

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E LA STRUTTURA DEL RAPPORTO PRENEGIZIALE*.

Di Fabrizio Piraino

| 104

La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale
(Fabrizio Piraino)

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale da parte della Suprema Corte - 2. Il capovolgimento dello sviluppo storico degli istituti alla base delle argomentazioni della Suprema Corte: una prospettiva fallace e un errore dogmatico - 3. Le trattative come rapporto giuridico legale incentrato sul precetto di buona fede - 4. Per una revisione: dall'affidamento legittimo alla prossimità intenzionale delle sfere giuridiche. L'immunità - 5. Le ricadute sul terreno dell'«obbligazione senza prestazione»: spunti per una "variazione sul tema"

ABSTRACT. Il saggio muove dalle conclusioni raggiunte di recente dalla Corte di Cassazione in merito alla natura della responsabilità precontrattuale. Allineandosi alla posizione espressa dalla dottrina più autorevole, la Suprema Corte conferma l'orientamento già in passato espresso, ma successivamente disatteso, favorevole all'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'ambito della responsabilità per inadempimento degli obblighi di protezione che scaturiscono dal precetto di buona fede in fase di trattative e di conclusione del contratto.

Pur con argomentazioni migliorabili, le conclusioni, pienamente condivisibili, cui i giudici sono pervenuti nell'importante provvedimento in esame acquistano maggiore solidità dogmatica e una più accentuata persuasività. La riflessione termina con un tentativo di ridefinizione della ratio sottesa alla qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale e con la proposta di qualificare la posizione protetta dagli obblighi di buona fede ex art. 1337 c.c. nei termini di un'immunità.

The essay moves from the recent ruling of the Court of Cassation regarding the nature of pre-contractual liability. Aligning to the position expressed by the most authoritative doctrine, the Supreme Court confirms the orientation already expressed in the past, but subsequently dismissed, favoring the legal framework of pre-contractual liability in the area of failure to fulfill the obligations of protection that arise from the duty of good faith during the negotiations and conclusion of the contract.

Even with better arguments, the fully-shared conclusions reached by the judges in the relevant measure take on more dogmatic compactness and a more distinct persuasiveness. Reflection ends with an attempt to redefine the ratio underlying the contractual qualification of pre-contractual liability and with the proposal to qualify the position protected by the obligations of good faith in terms of immunity.



precontrattuale da parte della Suprema Corte.

Con una recente pronunzia¹ la Corte di cassazione ha dato seguito a un proprio precedente rimasto sostanzialmente isolato², aderendo con

¹ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 2565 ss., con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Corriere giur.*, 2016, 1504 ss., con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Danno resp.*, 2016, 1051 ss., con commento di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *NGCC*, 2016, I, 1451 ss., con nota commento di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *Dir. civ. cont.*, 15 luglio 2016, con nota di I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»? e così anche Cass.*, 15 maggio 2015, n. 9636, cit. Sulla portata e sul valore di Cass., 12 luglio 2016, n. 14188 cfr. l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, II, 1515 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, 35 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. impr.*, 2017, 233 ss.

² Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1227 con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*; in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2012, 235 ss., con commento di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*; in *Giur. it.*, 2012, 2547 ss., con nota di E. FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) «tedesca»*; in *Rass. dir. civ.*, 2013, 528 ss., con commento di G. BONNÌ, *Inadempimento dell'obbligo di buona fede nelle trattative e natura giuridica della responsabilità precontrattuale*. Cfr. inoltre l'analisi di M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2013, 283 ss. Particolarmente interessante è il commento "a freddo" di A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344 ss., il quale, in maniera assai singolare, si rammarica dell'attenzione inferiore alla sua importanza ricevuta da Cass. 27648/2011 sul presupposto che gli unici commenti riservatigli dalla dottrina siano quelli di DELLA NEGRA e FASOLI, perdendosi, quindi, i commenti più autorevoli e significativi, con un'inevitabile ricaduta sulla qualità del discorso. Inoltre, Z. non riserva spazio neppure a Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss.; in *Giur. it.*, 2012, 2662 ss., con nota di M. RENNA-A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*; in *Urb. app.*, 2012, con commento di D. PORTA, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, la quale, per quanto più tiepida nell'allinearsi alla posizione della dottrina più autorevole, ritiene che la responsabilità precontrattuale non rivesta natura contrattuale nel senso pieno e tradizionale del termine, ma riconosce pur sempre che essa vi si avvicini, in quanto scaturisce dal contatto tra i contraenti e dalla scorrettezza di uno di essi, sicché la regola sulla prova da applicare è quella dell'art. 1218 c.c. e non quella

convinzione alla costruzione dogmatica della responsabilità precontrattuale come ipotesi di fattispecie dannosa caratterizzata da una struttura relazione e, come tale, riconducibile alla disciplina della responsabilità per inadempimento di un obbligo preesistente al pregiudizio.

La sentenza decide una controversia insorta nella prima metà degli anni '90 e relativa all'inefficacia di un contratto di appalto di servizi concluso tra una società privata e una pubblica amministrazione, ma, per l'appunto, rimasto privo di effetti a causa della mancata approvazione da parte del Ministero competente, ai sensi dell'art.19 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440. La società aggiudicataria ha convenuto in giudizio la p.a. dinanzi al Tribunale di Roma nel dicembre del 2000 per domandare il risarcimento dei danni subiti a causa di tale mancata approvazione, ma l'esito è infausto poiché il risarcimento viene negato con sentenza 316661/2004 a causa dell'intervenuta prescrizione del diritto, accertata sulla base: dell'individuazione del *dies a quo* del termine prescrizione nel gennaio 1994, dell'inquadramento dell'azione di risarcimento nella fattispecie della responsabilità precontrattuale e della riconduzione di quest'ultima nell'alveo della responsabilità aquiliana, con conseguente assoggettamento al termine di prescrizione quinquennale *ex art.* 2947 c.c. L'impianto della motivazione e le conclusioni sono state confermate dalla Corte di Appello di Roma, con sentenza 2683/2010, nei confronti della quale la società aggiudicataria ha proposto ricorso per cassazione, contestando la qualificazione della domanda, operata dai giudici di merito, come azione di responsabilità precontrattuale e contrapponendovi l'inquadramento come responsabilità contrattuale. Il motivo di ricorso poggia sull'argomento dell'intervenuta conclusione del contratto con la p.a. e sulla qualificazione dell'approvazione dell'autorità tutoria come *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del vincolo, il quale però sarebbe già perfezionato, sicché la condotta dannosa della p.a. andrebbe considerata pienamente insediata in un contesto contrattuale e si porrebbe in contrasto con l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del rapporto sancito tanto dall'art. 1358 c.c. quanto dall'art. 1375 c.c. Ne conseguirebbe l'assoggettamento del diritto al risarcimento del danno al termine ordinario di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c. Per

dell'art. 2043 c.c. Non andrebbe trascurata neppure la presa di posizione di Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Corriere giur.*, 2012, 675 ss. con commento di V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, favorevole all'inquadramento nell'ambito contrattuale della responsabilità precontrattuale della p.a.



soprammercato la ricorrente sottolinea – e lo scrupolo si rivelerà assai felice, come si evidenzierà nel prosieguo – che tra la medesima e la p.a. si è comunque instaurato un rapporto giuridico qualificabile come “contatto sociale qualificato” dal quale derivano specifici obblighi di protezione a favore della ricorrente (sebbene sarebbe stato più corretto sostenere che tali obblighi scaturiscono dalla buona fede precontrattuale di cui all’art. 1337 c.c. e che essi divengono oggetto del rapporto giuridico che si è instaurato con le trattative: *n.d.a.*). La violazione degli obblighi di protezione determina l’insorgere di un danno che presenta non già i caratteri di una lesione dell’esterno di una situazione giuridica preesistente, come tale inquadrabile nella fattispecie della responsabilità aquiliana, ma piuttosto quelli della violazione di un rapporto giuridico, il che sospinge la vicenda dannosa in seno alla responsabilità per inadempimento.

La prima sezione della Corte di Cassazione ha accolto il motivo fondato sull’argomento della natura contrattuale della responsabilità della p.a. derivante dalla mancata approvazione del contratto di appalto da parte dell’autorità tutoria ed ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di Appello di Roma, enunciando i seguenti principi di diritto: «nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all’approvazione ministeriale ai sensi dell’art. 19 del r.d. 18 novembre 1923, 2440, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall’organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall’amministrazione, sicché, ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, pur se formalmente esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.); l’eventuale responsabilità dell’amministrazione, in pendenza dell’approvazione ministeriale, deve essere, di conseguenza, configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 cod. civ. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell’art. 1174 cod. civ., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt.

1175 e 1375 cod. civ., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 cod. civ.». La sentenza si pone, dunque, convintamente nel solco di quell’orientamento che, innanzitutto, riconosce alla responsabilità precontrattuale della p.a. natura di responsabilità non già da provvedimento ma da comportamento scorretto³, con la conseguenza dell’irrelevanza sul terreno del risarcimento dell’eventuale legittimità dell’esercizio della funzione pubblica, consacrato nel provvedimento amministrativo di aggiudicazione o nei provvedimenti successivi. Una tale conclusione poggia sulla piena equiparazione della p.a. agli altri operatori economici e soprattutto sull’assunto che tutte le fasi della selezione del contraente mediante evidenza pubblica concorrono alla formazione progressiva del consenso contrattuale. E, per di più, la Suprema Corte conferma la linea dell’irrelevanza dell’aggiudicazione ai fini della configurazione della responsabilità precontrattuale della p.a.⁴, sul presupposto della preordinazione di quest’ultima a reagire alla scorrettezza e alla contraddittorietà della condotta della p.a. in fase di selezione del contraente e non già a tutelare soltanto il legittimo affidamento nella conclusione del contratto⁵. Ne

³ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2515 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790, in *Danno resp.*, 2014, 553 ss. e, con riguardo al comportamento precedente all’aggiudicazione, Cass., 3 luglio 2014, n. 15620, in *Foro it.*, 2015, I, 643 ss. Di recente v. anche Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, in *NGCC*, 2015, I, 983 ss., con nota di commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2015, 1963 ss., con nota di G.M. RACCA-S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*; in *Corriere giur.*, 2016, 56 ss., M.C. AGNELLO, *Le zone d’ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della Pubblica amministrazione*. In dottrina cfr. A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1228 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*.

⁴ La linea tradizionale ritiene che, prima dell’aggiudicazione, gli aspiranti contraenti privati vantano soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte della p.a., il che esclude in radice la possibilità di configurare, in questa fase, un rapporto giuridico riconducibile alla trattativa alla cui instaurazione l’art. 1337 c.c. subordina la possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale: così A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; F.G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 31 ss.

⁵ In tal senso v. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 198 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *I contratti della pubblica*



conseguenze che l'obbligo di agire *ex fide bona* sorge già prima dell'aggiudicazione perché anche nei confronti dei partecipanti non vincitori si instaura una relazione che presenta la forma giuridica del rapporto giuridico prenegoziale⁶.

La prima presa di posizione da parte del collegio si concentra sul ruolo e sul significato dell'approvazione di cui all'art. 19 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, che la Suprema Corte individua nella funzione di elemento normativo da cui dipende il «perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale» per il quale «è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto nelle forme prescritte dalla legge»⁷. I giudici adoperano la discutibile formula dell'insussistenza di «un effettivo vincolo contrattuale», la quale potrebbe indurre a ritenere che la fase di conclusione del contratto con la p.a. non si sia ancora completata e che, dunque, l'approvazione rappresenti l'ultimo tassello di un procedimento aggravato di conseguimento dell'accordo⁸, mentre deve essere chiaro che il perfezionamento vi è già stato e che il vincolo è sorto. L'autorizzazione ministeriale incide, infatti, sul piano dell'efficacia del contratto, come si evince dalla formulazione dell'art. 19 r.d. 2440/1923 che qualifica come non obbligatori per l'amministrazione, e pertanto non eseguibili, gli atti di aggiudicazione definitiva e i contratti, finché non siano approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato.

Dalla premessa dell'inefficacia del contratto di appalto stipulato dalla p.a. con la società di servizi aggiudicataria la Cassazione ricava la qualificazione precontrattuale della conseguente responsabilità dell'amministrazione, dato che il contratto è ancora privo di effetti e la condotta dannosa di quest'ultima si colloca nella fase che precede l'efficacia del vincolo, risultando per di più legata all'imputazione alla p.a. del mancato compimento dell'evento al quale è subordinato l'esordio degli effetti negoziali⁹. La scelta di assumere una posizione così

poco precisa nell'inquadramento giuridico dell'approvazione ministeriale dipende, con ogni probabilità, dall'indisponibilità ad approfondire la questione della natura della responsabilità per violazione della buona fede in pendenza della condizione sospensiva di cui all'art. 1358 c.c. e dal timore che le conclusioni cui la giurisprudenza di legittimità perviene sul terreno di tale forma di responsabilità possano essere estese analogicamente alla fattispecie in esame. Di estensione analogica si tratterebbe visto che l'approvazione ministeriale non può essere formalmente ricondotta all'istituto della condizione vista l'origine normativa della sospensione dell'efficacia del contratto – al riguardo si discorre di *condicio iuris* – il che, però, non preclude il ricorso all'analogia grazie all'identità dell'esigenza di posticipazione degli effetti negoziali che accomuna le due fattispecie. Sul tema dei conegni *pendente condicione*, la giurisprudenza di legittimità è propensa, infatti, a considerare l'obbligo di buona fede in pendenza della condizione sospensiva come un effetto preliminare del contratto e ciò induce a ricondurne la violazione nell'alveo dell'ordinaria responsabilità contrattuale, dischiudendo addirittura anche gli altri rimedi contro l'inadempimento, come, ad es., la risoluzione¹⁰. Evidentemente la Suprema Corte ha

registrazione potrebbero dipendere anche dall'inadempimento dell'obbligo di informazione tempestiva di tali circostanze (come nella recente Cass., 12 maggio 2015, n. 9336, cit.) o dalla richiesta all'aggiudicatario di dare inizio all'esecuzione dei lavori ancor prima che il contratto sia divenuto efficace.

¹⁰ Cfr. Cass. 19 giugno 2014, n. 14006, in *Contratti*, 2015, 270 ss., con commento di N.A. VECCHIO, *La risoluzione per inadempimento nel contratto sospensivamente condizionato*: «Durante il detto periodo di pendenza - su cui retroagiscono l'avveramento o il mancato avveramento della condizione - le parti si trovano in una posizione di aspettativa che è fonte di effetti preliminari. In particolare, in pendenza della condizione sospensiva, il contratto a prestazioni corrispettive produce i suoi normali effetti e vincola i contraenti al puntuale ed esatto adempimento delle obbligazioni rispettivamente assunte: la condizione, infatti, rende incerto il negozio, ma è già fermo ed irrevocabile il vincolo negoziale. Nessun effetto riferito alla situazione finale può però verificarsi finché dura la pendenza salvo alcune eccezioni derivanti dall'applicazione dei principi ricavabili dalle disposizioni dettate dall'art. 1358 c.c.: da dette disposizioni è possibile individuare il contenuto delle aspettative delle parti del contratto condizionato, ossia delle situazioni soggettive che nascono dal contratto condizionato. Tale contratto fa sorgere diritti ed obblighi preliminari che possono dar luogo a risoluzione per inadempimento alla specifica obbligazione - prevista dal citato art. 1358 c.c. - di ciascun contraente di comportarsi in pendenza della condizione "secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte", cioè di osservare i doveri di lealtà e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., in modo da non influire sul verificarsi dell'evento condizionante pendente. Al riguardo questa Corte ha avuto modo di precisare che il contratto pur inefficace per il mancato avveramento della condizione, può essere risolto in danno della parte colpevole di aver violato il

amministrazione, a cura di C. Franchini, in Tratt. contr., diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2007, 637.

