. In merito all'accoglimento di tale principio nella giurisprudenza di legittimità si veda, per tutte, Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro italiano*, 2006, I, 1105.

(210) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 367.

(211) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370.

(212) Per tutti GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, 70 ss.

(213) Si vedano le indicazioni, in merito al concetto di affidamento ed alle diverse caratteristiche dello stesso nel diritto privato e nel diritto amministrativo, contenute in ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, II, 106, in particolare 107 ss. Si veda in chiave critica rispetto al ruolo dell'affidamento nel contesto delle fonti delle obbligazioni DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 1 ss.; cfr. la precedente nota n. 56.

(214) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370.



Certamente, dunque, il rapporto precontrattuale può essere definito come rapporto che si fonda *ex lege* nel rispetto della previsione di cui all'art. 1173 c.c., ma appare evidente che una definizione in tal senso risulti essere fortemente imprecisa e riduttiva, perché non chiarisce il fatto²¹⁹ al quale la legge riconduce la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale, fatto che, come sopra chiarito, è da individuarsi nella circostanza specifica che quel contatto sia volto, sinteticamente, alla stipulazione di un contratto²²⁰.

Le considerazioni sin qui svolte consentono di affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, sulla base di una riflessione che pare avere il pregio di essere ben più fondata e persuasiva, soprattutto sotto il profilo sistematico²²¹, rispetto a quella proposta in Cass. 14188/2016.

In particolare, l'impiego del contatto sociale qualificato, compiuto nella pronuncia in esame, oltre che inesatto nella prospettiva della decisione, pare non necessario al fine di giungere all'affermazione della natura contrattuale del rapporto precontrattuale.

*comportamento; ma servirebbe principalmente a distinguere dal punto di vista «direzionale» l'obbligo avente ad oggetto la prestazione del contratto in itinere dal comportamento oggetto degli obblighi prenegoziali». Si vedano anche, in tema di rapporto precontrattuale, le riflessioni di ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 369 il quale osserva che «una volta riconosciuto che buona fede e correttezza hanno la funzione di determinare il contenuto della prestazione, da un punto di vista del diritto sostanziale riesce pienamente nominalistica la questione di stabilire se il criterio di diligenza rimanga esterno alla determinazione del contenuto dell'obbligazione (che si stabilisce soltanto sulla regola di correttezza precontrattuale), posto che l'obbligo, così individuato, va comunque sottoposto, ai fini del giudizio di responsabilità, ad una valutazione in termini di diligenza».*

In merito alla ricostruzione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso si veda, altresì, MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., 283, alla nota 13, ove il rapporto obbligatorio viene sempre concepito come rapporto dotato, quanto meno al momento della sua insorgenza di un obbligo primario di prestazione; il rapporto obbligatorio ben potrà poi estinguersi o conservare «una funzione relativa ad uno scopo diverso da quello a cui era preordinato l'obbligo di prestazione».

⁽²¹⁹⁾ ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 365: chiarisce come sia il fatto delle trattative e dell'inizio della fase di formazione del contratto ad essere dalla legge assunto come idoneo a produrre un'obbligazione specifica di comportarsi in conformità alla buona fede oggettiva.

⁽²²⁰⁾ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370

⁽²²¹⁾ Nonché del tutto autosufficiente e, dunque, non necessitante dell'impiego di ulteriori elaborazioni teoriche. Di diverso avviso sembra essere CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1237 che sottolinea l'accoglimento dell'insegnamento di MENGONI, ma «filtrato attraverso gli sviluppi della Sua scuola», riferendosi alla teoria dell'obbligazione senza prestazione.

La considerazione appare tanto più fondata, ove si tenga conto che l'impiego fatto nella giurisprudenza di legittimità del contatto sociale sia stato nel senso di ritenere lo stesso idoneo ad assurgere a fonte²²² di un rapporto obbligatorio strutturalmente e contenutisticamente analogo a quello che trovi la sua fonte in un contratto.

Se proprio si fosse voluto fare riferimento al contatto sociale, si sarebbe potuto procedere diversamente.