⁶ *Contra* però Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489.

⁷ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, n. 3.

⁸ Sul tema della pluralità dei procedimenti di conclusione del contratto e sulla configurazione di procedimenti aggravati cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti, Torino, 2002, *passim*, in part. 247 ss.

⁹ Le ragioni dell'imputazione alla p.a. della mancata autorizzazione ministeriale o della mancata registrazione della Corte dei conti possono essere legate a errori o a scelte tecniche discutibili nella progettazione dei lavori alla base dei dinieghi dell'autorità tutoria o di quella di controllo; ma la responsabilità della p.a. connessa alla mancata autorizzazione o alla mancata

temuto che il ricorso al corretto inquadramento dell'approvazione ministeriale nell'ambito dei presupposti legali di efficacia del contratto già perfezionato potesse costringerla a qualificare la responsabilità della p.a. non già come responsabilità precontrattuale ma come responsabilità ordinaria per violazione del contratto, ancorché sotto il profilo dei suoi effetti prodromici. E, allora, per scongiurare un tale rischio i giudici di legittimità hanno preferito adoperare la formula ambigua del mancato «perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale», schivando il nodo della qualificazione della responsabilità da violazione della buona fede in attesa dell'efficacia del contratto concluso ed evocando così l'idea che la vicenda dannosa al loro esame si sia svolta in una fase antecedente al sorgere del vincolo effettivo, in un contesto, dunque, sostanzialmente prenegoziale. Il calcolo è ingegnoso ma di respiro assai corto, perché potrebbe dare fiato alle trombe degli inevitabili detrattori della decisa virata della Suprema Corte verso la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, legittimando l'accusa di un'occasione di ripensamento artificiosamente creata dalla prima Sezione al fine di riconfermare un proprio precedente orientamento. E, peraltro, poco prima la stessa prima Sezione, in una controversia analoga, nella quale un contratto di appalto pubblico approvato dal Ministero non ha poi ottenuto la registrazione da parte della Corte dei Conti, aveva impostato la questione in maniera corretta, riconoscendo alla mancata approvazione il ruolo di presupposto di efficacia del contratto¹¹, dalla quale può scaturire responsabilità precontrattuale mediante l'applicazione analogica dell'art. 1338 c.c. alle cause di inefficacia del contratto¹². Non osta a un tale esito la circostanza che la subordinazione dell'efficacia del contratto

dovere di comportarsi in buona fede: è di conseguenza ammissibile la risoluzione - di un contratto divenuto inefficace per il mancato avveramento della condizione - per inadempimento dell'obbligo di comportarsi, in pendenza della condizione, secondo buona fede nonché di astenersi da quanto possa pregiudicare gli interessi dell'altro contraente e di compiere quanto sia del caso necessario affinché l'evento condizionante si verifichi (in tali sensi, tra le tante, Cass. 22 marzo 2001 n. 4110 e Cass. 18 marzo 2002 n. 3942). Il contratto sottoposto a condizione sospensiva, quindi, può ritenersi perfettamente concluso e, anche se non ancora efficace, già produce obbligazioni preliminari o prodromiche - da osservarsi dai contraenti durante la pendenza della condizione - il cui inadempimento può dar luogo ad una responsabilità contrattuale e ad una pronuncia di risoluzione per mancato rispetto degli obblighi di cui al citato art. 1358 c.c.».

¹¹ Cass., 12 maggio 2015, n. 9336, cit., n. 2.3; così già Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3064.

¹² In tal senso, correttamente, anche RACCA-PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 1966-1967.

all'autorizzazione ministeriale, e indirettamente anche alla registrazione da parte della Corte dei conti¹³, siano imposte dalla legge di contabilità dello Stato e, dunque, vadano considerate presupposti di efficacia conoscibili da un operatore accorto con l'impiego di un sforzo di ordinaria diligenza. Sarebbe eccessivo, infatti, ricavare la conoscibilità in via automatica dalla circostanza che l'invalidità o l'inefficacia siano prescritte da una disposizione normativa «avente efficacia di diritto oggettivo»¹⁴; mentre va riconosciuto che, tutt'al contrario, lo status professionale rivestito dalla p.a. si riflette sulla disparità di competenze e di conoscenza nel rapporto col cittadino e ciò, sulla base del meccanismo che verrà chiarito nel prosieguo, attiva l'imperativo di buona fede, imponendo alla p.a. di informare l'utente dei fatti noti, o comunque da conoscere, che possono integrare cause di invalidità o di inefficacia del contratto in corso di perfezionamento¹⁵.

¹³ Tecnicamente, l'approvazione ministeriale è elemento normativo di efficacia del contratto della p.a., la c.d. *condicio iuris* sospensiva; mentre la registrazione da parte della Corte dei conti costituisce elemento di efficacia del decreto di approvazione.

¹⁴ Così Cass., 12 maggio 2015, n. 9336, cit., n. 2.3 in conformità a Cass., 2006, n. 4635. La Suprema Corte osserva infatti che l'istituzione di una corrispondenza biunivoca tra conoscibilità e previsione legislativa avrebbe come effetto quello di privare l'art. 1338 c.c. «della sua principale funzione che è di compensare l'asimmetria informativa nelle contrattazioni tra parti che non sono su un piano di parità, come avviene nei rapporti con la Pubblica Amministrazione. E ciò non soltanto in ragione del fatto che la procedura di evidenza pubblica è da essa governata sulla base dell'esercizio di poteri previsti da norme di azione tradotte nella *lex specialis* della gara, ma anche in ragione dello status professionale e del bagaglio di conoscenze tecniche ed amministrative di cui essa è in possesso». Di conseguenza la Cassazione ritiene che «l'astratta conoscenza della norma non è elemento decisivo per la percezione - che rileva ai fini dell'applicativi dell'art. 1338 c.c. - della invalidità o inefficacia del contratto, per la quale spesso si richiede la necessaria cooperazione dell'altro contraente, il quale è tenuto a comunicare le circostanze di fatto cui la legge ricollega la invalidità o inefficacia, quando ne sia (o ne debba essere) informato in ragione delle sue qualità professionali o istituzionali e, in mancanza, non può sfuggire alla responsabilità per *culpa in contrahendo*».

¹⁵ Cass., 12 maggio 2015, n. 9336, cit., n. 2.3 precisa, infatti, che «L'obbligo del *clare loqui*, e cioè di comunicare alle parti tutte le cause di invalidità negoziale di cui abbia o debba avere conoscenza, è imposto all'Amministrazione - anche in ragione della sua funzione istituzionale di rappresentanza e, quindi, di protezione degli interessi di coloro che entrano in rapporto con essa - non solo nell'ambito del procedimento di formazione del contratto secondo il modulo privatistico della trattativa privata, ma anche nel procedimento di evidenza pubblica, a tutela dell'affidamento delle imprese concorrenti nel rispetto delle prescrizioni della *lex specialis*». Osserva SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, cit., 991 che l'orientamento in esame postula in capo alla p.a. una specifica posizione di garanzia nei confronti di coloro che entrino in relazione con la

La sentenza si pone, infatti, in linea di continuità con la pronunzia del 20 dicembre 2011 n. 27648¹⁶ e, smentendo le previsioni di quanti avevano preconizzato margini sempre più ristretti per ulteriori discostamenti della Suprema Corte¹⁷ dal risalente¹⁸ orientamento favorevole all'inquadramento della responsabilità

precontrattuale nell'ambito aquiliano¹⁹ e invece accogliendo un recente auspicio²⁰, essa afferma con ricchezza di argomenti – non sempre pertinenti in verità – la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, in tal modo allineandosi alla posizione prevalente in dottrina, oltreché più autorevole²¹. L'assunto di base è il medesimo²²: la

stessa, la quale mira a preservare il loro legittimo affidamento. Sempre S., nel convenire sulle conclusioni della Suprema Corte, osserva che proprio l'asimmetria di informazioni a favore della p.a. e lo *status* professionale che la produce fuggono «il dubbio che l'affermazione di un obbligo di informazione di questo contenuto possa incidere sul principio generale, coesistente all'idea stessa di iniziativa economica privata, secondo il quale ciascuna parte, in sede di trattative, non è tenuta a mettere indiscriminatamente a disposizione dell'altra le informazioni rilevanti ai fini dalla valutazione di convenienza dell'affare, delle quali possa disporre». Racca-Ponzio, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 1972-1974 adottano la figura degli obblighi di protezione che gravano sulla p.a. nell'ambito delle relazioni fra organizzazione complesse e che sono espressione dell'assunzione da parte di quest'ultima del rischio d'impresa; ma, nell'analisi del caso deciso da Cass., 12 maggio 2015, n. 9336, cit., ritengono che la norma sull'efficacia del contratto vada annoverata tra quelle che qualunque soggetto che opera con la p.a. dovrebbe conoscere secondo il parametro della diligenza ordinaria e che, tuttavia, la stazione appaltante risulti responsabile ex art. 1337c.c. a causa della propria condotta contraddittoria.

¹⁶ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit.

¹⁷ ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 345-346, il quale giunge a una tale conclusione sulla base della riformulazione dell'art. 374, comma 3, c.p.c., operata dall'art. 8 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che impone alle sezioni semplici della Corte di Cassazione che non intendano condividere un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite di rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. La nuova prescrizione si applica ai ricorsi per cassazione proposti contro sentenze e altri provvedimenti pubblicati a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 40/2006, ossia a partire dal 2 marzo 2006. Le pronunce a sezioni unite che secondo Z. avrebbero dovuto fungere da baluardo ai ripensamenti solitari delle sezioni semplici sono: Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Foro it.*, 2004, I, 2206 ss. e Cass., sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Gius.*, 2001, 2477 ss. E tuttavia così non è stato, nonostante che la sentenza della Corte d'appello di Roma, contro cui si è proposto il ricorso per cassazione da cui è scaturita la sentenza in commento, sia stata pubblicata il 21 giugno 2010. E difatti Z. ha trascurato di considerare che in entrambi i due precedenti citati il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite non riguarda specificamente la natura della responsabilità precontrattuale, bensì il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Per una lettura ulteriore della mancata rimessione alle Sezioni unite cfr. Scognamiglio, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1516.

¹⁸ CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1234 riassume la portata granitica dell'orientamento tradizionale «ab immemorabili essa era, fino alla sentenza che commentiamo [vale a dire Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit.: *n.d.a.*], attestata sulla qualificazione aquiliana della responsabilità precontrattuale».

¹⁹ L'orientamento tradizionale in chiave aquiliana è ancora sostenuto da: Cass., 13 febbraio 2013, n. 3579, in *NGCC*, 2013, 693 ss., con nota di M.C. PENUTI, *Gli accessori del credito trasferiti ex art. 1263 cod. civ. al cessionario, in obiter dictum*; Cass., 20 marzo 2012, n. 4382 e Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, 754 ss., con commento di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*; in *Contratti*, 2013, 437 ss., con commento di A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della P.A. nelle procedure ad evidenza pubblica*; Cass., sez. un., ord., 23 marzo 2011, n. 6594, in *Corriere giur.*, 2011, 937 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*; Cass., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Mass. Foro it.*, 2001, e prima da Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, I, 669 ss. e in *Danno e resp.*, 2005, 597 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*; e in sede europea da Corte eur. giust., 17 settembre 2002, C-334/00, in *Corriere giur.*, 2004, 133 ss., con nota di R. BARATTA, *La natura della culpa in contrahendo secondo la sentenza Tacconi* e in *Resp. civ. prev.*, 2004, 399 ss.; nonché Cass., sez. un., ord., 10 luglio 2003, n. 10896 e Cass., sez. un., ord. 11 settembre 2003, n. 13390, in *Corriere giur.*, 2004, 482 ss. con nota di R. CONTI, *Convenzione di Bruxelles, competenza giurisdizionale e responsabilità precontrattuale*. Non si può trascurare, infine, che l'Unione europea si è orientata a favore della natura aquiliana della responsabilità extracontrattuale anche in sede legislativa, con il regolamento c.d. Roma II del 11 luglio 2007, n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, che include la responsabilità precontrattuale tra le fonti delle obbligazioni extracontrattuali, ma poi, all'art. 12, in maniera non poco contraddittoria, indica come legge applicabile quella del contratto concluso o che si sarebbe concluso in assenza del comportamento scorretto.

²⁰ C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1277.

²¹ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss. e ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 267 ss., in part. 270 ss. (da cui le successive citazioni), ma già Id., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 ss., e in part. nt 16 ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, cit., 229 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv. – teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 892; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 712; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, rist. anast., con introduzioni di G. Perlingieri e F. Festi, Napoli, 2012, 115 ss., in part. 126 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 121 ss. e ora Id., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 69 ss., in part. 73 ss.; Id., *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2568 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 224 ss.; Id., *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale dir. priv. eur.*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 325 ss., 334 ss.; Id., *La relazione come categoria essenziale*



dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, in *Europa dir. priv.*, 2011, 72 ss.; ID., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1233 ss., in part. 1239 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 120 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 723 ss.; ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165, 192; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 89 ss., 105; ID., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 944 ss., 971; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. II, Torino, 2000, 201 ss., in part. 361 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; ID., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 599 ss., in part. 631; ID., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1515 ss.; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 9; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattati a cura di P. Cendon*, Milano, 2008, 102 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, 46 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità contrattuale e i suoi attuali confini*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso, Contratto e mercato*, t. II, Milano, 2013, 1049 ss., in part. 1054 ss.; e sia consentito anche il rinvio a F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1126 ss.; nonché ID., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 186 ss. Una rappresentazione opposta delle idee prevalenti in dottrina è offerta da P. GALLO, *Contratto e buona fede*. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto², Torino, 2014, 220 per il quale la concezione dominante nella giurisprudenza teorica sarebbe quella che riconduce la responsabilità precontrattuale alla matrice aquiliana. Quel che è singolare è la scelta di G. di indicare come fautori della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale esponenti tutti assai autorevoli ma nessuno, tranne G. medesimo, specialista della materia. A favore della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale cfr. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 65 ss., in part. 99-101. Per il deciso ridimensionamento della disputa sulla natura della responsabilità precontrattuale cfr. G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi - 2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 1107 ss., in part. 1115 ss., il quale ritiene che, sul piano applicativo, la soluzione del contrasto non sia poi così decisivo, specie se si ritiene, come fa D'A., che, anche qualora si propenda per la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, non sia comunque applicabile alla *culpa in contrahendo* la regola sulla distribuzione dei temi di prova enunciata da Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533. Predilige invece un'impostazione non unitaria ma improntata piuttosto alla variabilità delle conclusioni in tema di natura della responsabilità precontrattuale G. BEVVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, 2016, 254 ss., 328 ss., il quale, in definitiva, sposa una lettura sostanzialmente contrattualistica ma dal perimetro suscettibile di ampliamenti o di restringimenti per lo più legati al mutamento del sensibilità sociale, la quale incide sulla concretizzazione della clausola generale di cui all'art. 1337 c.c.

responsabilità contrattuale sorge in un contesto relazionale, quando un obbligo preesistente alla condotta dannosa viene violato; mentre la responsabilità aquiliana prescinde dalla sussistenza di un rapporto giuridico preesistente strutturato intorno a un obbligo, sicché il primo evento giuridicamente significativo tra il danneggiato e il danneggiante è rappresentato proprio dalla lesione dannosa della sfera giuridica del primo, dalla quale scaturisce il rapporto giuridico incentrato sull'obbligo di risarcire il danno²³. La Suprema Corte sposa, dunque, il duplice assunto dogmatico secondo cui la formula "responsabilità contrattuale" è una sineddoche che indica, mediante il riferimento a una parte (le obbligazioni *ex contractu*), il tutto rappresentato dalla responsabilità per inadempimento di un obbligo preesistente, quale che ne sia la fonte²⁴; mentre la responsabilità aquiliana riveste la struttura di meccanismo di traslazione del costo del danno prodottosi tra

in senso ora estensivo ora restrittivo, e allo svilupparsi di affidamenti meritevoli di salvaguardia.

²² Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., n. 10 al riguardo sostiene che «La domanda di accertamento della responsabilità precontrattuale è validamente proposta sulla base della rappresentazione di elementi di fatto idonei a dimostrare la lesione della buona fede tenuta dalla parte nel corso della vicenda, e con ciò dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c. La citata disposizione, infatti, delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c. Sulla base di queste premesse l'interpretazione della domanda, compiuta dal giudice di merito, appare giuridicamente corretta e immune da censure».

²³ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 12.2: «L'esserci una struttura obbligatoria, vicenda tipica dell'obbligazione senza prestazione, segna, dunque, la differenza con la responsabilità aquiliana, alla base della quale non vi è alcun obbligo specifico, costituendo anche il generico dovere di "alterum non laedere" niente altro che la proiezione - insita nel concetto stesso di responsabilità - sul danneggiante del diritto del danneggiato all'integrità della propria sfera giuridica, al di fuori di un preesistente rapporto con il primo, atteso che, senza il rispetto da parte di chiunque altro dal titolare, il diritto in questione non sarebbe tale. Il "non rapporto" caratterizza, pertanto, la responsabilità civile aquiliana, nella quale la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l'obbligo del risarcimento, laddove nella relazione da "contatto sociale qualificato" sussiste un rapporto connotato da obblighi già a monte della lesione, ancorché non si tratti di obblighi di prestazione (art. 1174 c.c.), bensì di obblighi di protezione correlati all'obbligo di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)».

²⁴ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072, ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, cit., 300 (da cui le successive citazioni).

soggetti non legati da un rapporto giuridico preesistente, atteggiandosi, quindi, come responsabilità del passante, del *quisque de populo*²⁵.

Lo sviluppo del ragionamento della Cassazione imbocca poi la via, già battuta nel 2011, dell'inserimento della responsabilità precontrattuale nell'alveo della più ampia responsabilità da violazione di obblighi di fonte non negoziale, valorizzando la terza voce delle fonti delle obbligazioni prevista dall'art. 1173 c.c.: le *variae causarum figurae*. In questa enigmatica categoria che racchiude gli atti e i fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, la Suprema Corte inserisce la relazione intersoggettiva qualificata come "contatto sociale qualificato"²⁶. Soltanto richiamata dalla sentenza del 2011, la questione delle fonti non negoziali delle obbligazioni, diverse dalla fattispecie della responsabilità extracontrattuale, è sottoposta a un ampio sviluppo nella sentenza in commento, la quale collega la tradizionale qualificazione aquiliana della responsabilità precontrattuale proprio alla tendenza a esaurire le fonti delle obbligazioni nel contratto e nella condotta dannosa rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. L'estensione dello sguardo anche alle altre fonti delle obbligazioni consente, invece, di conferire il giusto rilievo a situazioni non riconducibili né al torto né al contratto ma assimilabili più alla seconda figura piuttosto che alla prima²⁷. La Suprema Corte ricorda, infatti, che la sapienza romana ha ritenuto di andare oltre alla coppia *contractus-delictum* individuando altre fonti delle obbligazioni accomunate dal carattere di atto lecito non negoziale. È così emersa la figura del *quasi-contractus*, nella quale sono stati ricompresi istituti come l'indebito e la *negotiorum gestio*. Ed è lungo tale linea di sviluppo che, secondo i giudici di legittimità, va collocata la figura, elaborata dalla dogmatica tedesca dell'inizio del XX sec., del "rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione" volto a designare la relazione tra soggetti collegati dal reciproco affidamento e «perciò, connotat[a] "da obblighi di informazione e di protezione", costituenti un completamento e un corollario dell'obbligo di "buona fede" che grava su

ciascuna parte, laddove viene ad assumere una posizione di garanzia nei confronti dell'altra»²⁸. Si tratta di obblighi che danno corpo alla relazione, la quale assume la natura di contatto qualificato grazie al reciproco affidamento tra le parti da cui essa è connotata, e, per di più, di obblighi che sorgono prima e a prescindere dalla conclusione del negozio e dalla nascita dell'obbligo di prestazione. Un tale rapporto si instaura, per l'appunto, durante le trattative e nel corso della fase di conclusione del contratto e si presenta come una relazione tra soggetti caratterizzata da obblighi reciproci di fonte non negoziale. Una relazione che, dunque, non è riducibile alla fattispecie della responsabilità aquiliana, ma anzi assoggettata alla disciplina delle obbligazione e, soprattutto, della responsabilità per inadempimento, proprio alla luce della preesistenza degli obblighi rispetto alla vicenda dannosa²⁹.

La Cassazione prosegue sottolineando che la dottrina italiana, sull'impulso di quella tedesca, sin dai primi anni '90 del secolo scorso ha elaborato i caratteri di una fattispecie di responsabilità che si colloca "ai confini tra contratto e torto"³⁰ in quanto radicata in un contatto sociale tra soggetti, il quale dà adito al reciproco affidamento ed è qualificato dall'obbligo di buona fede sancito dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. Il rapporto su cui tale responsabilità si innesta non si annoda intorno a un obbligo di prestazione, ma si esaurisce in obblighi di protezione. Questi ultimi, sebbene concettualizzati nell'ambito dell'obbligazione come obblighi accessori a quello principale di prestazione in forza del precetto di buona fede, possono scaturire, però, anche da una fonte non negoziale e determinano, ove violati, una responsabilità prossima a quella contrattuale, perché ancorabile a quegli atti o fatti previsti dall'art. 1173 c.c.

Addirittura la Suprema Corte si spinge oltre, ricavando dalla ri-concettualizzazione dell'obbligazione come rapporto complesso che affianca all'obbligo di prestazione anche l'obbligo accessorio di protezione, la conclusione che la specificità della responsabilità contrattuale, il suo *proprium*, non vada ricercata nella violazione della pretesa all'adempimento della prestazione, ma piuttosto nella lesione arrecata alla relazione

²⁵ C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 586, nonché ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 446.

²⁶ Il teorico del contatto sociale qualificato quale fonte di obblighi distinti da quello di prestazione è H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Jg. 103 (1943), 67 ss.; ID., *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentag*, II, Tübingen, 1958, 8 ss.

²⁷ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 4.

²⁸ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 5.

²⁹ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 6.

³⁰ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*. Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Milano, 1995, 147 ss., ora ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss. La figura dell'«obbligazione senza prestazione» era già stata prefigurata in C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, 319 ss.



qualificata tra soggetti³¹. È evidente il modello dogmatico di riferimento: quello che propone di concepire il rapporto obbligatorio come una struttura cornice «che nasce *ex lege* come conseguenza dell'instaurarsi dell'affidamento iniziale tra le parti, dentro il quale è però la volontà di queste a innestare l'obbligo di prestazione»³², sicché l'elemento costante dell'obbligazione consiste nella relazione tra soggetti che nasce intorno all'obbligo di protezione e che può evolvere verso l'obbligo di prestazione. Ne consegue che la responsabilità contrattuale, intesa come responsabilità per inadempimento, «si riassetta sul piano più generale nel quale si riconoscono sia gli obblighi funzionali che l'obbligo di prestazione; e la responsabilità, in corrispondenza del nuovo piano di riferimento, diventa tale come effetto della violazione della relazionalità, si riferisca questa alla prestazione o a un altro interesse messo a repentaglio dalla relazione medesima»³³. A questa costruzione dogmatica la Suprema Corte riconosce il merito di aver sollecitato la giurisprudenza a intraprendere un percorso euristico che ha condotto al rinnovamento dei propri orientamenti in materia di responsabilità, rinvenendo i tratti della responsabilità da «contatto sociale qualificato» in una pluralità di fattispecie nella quali l'inquadramento nella responsabilità aquiliana risultava insoddisfacente. Da qui il ricorso al figura del «contatto sociale qualificato»³⁴ per dare corpo: alla responsabilità dell'insegnante per atti di autolesionismo dello studente³⁵; alla responsabilità

del medico dipendente da azienda ospedaliera³⁶; alla responsabilità della banca per violazione dell'art. 43

L. LA BATTAGLIA, *Fondamento e limiti della responsabilità dell'insegnante per l'infortunio dell'alunno in gita scolastica*; Cass., 25 febbraio 2016, n. 3695. Per la sostanziale indifferenza sul piano della distribuzione dei temi di prova in caso di applicazione tanto dell'art. 2048 c.c. quanto dell'art. 1218 c.c. v. Cass., 12 ottobre 2015, n. 20475, in *Danno resp.*, 2016, 271 ss., con commento di F. PIAIA, *La responsabilità per condotta autolesiva dell'allievo: tra risarcimento del danno e onere della prova*.

³⁶ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, 446 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero e di A. LANOTTE, L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Giust. civ.*, 1999, con 999 ss., con osservazioni di G. Giacalone, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o "transtipica"?*; in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con commento di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto e ivi*, 781 ss., di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; in *Contratti*, 1999, 999 ss., con nota di E. GUERINONI, *Obbligazione da «contatto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Giur. it.*, 2000, 740 ss., con nota di F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; in *NGCC*, 2000, con commento di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; Cass., 29 settembre 2004, n. 19564; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455 ss., con nota di A. PALMIERI, in *Giur. it.*, 2008, 1653 ss., con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato e ivi*, 2008, 2197 ss., con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, in *NGCC*, 2008, I, 612 ss., con nota di commento di R. De MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione, in Danno resp.*, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica e ivi* 2008, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico e ivi*, 2008, 1002 ss., con commento di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria, in La resp. civ.*, 2008, 397 ss., con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria e ivi*, 2008, 687ss., con nota di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza della prova" e il riparto dell'onere probatorio e ivi*, 2009, 221 ss., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica, in Resp. civ. prev.*, 2008, 856 ss., con commento di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 155 ss., con nota di A.L. BITTERRO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del «bebé prejudice» e di F. DI CIOMMO, «Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, in Corriere giur.*, 2010, 365 ss., con

³¹ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 8.

³² CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 70.

³³ CASTRONOVO, *op. cit.*, 71.

³⁴ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., nn. 9, 9.1, 9.2, 9.3, 9.4.

³⁵ Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414 ss.; Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *NGCC*, 2004, I, 491 ss.; Cass., 18 novembre 2005, n. 24456, in *Danno resp.*, 2006, 1081 ss.; Cass., 21 marzo 2007, n. 8067; Cass., 5 novembre 2009, n. 23464; Cass., 26 aprile 2010, n. 9906; Cass., 29 settembre 2011, n. 19881, in www.leggiditaliaprofessionale.it; Cass., 3 febbraio 2011, n. 2559, in *La resp. civ.*, 2012, 519 ss., con nota di C. ULESSI, *La responsabilità della scuola di sci: obblighi di protezione e onere della prova*; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno resp.*, 2012, 755 ss., con commento di A.P. BENEDETTI, *La caduta di un alunno durante una gita scolastica: chi risponde?* e in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1538 ss., con commento di A. COCCHI, *La responsabilità per i danni da cose in custodia e quella derivante da contatto sociale per le lesioni autocagionate dall'allievo*; Cass., 11 giugno 2012, n. 9437, in *Danno resp.*, 2012, 169 ss., con commento di B. TRIPODI, *Condotta autolesiva dell'allievo e responsabilità contrattuale della scuola di sci*; Cass., 29 maggio 2013, n. 13457, Cass. 4 febbraio 2014, n. 2413, in *Fam. dir.*, 2015, 111 ss., con nota di



r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, c.d. l. ass., nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine dell'operazione³⁷; alla responsabilità della p.a. per violazione degli obblighi procedurali imposti dall'instaurazione del procedimento amministrativo, e dunque non per il c.d. illecito provvedimento³⁸.

nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per danno al nascituro*, in *Danno resp.*, 2009, 2009, 1167 ss. con commento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale e ivi*, 2010, 144 ss., con commento di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2063 ss., con commento di M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1159 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell' art. 1 c.c.*; Cass., 21 luglio 2011, n. 15994, in www.leggiditaliaprofessionale.it; Cass., 22 settembre 2015, n. 18610. Sul punto, cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 509 ss.

³⁷ Cass., 30 marzo 2010, n. 7618, in *Danno resp.*, 2010, 897 ss., con commento di A.P. BENEDETTI, *Pagamento illegittimo di assegno bancario non trasferibile e concorso di colpa del danneggiato*; Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. it.*, 2008, 1150 ss., con nota di G. COTTINO, *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Corriere giur.*, 2007, 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *NGCC*, 2007, I, 1442 ss., con nota di commento di C. LEGGIERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prestatore*; Cass., 22 maggio 2015, n. 10534; e nella giurisprudenza di merito Trib. Mantova 13 gennaio 2015, in www.ilcaso.it su cui v. C. IURULLI, *Circolazione e cessione del credito. La funzione di collegamento contrattuale dell'assegno e la responsabilità della banca per pagamento al non legittimato*, in *Studium iuris*, 2015, 1437 ss. Sul punto SIA consentito il rinvio a F. PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino-S. Cherti, Torino, 2016, 35 ss., nonché cfr. A. VENTURELLI, *Errato pagamento di assegno non trasferibile e responsabilità della banca girataria all'incasso*, in *La resp. civ.*, 2007, 64 ss.