Dopo essersi richiamata alla ricostruzione brevemente tratteggiata nel presente paragrafo e muovendo da questa la Corte avrebbe potuto, infatti, procedere al fine di destituire di fondamento, una volta per tutte, l'argomentazione tradizionalmente impiegata dai sostenitori della tesi aquiliana, in critica alla teoria contrattualistica, basata sulla mancanza, nel rapporto precontrattuale, di un contratto idoneo a determinare l'insorgenza del relativo regime di responsabilità²²³.

Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, sin da Cass. n. 589/1999²²⁴, proprio grazie all'impiego del contatto sociale qualificato, si è chiarito come possa darsi una dissociazione tra la fonte dell'obbligazione e il relativo regime di responsabilità²²⁵ e di come, dunque, in altri termini, non possa più sostenersi che condizione necessaria, affinché possa darsi luogo a responsabilità contrattuale, sia l'esistenza di un contratto concluso tra le parti.

Ed ecco che allora, sulla base di tale considerazione, quale ulteriore argomento di riprova della fondatezza della ricostruzione «tradizionale» richiamata, si sarebbe potuto aggiungere un ulteriore tassello, sottolineando come l'argomentazione in base alla quale non possa

⁽²²²⁾ Si vedano i precedenti paragrafi nn. 3 e 4.

Perplessità in merito all'ascrivibilità del contatto sociale tra le fonti di un rapporto obbligatorio esprime ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 350 ss. Si veda, inoltre, quanto osservato da GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, cit., 946 ss. Sulle obbligazioni derivanti dalla legge si vedano le osservazioni di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, 1988, 225 ss. Si veda anche la successiva nota n. 215.

⁽²²³⁾ Sul punto, per tutti, si rimanda alle considerazioni di ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 347 ss. e 358 ss.

⁽²²⁴⁾ Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; sul punto si veda quanto rilevato al precedente par. 4.

⁽²²⁵⁾ La riflessione può essere già rinvenuta in RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1979, 156, il quale chiariva come proprio in ragione della richiamata dissociazione, l'obbligazione può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale pur se il fatto generatore non è il contratto, come accade quando il contratto manchi o sia nullo.





affermarsi la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, in ragione della mancanza di un contratto, costituisca affermazione che non possa più trovare asilo nel nostro ordinamento.

Ad un tale risultato la Suprema Corte sarebbe ben potuta pervenire ove, da un lato, avesse profuso una forse maggiore attenzione nell'analisi del contenuto dei propri precedenti²²⁶ e, dall'altro, avesse con più coscienza impiegato le migliori elaborazioni dottrinarie in materia²²⁷, aspetti entrambi necessari e complementari nel difficile mestiere del decidere²²⁸ che è, ed è bene ricordarlo, sempre un privilegiare alcune soluzioni rispetto ad altre²²⁹ e, dunque, operazione intellettuale semprepregna di rilevanti conseguenze giuridiche.

Resta, anche in questo caso²³⁰, la sensazione che la Corte di Cassazione abbia perso l'occasione di svolgere, realmente, una riflessione fondata e completa sul tema della natura della responsabilità precontrattuale.

Un'incompiuta, dunque, ancora una volta.

⁽²²⁶⁾ Si vedano le considerazioni di ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del «caso Renault»*, 251 ed i riferimenti ivi indicati alle note nn. 18 e 19.

⁽²²⁷⁾ Sul punto CASTRONOVO-REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, 104 ove si legge che «una giurisprudenza può veramente dirsi legittimata solo quando abbia fatto i conti con la dottrina»; ed ancora, poco dopo, si sottolinea come «né la Cassazione, somma autorità pratica del diritto giurisprudenziale, può fraintendere sé stessa concependosi come somma autorità conoscitiva del sistema».

⁽²²⁸⁾ Si vedano le riflessioni tra caso, decisione e regola giuridica di BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 173, ora in BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 33 ss. Cfr., altresì, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 225 ss. e 357 ss.

⁽²²⁹⁾ In questo senso IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, I, 64. Probabilmente proprio per le implicazioni, ontologiche, del processo decisionale, di maggior travaglio come fonte della quintessenza della saggezza giuridica, parla CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, cit., 42, proprio con riguardo ai giudici della Cassazione.

²³⁰ Sottolinea tale circostanza, avuto riguardo a Cass. n. 27648/2011 ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 357.