³⁸ Cass., 19 settembre 2013, n. 21454, in *Corriere giur.*, 2014, 165 ss., con nota di V. Carbone, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*; Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss.; ma ancor prima la giustizia amministrativa: v. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 1 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, in *Giur. it.*, 2003, 794; Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, I, 457 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1542 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482 e 483, in *Danno resp.*, 2012, 731 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138, in *Danno resp.*, 2012, 858 ss., con commento di R. Foffa, *Il danno da boccatura*; Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3897; *contra*, a favore della natura extracontrattuale della responsabilità della p.a. Cass., 11 giugno 2003, n. 366, in *Foro it.*, 2003, I, 3359 ss.; Cass., 14 luglio 2003, n. 11001, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass., 10 agosto 2002, n. 12144, in *Danno resp.*, 2003, 743 ss.; Cass., 19 luglio 2002, n. 10549, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Responsabilità civile», n. 350; nonché Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796, in *Danno resp.*,

Alle ipotesi enumerate dalla Suprema Corte vanno aggiunte³⁹: la responsabilità del notaio non legato da un vincolo contrattuale⁴⁰ e la più generica responsabilità per erronee o carenti informazioni rilasciate da un soggetto professionale⁴¹, nel cui ampio e variegato ambito si colloca il recente caso delle inesatte informazioni relative all'oramai disciolto rapporto di lavoro e attinenti a profili

2003, 314 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500, in *Foro it.*, 2005, III, 295 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478, in *Foro amm.*, 2005, 328 ss.; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, 8549.

³⁹ Sul punto cfr. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 234 ss.

⁴⁰ Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934, in *Riv. not.*, 2003, II, 766 ss. e in *Gius.*, 2003, 447 ss., ma v. la più recente Cass., 9 maggio 2016, n. 9320, in *Foro it.*, 2016, I, 2801 ss., la quale ha ritenuto che la relazione notarile preliminare redatta nel corso di un'istruttoria di un mutuo bancario determina, in ogni caso, l'assunzione di obblighi non soltanto nei confronti della controparte contrattuale, ossia del mutuatario che ha conferito al notaio l'incarico di effettuare le visure, ma anche nei confronti della banca mutuante in virtù della qualificazione alternativa di quest'ultima come terzo di un contratto con effetti protettivi a favore del terzo oppure come parte di un contatto sociale che lega la banca al notaio in forza dell'affidamento della prima nei confronti del secondo, esercente di una professione protetta. Il danno causato al mutuante per l'inesatta o incompleta informazione contenuta nella relazione notarile preliminare, che consiste nell'induzione dell'istituto di credito ad accettare in ipoteca, con riguardo al finanziamento, un bene non idoneo a garantire la restituzione del credito erogato, in quanto gravato da un vincolo archeologico, va dunque rimosso secondo le regole della responsabilità contrattuale.

⁴¹ In ambito bancario, v. la già ricordata Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., dove però il richiamo al "contatto sociale" opera solo a titolo esemplificativo; e analogamente Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187, in *Foro it.*, I, 3663 ss., in materia di assegno privo della clausola di non trasferibilità, con esclusione della responsabilità della banca girataria per l'incasso nel caso di difetto di continuità delle girate; Cass., 13 maggio 2009, n. 11130, in www.leggiditaliaprofessionale.it e soprattutto Cass., 27 aprile 2010, n. 10052; in ambito di intermediazione finanziaria Cass., 7 aprile 2006, n. 8229, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; in ambito di attività delle *Authorities*, Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2001, I, 1139; e in ambito di mediazione Cass., 22 ottobre 2010, n. 21737, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Mediazione», n. 24; Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corriere giur.*, 2010, 206, su cui v. A. ZACCARIA, *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. contr.*, 2011, 726 ss.; Id., *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *La resp. civ.*, 2010, 245 ss., in part. 256 ss. In senso contrario alla qualificazione contrattuale della responsabilità da informazioni inesatte rilasciate al mercato da un soggetto munito di uno status professionale, a meno che non vi sia un contatto diretto, v. di recente F. Venosta, *Prestazione non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 139 ss.

previdenziali rese dall'ex datore di lavoro su richiesta dell'ex lavoratore⁴².

La Suprema Corte riscontra nelle varie fattispecie nelle quali la giurisprudenza ha ravvisato i tratti della responsabilità da “contatto sociale qualificato” un sostrato comune: l'instaurazione della relazione tra due o più soggetti e il conseguente affidamento di ciascuno nella buona fede, nella correttezza e nella professionalità dell'altro o degli altri generano obblighi di protezione autonomi, destinati ad arricchire la fenomenologia del rapporto obbligatorio non più circoscritta agli obblighi di prestazione. In piena continuità col precedente del 2011 proprio in materia di responsabilità precontrattuale, la Cassazione riconosce che la responsabilità contrattuale non sorge soltanto nel caso di mancata o inesatta prestazione di fonte negoziale, ma anche nel caso di «controversie nelle quali l'attore allegghi l'esistenza di una regola di condotta legata ad una “relazione liberamente assunta” e l'altra parte ne lamenti la violazione da parte di quest'ultima»⁴³. Questa conclusione è ulteriormente suffragata dalla posizione assunta dalla Suprema corte in tema di contratto preliminare di preliminare⁴⁴, poiché, nel riconoscerne la validità, le Sezioni unite hanno ricondotto il risarcimento del danno per violazione delle punteggiamenti⁴⁵ nell'ambito della responsabilità contrattuale, giacché con la punteggiamento viene violato un obbligo specifico sorto in fase di formazione del contratto, riconducibile alle

obbligazioni che scaturiscono dalle *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c.⁴⁶.

Alla luce delle conclusioni alle quali è giunta la giurisprudenza di legittimità e della diffusione raggiunta dalla figura della responsabilità da “contatto sociale qualificato”, la sentenza in commento ritiene giunto il momento di sovvertire l'orientamento tradizionale della Cassazione sulla natura aquiliana della responsabilità precontrattuale. Fondata com'è sulla violazione degli obblighi di protezione che scaturiscono dalla buona fede in virtù dell'affidamento che sorge tra i contraenti, la c.d. *culpa in contrahendo* sfugge alla fattispecie della responsabilità extracontrattuale e al dovere generale di *neminem laedere*, iscrivendosi piuttosto nell'area della responsabilità da inadempimento. Quel che, infatti, caratterizza la *culpa in contrahendo* non è certo il mero contatto tra danneggiante e danneggiato, che in realtà può presentarsi in molte ipotesi dannose che senza alcun dubbio esibiscono i caratteri della responsabilità aquiliana, quanto piuttosto la presenza di un “contatto qualificato”, che è tale in quanto «connotato da uno “scopo” che, per il suo tramite, le parti intendano perseguire»⁴⁷. La consapevole instaurazione di una relazione così qualificata comporta che i soggetti coinvolti, al fine di conseguire un determinato obiettivo (la stipulazione

⁴² Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *NGCC*, 2012, I, 169 ss., con nota di commento di V. Montani, *Tra responsabilità civile e contrattuale: il contatto sociale*: una pronuncia che si segnala per il riconoscimento che la c.d. responsabilità da contatto sociale include tutte quelle «ipotesi in cui la responsabilità extracontrattuale appare insufficiente, in quanto generica responsabilità del “chiunque”».

⁴³ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 10.

⁴⁴ Al riguardo, cfr., di recente, G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Annuario del contratto 2015*, diretto da A. D'Angelo-V. Roppo, coordinamento di A.M. BENEDETTI, Torino, 2016, 83 ss.; R. DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo contrattuale*, in *NGCC*, 2015, II, 389 ss.; U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1230 ss., ma v. anche, tra i primi studi, G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 23 ss.; G. Gabrielli-V. Franceschelli, *Contratto preliminare I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, con postilla di aggiornamento di R. Sacco, Roma, 1997, 1 ss.; A. DI MAJO, *La “normalizzazione” del preliminare*, in *Corriere giur.*, 1997, p. 131 ss.

⁴⁵ Sulle punteggiamenti cfr. G. VILLA, *“Mera punteggiamento” o “punteggiamento vincolante”?*, in *Giust. civ.*, 2015, 297 ss.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, n. 6.2, in *Giur. it.*, 2015, I, p. 1069 ss. con note di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini* e di G. Palermo, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*; in *Contratti*, 2015, 545 ss., con commento di V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare. L'intervento delle Sezioni Unite*; in *Corriere giur.*, 2015, 609 ss., con nota di V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari* e di F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*; in *Dir. civ. cont.*, 2015 con note di A. PLAIA, *Da “inconcludente superfetazione” a quasi contratto: la parabola ascendente del “preliminare di preliminare”*, di A.M. BENEDETTI, *Autonomia dei procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*; di U. Stefini, *Secondo le Sezioni Unite il “preliminare di preliminare” è valido; anzi no*; in *NGCC*, 2015, I, 601 ss., con nota di commento di G. Buset, *Le sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*; in *Notariato*, 2015, 426 ss., con nota di R. BENIGNI, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*, la quale sostiene che le punteggiamenti «sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Sul punto cfr. anche M. CAPECCHI, *Riflessi operativi della sentenza delle Sezioni Unite sul preliminare di preliminare*, in *NGCC*, 2015, II, 397 ss.

⁴⁷ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 12.1.

di un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto svolgimento dell'azione amministrativa), affidino «i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona»⁴⁸. Un contatto sociale così pregnante, coniugato all'affidamento reciproco dei soggetti, assume rilevanza giuridica di fonte ulteriore delle obbligazioni, integrando un fatto idoneo a produrne ai sensi dell'art. 1173 c.c., e i vincoli che ne scaturiscono si atteggiavano come specifici e reciproci obblighi di buona fede incentrati sulla protezione e sull'informazione di controparte. Tali obblighi integrano un'«obbligazione senza prestazione»⁴⁹ e inevitabilmente traghettano la responsabilità precontrattuale, sorta dalla loro violazione, nell'ambito della responsabilità per inadempimento, che è, a differenza di quella aquiliana, una responsabilità con struttura relazionale, ancorata alla preesistenza dell'obbligo al danno⁵⁰. Nell'allargamento del perimetro della responsabilità contrattuale determinato dalla dottrina e dalla giurisprudenza con la rilettura della responsabilità precontrattuale e con l'elaborazione della responsabilità «da contatto sociale qualificato» la Suprema Corte ravvisa «un'evoluzione del modo di intendere la responsabilità civile» alla luce dell'obiettivo di «assicurare a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti, poiché involgenti i loro beni ed interessi - sempre più numerose e diffuse nell'evolversi della società, dei bisogni e delle esigenze dei cittadini -, una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Quest'ultima resta, pertanto, limitata al solo ambito nel quale si riscontrino lesioni *ab extrinseco* a beni o interessi altrui, al di fuori di qualsiasi rapporto preesistente che si ponga come fonte di obblighi di vario genere (di prestazione e/o di protezione), tali da radicare una responsabilità di tipo contrattuale»⁵¹.

Ne consegue la conferma delle conclusioni raggiunte dalla sentenza del 20 dicembre 2011 n.

⁴⁸ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 12.1.

⁴⁹ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 147 ss., ora ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 55 ss.; ID., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1233 ss.; ID., *La «civiltà» della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 637 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 128 ss.

⁵⁰ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 12.2.

⁵¹ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., n. 14.

27648, secondo cui chi agisce in giudizio a titolo di responsabilità precontrattuale deve allegare, e all'occorrenza dimostrare, il danno e l'avvenuta lesione della buona fede, con applicazione del regime ordinario di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c.⁵². In forza di un tale inquadramento, l'azione di risarcimento del danno promossa dalla società di servizi non risulta prescritta e la sentenza da quest'ultima impugnata è cassata con rinvio alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione⁵³.

2. Il capovolgimento dello sviluppo storico degli istituti alla base delle argomentazioni della Suprema Corte: una prospettiva fallace e un errore dogmatico.

Proprio come già è accaduto nel precedente del 2011, la sentenza in commento sceglie di argomentare la conclusione favorevole alla qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale impegnandosi nella dimostrazione della possibilità di configurare una variante della responsabilità contrattuale – intesa secondo l'insegnamento di Luigi Mengoni come *sineddoche* che indica la responsabilità da violazione di un obbligo quale che ne sia la fonte⁵⁴ – che scaturisce dall'insorgere di danni all'interno di una relazione sociale giuridicamente rilevante, denominata «contatto sociale qualificato»⁵⁵, di cui la

⁵² Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., nn. 15.2, 16.

⁵³ Tutti i primi commenti della sentenza esprimono un giudizio di condivisione per la qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale: DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2569 ss., in part. 2571-2572; SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1515 ss.; CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, cit., 1512, 1516, il quale ventila anche la possibilità di un inquadramento autonomo della responsabilità precontrattuale, il che riecheggia la posizione di V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1267, 1270; PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, cit., 40 ss.; CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, cit., 1069; IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, cit., 1458 ss.; ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?», cit.*; e, ancorché in un quadro a tratti confuso, TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, cit., 252 ss.

⁵⁴ MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., 300.

⁵⁵ Critico nei confronti della figura del contatto sociale qualificato A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 8 ss.; anche con specifico riferimento alla



responsabilità precontrattuale rappresenta una delle incarnazioni più significative, anche alla luce del suo fondamento nel diritto positivo (artt. 1337 e 1338 c.c.). È evidente, però, il capovolgimento dello sviluppo storico degli istituti che in questo modo si compie e che inficia, almeno parzialmente, le argomentazioni della Suprema Corte⁵⁶. La responsabilità precontrattuale riveste natura contrattuale in quanto rappresenta lo sviluppo dannoso di un rapporto giuridico che si instaura con le trattative e che è stato formalizzato dal legislatore nell'art. 1337 c.c. coll'assoggettamento dei contraenti all'imperativo di buona fede. Il rilievo fondamentale rivestito dall'art. 1337 c.c. è stato illustrato da Mengoni, che ne ha chiarito il significato innovativo insito nell'estensione del precetto di buona fede alla fase prenegoziale, spiegando 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 specificare a stregua di una valutazione di buona fede», giacché «il principio della buona fede (in senso oggettivo) si è storicamente sviluppato e si è conservato come una direttiva peculiare dei rapporti obbligatori, e del resto non è concepibile se non nell'ambito di questi rapporti», sicché la sua violazione si iscrive nel concetto oggettivo di inadempimento⁵⁷. In questo orizzonte concettuale non è necessario alcuno sforzo ulteriore teso a confermare l'esistenza di una forma di responsabilità da relazione sociale qualificata, di cui la responsabilità precontrattuale rappresenterebbe la più significativa manifestazione. E la ragione è duplice: per un verso, la natura relazionale della responsabilità precontrattuale è consacrata dal legislatore,

sentenza in commento ID., *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2569 ss.

⁵⁶ Così, con riferimento a Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 192 ss.; NIVARRA, *La responsabilità contrattuale e i suoi attuali confini*, cit., 1062-1063; Id., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 60 ss.; e ora anche IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, cit., 1460-1461; e ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?», cit. Più sfumata è la critica di CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1234: «La via scelta infatti dalla Corte per fare il grande passo è indiretta, poiché emerge come proiezione all'indietro di quella che invece è una giurisprudenza ormai consolidata: quella che nella vulgata giurisprudenziale si è attestata come responsabilità da contatto sociale, ma che ha invece una base più articolata, come pure è stato spiegato».*

⁵⁷ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 272.

istituendo la fase delle trattative e della conclusione del contratto come un rapporto giuridico incentrato sull'imperativo di buona fede, e null'altro va quindi aggiunto; e, per altro verso, se è possibile porsi la questione della configurazione di fattispecie di responsabilità ad impianto relazionale, non riconducibili, dunque, nell'alveo della responsabilità aquiliana in quanto strutturalmente coincidenti con lo schema della responsabilità da violazione di un obbligo di protezione, è proprio perché il legislatore ha legittimato un tale modello, adottandolo nella disciplina della fase delle trattative e della conclusione del contratto, e non già viceversa⁵⁸.

È verosimile ritenere che l'inversione concettuale compiuta dalla Suprema corte, e in quest'occasione confermata, nasca dall'esigenza di auto-rappresentarsi, prima, e di presentare, poi, la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale non come un *unicum*, ossia non già come un'isolata fattispecie di responsabilità da inadempimento di obblighi di protezione di fonte non negoziale; ma come l'incarnazione – magari la più significativa – di un modello di responsabilità dal perimetro più ampio, destinato a conferire forma giuridica a ipotesi di danno di difficile collocazione tra la responsabilità aquiliana e la configurazione tradizionale della responsabilità contrattuale. Il punto è di estremo fascino perché mostra il meccanismo persuasivo messo in campo dalla Cassazione per riuscire a trovare le ragioni sufficienti a compiere quel mutamento di posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale da tempo atteso e per di più necessario ad allineare la giurisprudenza in materia all'evoluzione del pensiero giuridico contemporaneo sulla struttura delle due specie della responsabilità civile e sull'inquadramento dei “casi difficili”, ossia di quelle fattispecie che si situano nelle zone di turbolenza⁵⁹ tra le due forme di responsabilità. Sul versante del metodo, emerge la natura non solo né tanto logica quanto piuttosto convenzionale dei concetti dogmatici: le categorie sono il frutto di pratiche discorsive che consacrano conclusioni e significati intorno ai quali si coagula una condivisione sufficientemente ampia tra gli operatori del diritto⁶⁰. La corretta prospettiva è,

⁵⁸ Per una perfetta sintesi del corretto sviluppo storico degli istituti cfr. U. BRECCIA, *Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori*, in www.juscivile.it, 2016, 190.

⁵⁹ L'espressione è di CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 147 e ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 443.

⁶⁰ Sul punto sia concesso rinviare alle considerazioni svolte in F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli-B. Montanari, Torino, 2015, 35 ss.



però, un'altra ed è stata evidenziata in maniera efficace e opportuna da chi ha sottolineato che «è solo una responsabilità precontrattuale restituita alla dimensione del rapporto, così come costruito tra le parti trattanti attorno alla regola di buona fede, che, come vedremo, può candidarsi davvero a costituire il modello normativo di riferimento per il proliferare di ipotesi di responsabilità da contatto sociale, che l'esperienza giurisprudenziale degli ultimi anni è venuta enucleando»⁶¹.

Ad ogni modo, è in questa strategia argomentativa delle S.U., incentrata sulla generalizzazione della responsabilità precontrattuale come epifenomeno della più comprensiva responsabilità da danneggiamento in seno a una relazione sociale qualificata che va collocato il riferimento alle *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c. Il contatto sociale giuridicamente rilevante in quanto orientato a uno scopo⁶² e l'affidamento⁶³ che ne scaturisce vengono elevati al rango di elementi costitutivi di un unitario fatto idoneo a generare vincoli obbligatori, per lo più di contenuto protettivo⁶⁴. In questo modo, la responsabilità precontrattuale non rischia di apparire un'ipotesi isolata, un'espansione eccentrica della responsabilità per inadempimento, ma si presenta come la più significativa manifestazione di una categoria generale dell'obbligazione: la responsabilità da violazione di obblighi imposti dalla buona fede nell'ambito di quelle relazioni sociali caratterizzate da un fine di cui le parti sono consapevoli e che esse intendono perseguire proprio grazie alla loro interazione⁶⁵. La riconduzione del

rapporto precontrattuale nella terza categoria della classificazione gaiana delle *Res Cottidianaee*, riprodotta nell'art. 1173 c.c., in quanto rapporto obbligatorio che ruota attorno all'impegno reciproco di comportarsi secondo la buona fede, è già presente in Mengoni, per il quale «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»⁶⁶. Nella costruzione di Mengoni il riferimento alle *variae causarum figurae* serve a superare l'errore di impostazione, riprodotto addirittura nel codice civile, che concepisce alcune ipotesi di responsabilità per mancata comunicazione dei vizi della cosa dalla quale sono poi derivati danni a carico del contraente che ne ha avuto la disponibilità materiale (artt. 798, 1578 cpv, 1812, 1821 c.c.) come effetti negoziali. Equivocando le fonti giustiniane che avevano ricondotto la responsabilità *in contraendo* nell'area della responsabilità contrattuale, conferendo al danneggiato un'*actio ex contractu* in sostituzione dell'*actio doli*, fondata però non sul contratto ma sulla buona fede grazie all'estensione del *iudicium bonae fidei* alle trattative e alla formazione del contratto, tanto il legislatore italiano quanto la dottrina della prima metà del secondo scorso sono incappate nell'errore di considerare ipotesi di responsabilità che si collocano nella fase precontrattuale, perché scaturite dalla mancata informazione sui vizi da cui la cosa è affetta, come forme di responsabilità fondate sul contratto. Sull'onda di Karl Heldrich⁶⁷, Mengoni ha dimostrato che la conclusione o meno del contratto non incide sulla costruzione della responsabilità precontrattuale, la quale poggia in ogni caso sulla buona fede che governa la relazione diretta alla stipulazione del contratto⁶⁸, e in questo percorso dogmatico⁶⁹ rientra anche la riconduzione di tale

beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona».

⁶¹ SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1517.

⁶² Sottolinea opportunamente la centralità dello scopo nella selezione dei "contatti sociali" qualificati e, dunque, idonei ad attrarre l'eventuale lesione dell'affidamento nell'area della responsabilità contrattuale per violazione della buona fede TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, cit., 254-255.

⁶³ Per una valutazione critica dell'affidamento come fonte dell'obbligazione cfr. M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 187 ss.; mentre per una valorizzazione cfr. Bevivino, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 225 ss., 301 ss.

⁶⁴ Ciò ricalca lo schema concettuale proposto da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 279 ss., e sviluppato da BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 19 ss, al fine di conferire fondamento all'obbligo di buona fede di portata generale di cui all'art. 1337 c.c.

⁶⁵ Questo è il passaggio cruciale di Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, n. 12.1, cit.: «In virtù di tale relazione qualificata, una persona - al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) - affida i propri

⁶⁶ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 279. Nello stesso senso Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 136.

⁶⁷ K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, 44.

⁶⁸ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 273 ss.

⁶⁹ Ancora di recente riconosce la possibilità che la responsabilità precontrattuale sussista pur in presenza della conclusione di un contratto valido Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Contratti*, 2016, con commento di S. ALBERTI, *La conclusione di un valido contratto non esclude la responsabilità precontrattuale*; in *Corriere giur.*, 2016, 1517

relazione e dell'affidamento che la caratterizza tra le altre fonti delle obbligazioni, così offrendo alla responsabilità che ne consegue un fondamento apparentemente più adeguato rispetto al generico riferimento alla legge⁷⁰, confutando l'idea che, in presenza di un contratto valido⁷¹, il risarcimento del

danno che deriva dalle scorrettezza precontrattuali rientri tra gli effetti negoziali. In tal modo, la collocazione della responsabilità precontrattuale nell'area genericamente indicata come contrattuale trova una conferma e una rifondazione sulla più solida base dell'imperativo di buona fede, sviluppando in tal modo l'intuizione jheringhiana⁷² ma superandone l'impostazione incentrata - com'è

| 118

ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso*; in *NGCC*, 2016, I, 1063 ss., con nota di commento di F. SCAGLIONE, *Responsabilità precontrattuale e flessibilità del sistema rimediabile*; ma v. anche Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440 ss., con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nonché già le note Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, 25 ss., con commento di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Foro it.*, 2006, I, 1107 ss., con nota di E. Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Contratti*, 2006, 446 ss., con commento di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *NGCC*, 2006, I, 897 ss., con nota di commento di E. PASSARO, *Intermediari finanziari e violazioni di obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Corriere giur.*, 2006, 669 ss., con nota di G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*; e Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con commento di V. ROPPO, *La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf* e di F. BONACCORSI, *Le Sezioni unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*; in *Foro it.*, 2008, I, 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni unite*; in *Contratti*, 2008, 221 ss., con commento di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; in *Corriere giur.*, 2008, 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Giur. civ.*, 2008, I, 1189 ss. con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi e ivi*, 2008, I, 2785 ss., con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 547 ss., con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole di comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Resp. civ.*, 2008, 525 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Violazione di obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*; in *Società*, 2008, 449 ss., con commento di V. SCOGNAMIGLIO, *Le regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: il punto delle S.U.*

⁷⁰ A favore dell'obbligo legale F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, t. I, Milano, 1968, 301.

⁷¹ Da ciò, nel caso di danno da scorrettezza che ha impedito la conclusione del contratto o che, comunque, non è seguita dal perfezionamento del vincolo contrattuale e nell'ipotesi di danno da scorrettezza che ha determinato la conclusione di un contratto invalido, si era diffusa, specie nella letteratura della prima metà del '900, la convinzione che la *culpa in contrahendo* sia espressione dell'illecito extracontrattuale: cfr.

D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, rist. anast. Napoli, 1978, 184-185 e nt. 2, 290 ss., il quale ritiene, infatti, che gli obblighi che preesistono alla *culpa in contrahendo*, e che dunque la fondano, si estinguono per adempimento nel momento della conclusione di un contratto valido. Nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale anche D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*⁶, I, Torino, 1962, 370 ss.; A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, 100; G. OSTI, *Contratto*, in *Novissimo dig. it.*, IV, Torino, 1959, 514 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, 676, 918 ss.; Id., in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, t. II, Torino, 2004, 260 ss.; V. CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale (Critica della dottrina e della giurisprudenza)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 470 ss., in part. 484 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, 264 ss.; S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1981, 202 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*³, in *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 1980, 112 ss.; F. CARRESI, *Il contatto*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, t. 2, Milano, 1987, 734 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*², Milano, 2000, 157 ss.; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice Civile. Comm. diretto da P. Schlesinger*, Artt. 1337-1342, Milano, 1993, 45 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2011, 177 ss.; GALLO, *Contratto e buona fede*, cit., 220; E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari- P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 238-240; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 75 ss., in part. 99-100.

⁷² R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jb.*, 1861, 1 ss. (ristampa a cura di E. Schimdt, Nachwort a R. Von Jhering e H. Staub, nuova ed., Bad Homburg-Berlin-Zurich, 1969, 7 ss.) trad. it. di F. Procchi, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005. Sul fondamentale contributo di Jhering cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 4 ss.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 39 ss.; ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, cit., 165 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 325 ss.; D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 979 ss.; F. PROCCHI, *"Licet emptio non teneat". Alle origini delle moderne teorie sulla c.d. "culpa in contrahendo"*, Padova, 2012, *passim*.

⁷³ H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958, 7 ha giustamente riconosciuto che la teoria di Jhering costituisce una vera e propria «scoperta giuridica». Peraltro, D. annovera tra le scoperte giuridiche anche la teoria H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, *passim*, trad. it. di G.



noto - sulla scissione dell'efficacia del contratto in *Hauptwirkung*, effetto fondamentale coincidente con l'obbligo di adempimento, e *Nebenwirkungen*, effetti secondari o collaterali, nonché sulla convinzione che l'invalidità del contratto infici soltanto il primo, preservando invece i secondi, tra i quali si collocano l'obbligo di ripetizione delle prestazioni già eseguite e l'obbligo di risarcire i danni cagionati dal contraente responsabile dell'invalidità⁷⁴. Resta l'epocale intuizione di una *culpa* in fase precontrattuale la quale «consiste nel fatto che il venditore contrae senza poter garantire le condizioni della validità del contratto imputabili alla sua persona, ed induce la controparte in errore per la falsa apparenza di un contratto. Il contraente esce in questo preciso momento dalla sfera meramente negativa dei rapporti extra-contrattuali, per entrare nell'ambito positivo dei contratti; passa dal dominio della semplice *culpa in faciendo* in quello della *culpa in non faciendo*, della *diligentia* positiva; la prima e più generale delle obbligazioni che egli assume è questa: impiegare la *diligentia* necessaria nel contrarre. Non solo i rapporti contrattuali esistenti, ma già i rapporti nascenti devono trovarsi sotto la protezione delle regole della *culpa*, in modo che i rapporti contrattuali non siano gravemente compromessi e che ogni

contraente non sia abbandonato al pericolo di diventare vittima della negligenza altrui»⁷⁵.

3. Le trattative come rapporto giuridico legale incentrato sul precetto di buona fede.

Il riferimento alle *variae causarum figurae* dell'art. 1173 c.c. si è storicamente atteggiato come un argomento dogmatico finalizzato a sganciare la responsabilità precontrattuale dal contratto invalidamente concluso e dalla colpa del contraente che conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità⁷⁶, fondandola sull'autonomo presupposto individuato nella legge⁷⁷. In tal senso si sono indirizzate la dottrina e la giurisprudenza tedesche, le quali, muovendo dall'intuizione jheringhiana, hanno affrancato la *culpa in contrahendo* dai suoi originari e insufficienti presupposti, ampliandoli ed eliminandone gli elementi di debolezza, e ne hanno rintracciato il fondamento di diritto positivo nel § 242 BGB sull'imperativo di *Treu und Glauben*. In tal modo è stato possibile riconoscere alla relazione precontrattuale la struttura di rapporto obbligatorio *ex lege* senza obbligo primario di prestazione, *gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*⁷⁸, fondato sulla *Gewährung in*

Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001. In maniera assai significativa E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlin-Leipzig, 1936, 118 considera la teoria jheringhiana un'importante integrazione del diritto dei contratti piuttosto che della responsabilità civile. Nella dottrina italiana, CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 326 osserva che «La novità costituita dalla figura non sta dunque nel fondamento della responsabilità, che per l'autore tedesco è e rimane la colpa, bensì nell'ipotesi dannosa, per l'innanzi estranea al novero della responsabilità o forse non ancora messa bene in evidenza». Anche per C. l'ipotesi dogmatica formulata da Jhering a partire dalle fonti romane, specie D. 18, 1, 62, 1 (Modestino) e D. 11, 7, 8, 1 (Ulpiano), costituisce una scoperta.

⁷⁴ JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, cit., 27 ss.: «Il fine di ogni contratto è l'adempimento; l'effetto che con esso si ha di mira consiste, dunque, nella produzione di un obbligo di adempimento. Se ora, in ragione della mancanza di qualche condizione necessaria, questo effetto è da considerarsi escluso, se in questo modo lo scopo vero e proprio del contratto vien meno, lo chiamiamo nullo e determiniamo pertanto le nozioni di validità e di nullità in base al fine pratico principale del contratto. Ma ciò non impedisce affatto che il contratto possa comunque produrre obbligazioni di altro tipo, e tanto meno quelle che non mirano in alcun modo all'adempimento, ma ad esempio alla restituzione della cosa consegnata, alle arre, al risarcimento dei danni» (trad. it. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, cit., 59). Lo stesso R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Eine Festschrift, Leipzig, 1879, 38 nt. 73 ha riconosciuto l'insufficienza della sua costruzione, specie sul versante del ruolo e della portata della colpa.

⁷⁵ JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, cit., 83-85

⁷⁶ Per di più, il collegamento della *culpa in contrahendo* al contratto invalido, oltre che fragile di per sé, espone la tesi jheringhiana all'ulteriore obiezione dell'inadeguatezza di una tale fondazione nel caso di interruzione delle trattative: cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 6-7; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 65. Un'inadeguatezza eguale e contraria si riscontra in F. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, I, München-Leipzig, 1929, 544 ss., il quale fonda la *culpa in contrahendo* sul contratto perfezionato, il che restringe l'area della responsabilità precontrattuale alle sole ipotesi di scorrettezze che precedono la conclusione di un contratto valido.

⁷⁷ Cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 136: «in relazione all'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., si sono già esposti gli argomenti per cui si deve ritenere che esso si configura come obbligazione, la quale trova la sua fonte non nella volontà delle parti in trattative, secondo l'insegnamento della meno recente dottrina tedesca, ma nella legge, e pertanto nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta fedelmente nell'art. 1173 c.c.».

⁷⁸ K. LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo"*, in *Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1975, 397 ss.; Id., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil¹⁴, München, 1987, § 9, 101 ss., sviluppando l'intuizione di H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 26 ss. Sul punto cfr. E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, Berlin, 1980, 34 ss., 44 ss. Riepiloga con veloci ma efficacissime pennellate l'evoluzione in Germania dell'istituto della *culpa in*

Anspruch genommenen Vertrauens, ossia dall'affidamento suscitato e concesso, generato dalle trattative⁷⁹. La *Vertrauensverhältnis* che in tal modo si instaura attiva la buona fede di cui al § 242 BGB, da cui scaturiscono le *Schutzpflichten*, ossia gli obblighi di protezione, e le *Loyalitätspflichten*, ossia gli obblighi di lealtà, caratterizzate entrambe dalla determinazione progressiva del loro contenuto in funzione delle circostanze concrete⁸⁰. La violazione di tali obblighi dà luogo a *vertragsähnliche Haftung*, ossia a una responsabilità assimilabile a quella contrattuale⁸¹. Lungo questo itinerario⁸² si è incamminato il legislatore della *Schuldrechtsmodernisierung*, il quale, con il presumibile intento di conferire visibilità a un istituto frutto della migliore dogmatica patria e sottoposto a una lunga e articolata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ha scelto di positivizzare la “*culpa in contrahendo*” nel § 311, abs. 2, BGB, dove è previsto espressamente che gli obblighi di protezione di cui al § 241, abs. 2, BGB possano sorgere, oltre che da un comportamento, genericamente inteso, idoneo a propiziare la creazione di un rapporto di natura negoziale (*Anbahnung*) e dai contatti negoziali similari (*ähnliche geschäftliche Kontakte*), soprattutto dall'avvio delle trattative precontrattuali (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*)⁸³.

Uno scenario analogo a tale ultimo approdo del diritto tedesco si rinviene nel diritto italiano, ma sin dal 1942. E infatti il codice civile, influenzato dall'elaborazione tedesca ma anche dalle riflessioni francesi⁸⁴, ha positivizzato la responsabilità precontrattuale collegandola alla violazione di un

rapporto giuridico che si instaura con l'inizio delle trattative e il cui contenuto è desunto dall'imperativo di buona fede *in contrahendo*. Un imperativo che, alla luce del contesto in cui si colloca, non impone condotte strumentali al conseguimento di un risultato utile, destinato a incrementare la sfera giuridica di controparte, giacché quest'ultimo presupporrebbe la conclusione di un contratto valido ed efficace. La buona fede *ex art. 1337 c.c.* si limita a prescrivere condotte tese alla salvaguardia del patrimonio e della persona dell'altro soggetto della relazione prenegoziale, che si traducono in obblighi di informazione, di segretezza, di custodia⁸⁵ e nell'imposizione alla libertà negoziale del limite di non suscitare per poi deludere l'affidamento di controparte nella conclusione del contratto mediante comportamenti contraddittori⁸⁶. Ne discende la preesistenza rispetto al danno dell'obbligo di agire *ex fide bona*, il quale, ancorché precetto di contenuto indeterminato e formulato in termini valutativi, presenta pur sempre i caratteri della relatività, gravando reciprocamente su soggetti determinati di una relazione giuridicamente rilevante che trova proprio in tale obbligo il proprio oggetto. La responsabilità che ne consegue non può, dunque, che essere un'ipotesi di responsabilità per inadempimento, assoggettata, coi necessari adattamenti, alla disciplina degli artt. 1218 ss. c.c. Non è corretto dal punto di vista dogmatico né opportuno dal punto di vista delle strategie argomentative far dipendere questa conclusione, imposta dalla disciplina legale della relazione prenegoziale, dall'accoglimento dell'idea dell'atipicità delle altre fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c. e dall'inclusione nel novero anche della relazione di fatto che genera un

contrahendo C.W. CANARIS, *Il “contatto sociale” nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1 ss.

⁷⁹ K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *AcP*, 1951, 501 ss., in part. 507 e nt. 17.

⁸⁰ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 105 ss, il quale include tra le *Loyalitätspflichten* gli obblighi di informazione, di comunicazione, di segretezza.

⁸¹ SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, cit., 17 ss., 26 ss.

⁸² A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 77 ss.

⁸³ H. HEINRICHS, *Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform. Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB*, in *Festschrift für Claus Wilhelm Canaris zum 70 Geburtstag*, I, München, 2007, 421 ss.; D. MEDICUS, sub § 311, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, a cura di H. Prutting-G. Wegen-G. Weinreich, Köln, 2009; J. LÜSING, *Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung. Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag*, Baden-Baden, 2010, *passim*.

⁸⁴ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *RTD civ.*, 1907, 697 ss.

⁸⁵ BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 35 ss.; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 301 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 161 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 341 ss.; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1009 ss.

⁸⁶ In Italia, la fattispecie dell'interruzione arbitraria delle trattative è stata individuata da G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*², Roma, 1918, *passim*; ma già ID., *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per il suo venticinquesimo anno di insegnamento*, III, Napoli, 1906, 269 ss.; ID., *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1909, 128 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale con speciale riguardo ai suoi elementi costitutivi*, in *Giur. it.*, 1917, IV, 1 ss. Sul punto cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 51 ss.; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 235 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 329 ss.; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 53 ss.; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1091 ss.; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 118 ss.



affidamento legittimo in uno dei soggetti coinvolti sulla base di varie ragioni, tra le quali spicca la qualificazione professionale della controparte⁸⁷. Che l'idea dell'atipicità delle *variae causarum figurae* sia ampiamente condivisibile - e per di più in linea con l'evoluzione del diritto italiano rispetto al precedente costituito dall'art. 1097 c.c. 1865⁸⁸ col suo riferimento alla "legge"⁸⁹, inteso come rinvio a una norma specifica (da ciò l'idea della tipicità)⁹⁰ 91

⁸⁷ In tal senso v. ora anche DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2570 il quale osserva che il ricorso al contatto sociale qualificato per sostenere la natura di rapporto giuridico obbligatorio della relazione precontrattuale, e dunque la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, si rivela del tutto superfluo: né più né meno che la quinta ruota del carro. È la legge ad aver conferito alla relazione precontrattuale la forma giuridica di rapporto obbligatorio incentrato sull'imperativo di buona fede e «dunque il ricorso ad "un contatto" intervenuto tra i soggetti può costituire il fondamento remoto e/o la ragione politica della tutela ma non certo il suo diretto fondamento».

⁸⁸ A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 520 ss.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 493 ss. E cfr. l'amplissima trattazione di Giorgio Giorgi che dedica al contratto i voll. III e IV della sua *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano* e ai quasi contratti, ai fatti illeciti e alla legge il vol V e il vol VI, libro II: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, voll. III Firenze, 1907; IV, Firenze, 1908; V, Firenze, 1909; VI, Firenze, 1910.

⁸⁹ Il riferimento alla legge non deve essere inteso né esclusivamente né prevalentemente come espressione di un approccio statalista di natura autoritaria, ma, tutt'al contrario, come presidio contro l'arbitrio dell'autorità, la quale, grazie al baluardo dell'art. 1097 c.c. 1865, non poteva imporre ai soggetti obbligazioni tranne che mediante specifiche e testuali disposizioni generali e astratte. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 151 parla di una funzione "garantista" del riferimento alla legge contenuto nell'art. 1097 c.c. 1965; mentre DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 170 osserva che il richiamo alla legge assolveva a una funzione di chiusura del sistema delle fonti e che esso «non contrastava con l'autonomia dei privati ma a questa forniva la garanzia che non vi sarebbe stata imposizione di obblighi se non in virtù di una norma generale ed astratta».

⁹⁰ Sul punto cfr. M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novissimo dig. it.*, XI, Torino, 1965, 605-606; RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, cit., 149 ss., 151-152; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 162 ss., in part. 171 ss.; Id., *Obbligazione I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 13-14; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1991, 108 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 5-9; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, Torino, 1999, 25 ss.; Id., *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 29 ss., in part. 55-56; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, 139 ss.; A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase (Le), 2014, 35 ss.; F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, 41 ss.

- e che l'inclusione tra le fonti non negoziali delle obbligazioni⁹² della relazione che genera un affidamento legittimo, destinata a dare luogo alla figura dell'«obbligazione senza prestazione», rappresenti un'ipotesi dogmatica fondata e credibile è senza alcun dubbio vero⁹³, ma tutto ciò si pone sul ben diverso piano dell'evoluzione del sistema⁹⁴. Il problema della qualificazione della responsabilità precontrattuale in sé considerato non attiene, però, alle linee evolutive del sistema privatistico né alla conquista di nuovi ambiti per una protezione giuridica più intensa⁹⁵, presentandosi piuttosto come una pura operazione di inquadramento dogmatico della normativa vigente, produttiva, tuttavia, di ricadute applicative assai significative sul terreno della distribuzione dei temi di prova, della causa di esonero della responsabilità, dell'ampiezza del

⁹¹ Per una delle non infrequenti eterogenesi dei fini che si registrano nel diritto, il riferimento all'ordinamento giuridico contenuto nell'art. 1173 c.c. aveva, nell'intenzione del codificatore del 1942, l'obiettivo di ribadire il primato dell'orientamento politico-legislativo statale (e della tradizione scientifica nazionale [...] con esso concordante) anche nel campo della produzione di obbligazioni a carico dei privati (Relazione al codice civile, n. 22, con riguardo al richiamo all'ordinamento giuridico contenuto nell'art. 12 delle preleggi), ma con la caduta del sistema fascista e l'introduzione della Costituzione il medesimo richiamo ha assunto il valore di dispositivo di apertura del quadro delle fonti delle obbligazioni, decretando, in tal modo, il superamento della concezione rigida incentrata sull'idea della tipicità. Un tale approdo comporta la possibilità che «obblighi possano sorgere da situazioni o accadimenti economico-sociali, che siano dotati di efficacia vincolante, alla luce appunto dei principi o di criteri desumibili dall'ordinamento, apprezzato nella sua interezza e complessità». L'idoneità di tali situazioni e accadimenti a determinare l'insorgere di obblighi alla luce delle indicazioni di sistema va valutata dal giudice, ma l'ancoraggio alla conformità all'ordinamento giuridico ha il significato di escludere «un "potere" discrezionale del giudice di imporre obbligazioni ai soggetti ad es. in relazione alle circostanze del caso concreto»: di Majò, *Obbligazione I) Teoria generale*, cit., 13-14. Chiarisce che la conformità all'ordinamento si traduce nell'accertamento dell'idoneità strutturale e della compatibilità sistematica del fatto "atipico" Albanese, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., 42, il quale sottolinea, peraltro, che l'inclusione tra le altre fonti dell'affidamento comporta il richiamo della buona fede, la quale rinvia a criteri extrasistemati.

⁹² Sulle fonti quasi-contrattuali cfr. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, I, 249 ss.

⁹³ Mi sono già espresso in senso favorevole: cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 675 ss.; ma anche Id., *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 230 ss.

⁹⁴ Cede all'equivoco di inquadrare la questione della natura della responsabilità precontrattuale nel controverso capitolo dell'inclusione del contatto sociale tra le altre fonti delle obbligazioni anche Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni*; cit., 151, ma v. poi 156, dove la posizione torna a essere più rigorosa.

⁹⁵ In senso contrario sembra orientarsi BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 254-256.

danno risarcibile, della durata del termine prescrizione. E, d'altro canto, nella letteratura italiana è fortemente radicata l'idea che l'obbligo di agire secondo buona fede nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, dalla cui trasgressione scaturisce la responsabilità precontrattuale, integri di per sé una delle più significative ipotesi di fonte altra delle obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*⁹⁶, sostanzialmente riconducibile alla controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*⁹⁷. D'altronde, l'intera area degli obblighi *ex fide bona* può essere ricondotta alla legge⁹⁸, nel quadro della funzione integrativa di natura cogente esplicita dalla buona fede⁹⁹, sebbene la natura indeterminata dei suoi precetti e la loro formulazione in termini valutativi comportino che la concreta determinazione dell'obbligo vada affidata all'opera di specificazione dell'interprete¹⁰⁰, sicché gli obblighi di buona fede trovano nella legge la loro fonte e nel giudizio di valore dell'interprete, specie del giudice, la loro concretizzazione. Le

⁹⁶ Oltre al già ricordato studio di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 267 ss., cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 117; BENATTI, *Delle responsabilità precontrattuali*, cit., 136; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 201 ss., in part. 204-205; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit.; 146; GAMBINO, *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., 55 ss.

⁹⁷ Il sintagma "obbligazioni *ex lege*" abbraccia tutte quelle fattispecie espressamente previste in cui l'obbligazione discende in via immediata dalla legge, nel senso che quest'ultima riveste un ruolo propulsivo e determinante nell'insorgere del vincolo, sul quale, invece, non incide direttamente, neppure sotto forma di concorso, la volontà o la libera determinazione dell'obligato: cfr. F. Galgano, *Le obbligazioni in generale*², Padova, 2011, 36. Cannata, *Sulle fonti delle obbligazioni*, cit., 60 sottolinea che l'espressione "obbligazioni *ex lege*" dovrebbe essere riservata ai vincoli la cui fonte è espressamente prevista dalla legge, «per cui quello di considerare obbligazione *ex lege* un'obbligazione la cui fonte si giustifica con la sua "conformità all'ordinamento" in assenza di una previsione espressa ha tutta l'aria di rappresentare un sofisma (o un paralogismo)». Con particolare riguardo alla responsabilità precontrattuale, e per di più proprio nell'ambito di un commento alla sentenza da cui ha preso le mosse anche questo studio, enfatizza, forse oltre misura e sicuramente in un quadro complessivo alquanto confuso, il ruolo delle obbligazioni *ex lege* CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, cit., 1061 ss. Nel senso della natura *ex lege* degli obblighi precontrattuali v. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., 6.

⁹⁸ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 238. V. altresì Cass., 14 novembre 1985, n. 5577, in *Giust. mass. civ.*, 1985, 1683.

⁹⁹ Sia consentito il rinvio a F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in *Correzione e integrazione del contratto*, diretta da F. Volpe, Bologna-Roma, 2016, 175 ss.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*. Semantica e politica del diritto, Milano, 2010, 63 ss.

perplexità sulle conseguenze di carattere impositivo¹⁰¹ suscitate dallo scenario in cui, già nella fase antecedente alla conclusione del contratto, i soggetti della relazione prenegoziale sono investiti da obblighi di condotta *ex fide bona* sono ingiustificate¹⁰². La buona fede

¹⁰¹ GAMBINO, *Le obbligazioni*. 1. *Il rapporto obbligatorio*, cit., 57.

¹⁰² L'argomento fondato sulla responsabilità patrimoniale e incentrato sulla sua anticipazione alla fase delle trattative, laddove si configuri un obbligo legale di condotta che precede e fonda l'eventuale responsabilità precontrattuale (GAMBINO, *op. cit.*, 57 nt. 129), è assai infelice. In primo luogo, sia per la fisiologia delle trattative e della conclusione del contratto sia per il contenuto squisitamente protettivo degli obblighi precontrattuali di buona fede è difficile configurare una fase attuativa di questi ultimi protratta nel tempo nel corso della quale sia astrattamente possibile esperire i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Gli obblighi precontrattuali si pongono a stretto ridosso dei pregiudizi meramente patrimoniali che si possono occasionare durante lo svolgimento delle trattative e il compimento di uno dei procedimenti di conclusione del contratto. E, infatti, la funzione di tali obblighi consiste proprio nello scongiurare l'insorgere di danni. La violazione degli obblighi precontrattuali coincide, dunque, per lo più con il prodursi di un danno nella sfera giuridica di controparte. E, pertanto, sul piano della responsabilità patrimoniale del soggetto che reca un danno in sede prenegoziale la situazione è pressoché identica sia che si qualifichi la responsabilità precontrattuale come contrattuale sia che si propenda per la qualificazione aquiliana. Nella prima prospettiva l'antiorità dell'obbligo di buona fede non incide sulla sua stretta correlazione alla responsabilità, la quale anzi ne traccia l'orizzonte di senso, e dunque sulla centralità del danno, sicché è improbabile prefigurare questioni di preservazione dell'integrità patrimoniale del soggetto che sta agendo in maniera scorretta prima che sorga l'obbligazione di risarcimento quale effetto di responsabilità precontrattuale. Lo scenario non muta nella prospettiva della qualificazione aquiliana della *culpa in contrahendo*: qui il danno diviene addirittura fondamentale giacché solo a seguito del suo insorgere viene ad esistenza un obbligo tra i soggetti della relazione prenegoziale, il quale ha ad oggetto il risarcimento, anche in questo caso come effetto di responsabilità precontrattuale. Sorto l'obbligo risarcitorio, è chiamata in causa la responsabilità patrimoniale del danneggiante, esattamente come accade nell'ipotesi della qualificazione contrattuale della *culpa in contrahendo*. In secondo luogo, nonostante le segnalate caratteristiche degli obblighi di buona fede precontrattuale, non si può affatto escludere che in trattative lunghe e complesse, connotate da significativi investimenti, si possa fare ricorso ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale nei confronti della parte che ha agito o sta agendo in maniera scorretta, senza che un tale scenario giustifichi i timori di un'eccessiva contrazione della libertà individuale o addirittura di equiparazione della situazione precedente alla conclusione del contratto a quella che si produce a seguito del perfezionamento del vincolo. È esagerata l'affermazione che la qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale, col suo presupporre l'antiorità di obblighi tra i soggetti della relazione, impedisca «di distinguere tra *efficacia* delle trattative e della formazione del contratto ed *efficacia* del contratto. Stando sullo stesso piano - benché generate da fonti distinte - e determinando le stesse conseguenze (incluso in ipotesi, a titolo di risarcimento, il lucro che avrebbe procurato il contratto), diventa indifferente isolare la *vicenda costitutiva* degli obblighi

precontrattuale, infatti, non comprime l'autonomia privata, ma anzi ne asseconda l'esplicazione e ne legittima gli esiti: la vincolatività del contratto trae alimento dalla consapevole e libera determinazione delle parti di assoggettarsi al regolamento dalle stesse predisposto e ciò presuppone che la fase della sua gestazione e di raggiungimento del consenso, inteso come perfezionamento del vincolo, si sia svolta senza approfittamenti, senza reticenze, senza opportunismi: in breve, senza scorrettezze. Il presidio della corretta esplicazione dell'autonomia privata sin dal primo accostamento tra i soggetti interessati alla conclusione del contratto è affidato dalla legge all'imposizione a costoro del precetto di agire *ex fide bona*, ossia a una regola di condotta di contenuto indeterminato ma ancorata al criterio direttivo della buona fede, la quale enuncia un valore in sé¹⁰³.

Tale precetto si concretizza, specie *ope iudicis*, in vario modo¹⁰⁴. Esso può fornire parametri di condotta alla cui stregua sottoporre a una valutazione *a posteriori* il contegno tenuto dai contraenti in sede di trattative e di raggiungimento dell'accordo, come nella figura tradizionale dell'interruzione arbitraria delle trattative. E grazie a un tale ordine di giudizio l'esplicazione della libertà in sede di trattative, pur non contestabile sotto il profilo del mancato raggiungimento dell'accordo, può essere sindacata sul versante dei

danni che essa ha provocato a controparte, e dunque nella prospettiva della responsabilità. Il precetto di buona fede si concretizza, inoltre, in direttive di azione ancora più specifiche che assumono la forma giuridica di obblighi, i quali possono avere ad oggetto: la custodia dei beni di controparte messi a disposizione dell'altro contraente nel corso della trattativa e in vista della conclusione del contratto; la preservazione dell'integrità fisica dell'altro contraente; la conservazione del riserbo sulle informazioni svelate da controparte o comunque acquisite nel corso della contrattazione; l'avviso in ordine all'esistenza di cause di invalidità del contratto in procinto di perfezionamento (art. 1338 c.c.); la comunicazione delle informazioni necessarie a controparte per assumere una scelta negoziale pienamente consapevole e libera¹⁰⁵. Il dibattito si è concentrato soprattutto su quest'ultima tipologia di obblighi precontrattuali, anche per la loro attitudine - ora esaltata¹⁰⁶ ora contestata¹⁰⁷ - a espandere l'area della responsabilità precontrattuale e a caricarla di finalità sempre più ambiziose e discusse, come quella, predicata dalla teoria dei vizi incompleti del contratto¹⁰⁸, del riequilibrio

precontrattuali dalla *vicenda costitutiva* degli obblighi contrattuali». La comune natura di obblighi non autorizza ad accomunare l'obbligazione munita di prestazione e preordinata a un risultato incrementativo della sfera giuridica del creditore all'obbligo di protezione volto a prevenire pregiudizi alla sfera giuridica dell'avente diritto, in cui si esaurisce, invece, l'obbligo prenegoziale. Di conseguenza, non si può predicare la loro collocazione sullo stesso piano né l'identità delle conseguenze. Si tratta, infatti, di obblighi strutturalmente e funzionalmente diversi e lo si percepisce chiaramente anche sul terreno del risarcimento, parametrato all'interesse positivo nel caso dell'obbligazione e all'interesse negativo nel caso dell'obbligo di protezione. A voler seguire l'opinione in esame sul terreno dell'*argumentum ad absurdum*, si dovrebbe coerentemente pervenire all'equiparazione della responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, poiché in entrambe le figure l'effetto è il medesimo, il risarcimento del danno, e il medesimo è l'apparato di mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale attivabili nei confronti del danneggiante-debitore. Con tutta evidenza, non è questa una strada conducente.

¹⁰³ Un tentativo di dimostrazione di una tale conclusione è stato compiuto in PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 133 ss.

¹⁰⁴ Per un'interessante lettura dell'art. 1337 c.c., che ne svela le potenzialità applicative rispetto a un'applicazione giurisprudenziale in passato piuttosto restrittiva, perché incentrata sul capovolgimento del rapporto tra la clausola generale e la fattispecie più circoscritta dell'art. 1338 c.c., che portava a leggere la prima alla luce della seconda, cfr. E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale tra trazione e innovazione*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, 497 ss.

¹⁰⁵ Sul punto cfr., di recente, G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 731 ss.

¹⁰⁶ Cfr. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 34 ss.; ID., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2005, 1 ss.; ID., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 595 ss. D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 9 ss.; S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Milano, 2012, 1280 ss.; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, *passim*. Per una recente trattazione cfr. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., 139 ss. e in chiave consumeristica L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, I, *La tutela del consumatore*, Milano, 2008, 11 ss.

¹⁰⁷ La voce più autorevole contraria alla configurazione di obblighi precontrattuali di informazione *ex fide bona* ulteriori rispetto a quello previsto dall'art. 1338 è quella di G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, *passim*, in part. 101 ss.; ID., *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. civ.*, 2014, 197 ss.; ma v. anche A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 98 e in questo senso si indirizza anche ALBERTI, *La conclusione di un valido contratto non esclude la responsabilità precontrattuale*, cit., 995.

¹⁰⁸ M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, *passim*, in part. 25-26; ID., sub art. 1337 - *Trattative e responsabilità precontrattuale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei Contratti in generale*, Vol. I, Artt. 1321-1339 c.c., a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Torino, 2011, 474 ss.; ma v. anche R. SACCO, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, t. I, Torino, 2004, 620 ss.; contra D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit.,



economico del regolamento valido ma preceduto dalla scorrettezza rappresentata dall'omissione di informazioni determinanti o addirittura dalla comunicazione di informazioni false o incomplete¹⁰⁹. In quest'ultima applicazione¹¹⁰, la

passim, in part. 101 ss.; ID., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 335 ss., in part. 351 ss.; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 467 ss., in part. 487-509; ID., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 484, 497-499.

¹⁰⁹ Sul punto cfr. ora F. TINTI, *La convenienza economica nel contratto*, Torino, 2016, 63 ss., in part. 79 ss.; T. FEBBRAJO, *Good Faith and Pre-Contractual Liability in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code*, in *The Italian Law Journal*, 2016, 291 ss., in part. 299 ss., e ALBERTI, *La conclusione di un valido contratto non esclude la responsabilità precontrattuale*, cit., 991 ss.

¹¹⁰ In giurisprudenza si è consolidato un orientamento incline ad ammettere la responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido e a individuare il danno risarcibile nel minor vantaggio/maggior aggravio che la scorrettezza ha determinato nel regolamento contrattuale: cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440 ss., con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.; Cass., ord. 21 ottobre 2013, n. 23873, in *Contratti*, 2014, con commento di A. PUTIGNANO, *Obbligo di buona fede durante le trattative e contratto svantaggioso*; Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1097 ss., con note di A. DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquiliano* e di F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*; in *Contratti*, 2014, 113 ss., con commento di S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*; in *Foro it.*, 2013, 1,3121, con nota di G. COSTANTINO, A. PALMIERI e R. PARDOLESI e *ivi*, 2015, I, 2910 ss., con nota di B. SASSANI, *In difesa del senso comune. Noterelle intorno al dolo del giudice e al suo libero apprezzamento in sede risarcitoria*; in *Corr. giur.*, 2014, 489 ss., con note di M. BONA, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, «nuova» (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*; C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir c. Fininvest: brevissime note sull'interpretazione del contratto di transazione e sulla delimitazione del suo oggetto*; S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della Cassazione sul «Lodo Mondadori»*; e con i pareri *pro veritate* resi nel corso dei giudizi di merito dal Prof. Andrea Proto Pisani; in *Danno e resp.*, 2014, 123 ss., con commenti di P. SANTORO, *Un po' di storia*; G. PONZANELLI, *Il danno per la corruzione del giudice*; G. IMPAGNATIELLO, *Chiovenda, lo studente medio e la revocazione per dolo del giudice*; G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*; A. PALMIERI-R. PARDOLESI-A. ROMANO, *191, o giù di lì*; G. LENER, *La «retta via» per il risarcimento del danno?*; B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*; R. SIMONE, *Lodo Mondadori e risarcimento del danno: di contaminazione e (possibili) duplicazioni*; P.G. MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*; in *Giur. it.*, 2014, 40 ss., con nota di B. TASSONE, *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*. In senso contrario a tale

responsabilità precontrattuale si sposta dal tradizionale ambito costituito dalla riparazione del c.d. interesse negativo¹¹¹ e si approssima in maniera significativa alla riparazione dell'interesse positivo¹¹². Come la dottrina più attenta ha dimostrato¹¹³, interesse positivo e negativo non sono semplici criteri di determinazione del danno, ma integrano prima ancora due posizioni soggettive tutelate. Con una formula compendiosa, l'interesse negativo designa la salvaguardia del patrimonio in essere e della sfera soggettiva attuale del contraente

orientamento cfr. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, cit., 197 ss., in part. 209 ss. Sul punto cfr. gli studi e le aperture di G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, 56 ss., in part. 85 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*, in part. 114 ss.

¹¹¹ Lo segnala già, molto lucidamente, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 179 ss., 260 ss., 447 ss., 700 ss., il quale osserva che nel caso di responsabilità precontrattuale in presenza di contratto valido, il quale è influenzato nel suo contenuto giuridico ed economico dalla scorrettezza prenegoziale, la lesione dell'interesse negativo si atteggia in maniera formalmente autonoma dalla *culpa in contrahendo* e funzionalmente assorbita nella disciplina del contratto e della connessa responsabilità per inadempimento, con la conseguenza dell'identità, anche "direzionale", tra interesse negativo e interesse positivo, sul piano tanto della situazione soggettiva tutelata quanto dell'ampiezza del risarcimento.

¹¹² Un'apertura in tal senso si intravede, nel contesto di un'analisi molto controllata sul piano della tenuta sistematica e della coerenza dogmatica, già in BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 148-149. La soluzione convince G. PERLINGIERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo*, introduzione alla riproduzione anastatica de F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012, XXI-XXII, il quale aggiunge che, nella fattispecie della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido, si deve tenere conto della possibilità che il giudice neghi il risarcimento se il danno precontrattuale risulti assorbito dal vantaggio conseguito con l'esecuzione del contratto, nonostante la scorrettezza che ne ha segnato la fase di conclusione: cfr. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, cit., 97. Sono apertamente a favore del risarcimento di un danno che va oltre il perimetro dell'interesse negativo, nel caso di responsabilità precontrattuale in presenza di contratto valido, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 212 ss.; VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., 249; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 121-122; T. FEBBRAJO, *La «nuova» responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 195 ss., in part. 221 ss.; e ora BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., 259 ss., in part. 292 ss., il quale propone di rompere il connubio concettuale tra responsabilità precontrattuale e interesse negativo, per lo meno nel caso di responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido.

¹¹³ TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 13 ss., 87 ss.; ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, cit., 165 ss.

e, dunque, offre una sintesi concettuale dell'intera sfera dell'avere e dell'essere considerata staticamente in un determinato momento: quello in cui viene compiuta la scorrettezza e si produce il danno¹¹⁴. È, pertanto, estranea all'interesse negativo qualunque forma di accrescimento del patrimonio o della sfera personale programmata mediante il contratto, concluso validamente o meno, ma poi sfumata. Questo è, infatti, il campo dell'interesse positivo nel quale va incluso qualunque profilo incrementativo del patrimonio e della sfera personale del contraente di cui esista una base giuridica: sia sotto forma di risultato esigibile in conseguenza di una prestazione dovuta sia sotto forma di risultato ragionevole, o anche soltanto probabile oltre una certa misura, dello sfruttamento dell'incremento preteso sulla base di un titolo ma non ottenuto. Il tema è complesso e non può essere affrontato in maniera adeguata in questa sede¹¹⁵, mentre qui è necessario ribadire che la naturale vocazione della responsabilità precontrattuale, vale a dire quella di conciliare la libertà che precede l'insorgere del vincolo contrattuale con la responsabilizzazione di colui che la esercita, si attua imponendo la riparazione dei danni agli elementi già acquisiti al patrimonio del danneggiato e alla sua integrità psico-fisica.

L'art. 1337 c.c. ha conferito veste di rapporto giuridico di fonte legale alla relazione precontrattuale e – come si è avuto modo di constatare – l'ha dotato di una significativa variabilità di contenuti, legata all'indeterminatezza del criterio normativo che, in continuità con una radicata tradizione di pensiero, è stato prescelto come suo oggetto: l'imperativo di buona fede. La forma giuridica assunta da tale rapporto è in misura prevalente quella dell'obbligo di protezione, ma talora il rapporto si esplica secondo cadenze differenti, presentandosi come una relazione connotata da discrezionalità sottoposta a un vaglio successivo di legittimità: qui la buona fede opera in funzione di limite della libertà individuale. Nonostante la varietà dei contenuti, il rapporto giuridico precontrattuale persegue, tuttavia, una finalità – o, se si preferisce, una funzione – unitaria

e complessiva, che risiede nell'obiettivo della salvaguardia e del rispetto (*Rücksicht*) del patrimonio e della sfera personale dei contraenti, sicché, anche quando la buona fede finisce per imporre comportamenti che mirano a promuovere la conclusione di un contratto valido, efficace e sorretto da scelte libere e consapevoli, il loro orizzonte di senso complessivo rimane in ogni caso quello della protezione della sfera giuridica di controparte.

4. Per una revisione: dall'affidamento legittimo alla prossimità intenzionale delle sfere giuridiche. L'immunità.

La ragione che anima la responsabilità precontrattuale andrebbe individuata, infatti, non tanto nella tutela dell'affidamento del contraente danneggiato in sede di trattative o di conclusione del contratto, come abitualmente si ritiene¹¹⁶

¹¹⁶ Ancòra di recente fonda la costruzione della responsabilità precontrattuale sulla figura dell'affidamento BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, cit., *passim*, in part. 247 ss., 327 ss. nel quadro di un interessante tentativo di articolazione del tema. B. ritiene che il «*discrimen* fra le diverse tipologie di responsabilità è dato dal ruolo dell'affidamento. L'ampliamento dell'area della contrattualità, come detto, infatti, si giustifica esclusivamente sulla base di situazioni di affidamento legate a rapporti o relazioni originati da atti e iniziative da cui sorgono doveri e pretese di comportamenti plasmati sul modello della prestazione, ossia di comportamenti esigibili, non da qualunque soggetto, ma dal soggetto con cui si è entrati in rapporto». Al di là del ruolo assegnato all'affidamento, un elemento di perplessità sollevato da tale prospettiva investe proprio il profilo della responsabilità. Nel pensiero di B. sembrerebbe che gli obblighi legali o quelli ricavati dalla buona fede in sede di concretizzazione, applicati a relazioni che suscitano affidamento legittimo, valgano a qualificare come contrattuale una responsabilità che viceversa vi sarebbe comunque ma che andrebbe assoggettata alle regole degli artt. 2043 c.c. Questo è quel che sembra emergere dal discorso nel suo complesso e in particolare dal passaggio in cui B. afferma che: «La soluzione che si è inteso offrire è quella di una non aprioristica adesione alle classiche impostazioni che assegnano, sebbene con le diversità di sfumature alle quali abbiamo accennato, natura contrattuale ovvero extracontrattuale alla c.d. *culpa in contrahendo*. L'impostazione qui adottata è quella della variabilità di questa natura giuridica o, se si preferisce, dell'adesione condizionata alla teoria contrattualistica». Tutt'al contrario, deve essere chiaro che il danno in fase precontrattuale o consegue alla violazione di un obbligo legale oppure scaturente dalla buona fede *ex art.* 1337 c.c., dando così luogo a responsabilità per inadempimento, o non è risarcibile, sfuggendo a qualunque forma di responsabilità, giacché, in quanto danno meramente patrimoniale, il pregiudizio precontrattuale non attinge alla soglia di rilevanza giuridica individuata dall'art. 2043 c.c. nell'«ingiustizia del danno». Sulla questione della risarcibilità del danno meramente patrimoniale cfr., con impostazioni diverse e a volte addirittura radicalmente tali, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 32, 99 ss., 109 ss., in part. 114; ID., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 83 ss.;

¹¹⁴ Sull'eterogeneità della formula «interesse negativo» cfr. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, 1121 ss., in part. 1135; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 341 ss.

¹¹⁵ Un avvio di riflessione in tal senso è contenuta in PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, cit., 1142 ss. Per una recente applicazione del dolo incidente, per di più in presenza di una condotta omissiva, cfr. Cass., 16 aprile 2012, n. 5965, in *Contratti*, 2012, 888 ss., con commento di F. VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*.



sull'onda delle principali elaborazioni tedesche, quanto piuttosto nell'intenzionale prossimità delle sfere giuridiche dei contraenti determinata dall'instaurazione di una relazione in vista della conclusione del contratto, dalle successive trattative e dall'eventuale procedimento di conseguimento del consenso¹¹⁷. Tale prossimità intenzionale rappresenta l'elemento di fatto che giustifica l'imposizione legislativa dell'obbligo reciproco di comportarsi secondo buona fede e la ragione risiede nel notevole incremento del rischio di subire pregiudizi ad opera di controparte proprio a causa dell'accostamento delle reciproche sfere giuridiche o, addirittura, della concessione reciproca ad accedere alla propria sfera giuridica. E non si tratta di un mero aggravamento generico del rischio di danno, sostanzialmente fisiologico nella dinamica della vita di relazione, come sostiene quella linea di pensiero - pur riccamente argomentata - che non

ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 316 ss.; A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss.; ID., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss. e di recente F. RANIERI, *Obligationenrecht*², Wien-New York, 2003, 577 ss.; M. BUSSANI-V.V. PALMER (a cura di), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge, 2003, 171 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 ss.; M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, 88; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 371 ss. Per un'impostazione del problema che ammette la risarcibilità del danno meramente patrimoniale in sede aquiliana v. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, 561 ss.; M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 395 ss., in part. 404; ed ora ID., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust, in Danno e resp.*, 2004, 937; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., 221 ss.; E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, I, Milano, 2008, 626 ss.; ID., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., 234 ss., in part. 252-253. Al riguardo v. la critica svolta in PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 680

¹¹⁷ L'intenzionalità dell'accostamento delle sfere giuridiche dipende dal perseguimento di un obiettivo pratico che implica una certa misura di cooperazione. Mi pare che la Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, n. 12.1 colga questo cruciale aspetto, riferendolo però alla teoria della responsabilità da contatto sociale, quando invoca lo "scopo" della relazione qualificata che intercorre tra danneggiato e danneggiante. Forte è l'eco delle pagine di DÖLLE, *Außergesetzliche Schuldpflichten*, cit., 67 ss. e, in Italia, di quelle di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 135, 140, 142-143. Di questa ascendenza dogmatica di Cass., 12 luglio 2016, n. 14188 non si avvede CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, cit., 1063.

riconosce alcuna fascia intermedia di creazione consapevole di un rischio di danno determinato, legando così indissolubilmente quest'incremento all'assunzione di un obbligo primario di prestazione¹¹⁸. La relazione precontrattuale crea, infatti, le condizioni strutturali dell'incremento del rischio di danno e un tale contesto, per di più, trova la propria origine in una scelta libera dei contraenti, sicché diviene necessario per l'ordinamento predisporre un meccanismo altrettanto strutturale di attenuazione di tale rischio e di governo di questa forma di esercizio della libertà individuale¹¹⁹. Il compito è stato affidato alla buona fede, la quale conferisce la struttura di rapporto alla relazione precontrattuale e la orienta alla prevenzione di quei danni che la particolare prossimità delle sfere giuridiche favorisce, mediante l'imposizione di obblighi di protezione e il contenimento della discrezionalità individuale. Ciò non equivale a decretare la possibilità di rimuovere, tramite il risarcimento, il costo di qualunque danno che si verifichi nell'ambito del rapporto precontrattuale, perché ciò equivarrebbe a configurare una garanzia. Il rischio di subire perdite rientra, infatti, nella fisiologia della contrattazione, ma, alla luce dell'incremento di tale rischio rispetto alle altre forme di esercizio della libertà individuale, l'ordinamento impone regole di condotta e limiti ulteriori e più specifici rispetto ai precetti generici che presiedono all'esercizio dell'attività libera. Tali regole e tali limiti scaturiscono dal precetto di buona fede e sono, per l'appunto, preordinati a selezionare quali danni risarcire, in quanto diretta conseguenza di quell'incremento del rischio che il rapporto precontrattuale genera e della mancata adozione di misure sufficienti a sterilizzarlo, e quali danni lasciare invece laddove cadono, perché annoverabili tra le perdite fisiologiche. L'affidamento gioca certamente un ruolo in un tale quadro, soprattutto nelle fattispecie della rottura ingiustificata delle trattative e della mancata comunicazione di un causa di invalidità nota o conoscibile da controparte (art. 1338 c.c.); ma tale elemento, per un verso, assume significati diversi e, per altro verso, non è in grado di fornire quel senso complessivo dell'istituto della responsabilità

¹¹⁸ Così MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., 204 ss.

¹¹⁹ In tal modo è possibile superare le obiezioni variamente fondate sulla figura dell'affidamento legittimo, come quelle sollevate da NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., 239 e da Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 86 ss. Critico su entrambe le posizioni è SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, cit., 1517-1518, 1520.



precontrattuale che invece offre la categoria della prossimità intenzionale. A voler cominciare da quest'ultimo aspetto, è evidente che l'affidamento non sia in grado di offrire una spiegazione della responsabilità, né si ponga come l'oggetto della tutela, tanto nella fattispecie della custodia dei beni di controparte ottenuti in detenzione nel corso delle trattative, quanto nella fattispecie del riserbo sui fatti e sulle circostanze relative a controparte conosciute nel corso e a causa delle trattative, quanto ancora nella fattispecie della comunicazione delle informazioni necessarie all'esaustivo apprezzamento dell'operazione negoziale e del relativo regolamento. E anche laddove svolge un ruolo, l'affidamento assume tinte differenti: nella fattispecie della rottura ingiustificata delle trattative costituisce l'elemento di fatto che, se indotto dalla condotta rassicurante di controparte, consente di sindacare il successivo esercizio della facoltà, riconosciuta dalla legge, di non addivenire al contratto anche a ridosso del raggiungimento del consenso (v. art. 1328 c.c.), contestandone la contrarietà a buona fede; mentre nella fattispecie di cui all'art. 1338 c.c., l'affidamento vale a escludere l'inescusabilità della mancata rilevazione della causa di invalidità da parte del contraente che si duole dell'inefficacia o dell'efficacia precaria del contratto¹²⁰, consentendogli in tal modo di invocare

la responsabilità della parte che l'ha taciuta o non l'ha rilevata, pur dovendo, senza incorrere nella preclusione della tutela per quelle circostanze dannose che erano evitabili adottando le cautele imposte dalle regole ordinarie di prudenza.

La conclusione da trarre consiste nell'insufficienza dell'affidamento legittimo del contraente danneggiato a fornire un quadro unitario alla responsabilità precontrattuale, come tale in grado da fungere da elemento di aggregazione delle diverse ipotesi di responsabilità. A meno che - come è stato autorevolmente sostenuto - non si identifichi la situazione protetta nell'affidamento di un contraente nella correttezza e regolarità del comportamento dell'altro. Questa chiave di lettura si rivela, però, eccessivamente tributaria della dogmatica tedesca, la quale, tuttavia, ha operato, sino alla positivizzazione della responsabilità precontrattuale realizzata dalla *Schuldrechtsmodernisierung*, in un ambiente nel quale, in assenza dell'esplicito richiamo della buona fede nella fase delle trattative, era necessario rintracciare un elemento di fatto idoneo a giustificare l'attivazione della clausola generale e, dunque, l'interpretazione estensiva del § 242 BGB. Tale elemento è stato rintracciato nell'affidamento legittimo¹²¹, anche sotto l'influsso esercitato dalle fattispecie prese in esame da Jhering, e, nonostante la sostanziale insufficienza della figura prescelta, la soluzione è parsa più che accettabile¹²². Il già

¹²⁰ Com'è evidenziato da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 270, la mala fede del contraente che cagiona il danno agendo in maniera scorretta non è certo il fondamento della responsabilità precontrattuale, come emerge chiaramente dall'art. 1338 c.c., il quale equipara alla conoscenza della causa di invalidità l'ignoranza inexcusabile. Se ciò è certamente vero, è altrettanto vero, però, che l'inciso «per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto» va inteso nel senso che il mancato rispetto degli oneri di documentazione e di cautela da parte del contraente che è ignaro dell'invalidità o dell'inefficacia del contratto impedisce che si integri la fattispecie della responsabilità precontrattuale, perché ciò solleva controparte dall'obbligo di comunicazione. Osserva infatti MENGONI, *ibidem*, 271-272 che «Nell'art. 1338 la colpa della parte che ha confidato nella validità del contratto è il criterio di esclusione dell'obbligo della controparte di comunicare le cause di invalidità ad essa note o conoscibili». L'osservazione è ineccepibile, ma non si concilia con la precedente secondo cui «nella concezione che collega la responsabilità precontrattuale a un particolare rapporto obbligatorio costituito (*ex lege*) tra le parti delle trattative, la rilevanza della colpa imputabile al contraente deluso si spiega agevolmente in relazione alla fattispecie di tale rapporto obbligatorio: della quale elemento primario è una situazione di affidamento oggettivamente valutabile, che vale a giustificare la fiducia di una parte nella regolarità del comportamento dell'altra». Questa premessa non è, però, affatto necessaria: non è l'affidamento nella regolarità del comportamento di controparte a far scattare la buona fede e il relativo effetto di imporre a quest'ultima la comunicazione delle cause di invalidità note o conoscibili; ma - come lo stesso M. correttamente rileva - è la conoscenza o la conoscibilità delle cause di invalidità che attiva la buona fede, facendo così

scaturire l'obbligo di comunicazione in capo al contraente in condizione di averne conoscenza. Di conseguenza, l'art. 1338 c.c. sembra non tanto tutelare l'affidamento del contraente ignaro delle cause di invalidità, quanto piuttosto voler prevenire un danno che questi non può di per sé evitare. E allora non è l'affidamento legittimo e oggettivo del contraente ignaro che, se violato, comporta la responsabilità dell'altro per non aver comunicato le cause di invalidità, pur potendolo fare; ma tutt'al più l'impossibilità di configurare l'affidamento legittimo della parte ignara a fungere da elemento negativo della fattispecie di responsabilità, in quanto idonea a rivelare un'ignoranza inexcusabile. Come la conoscibilità, al pari della conoscenza, fa sorgere l'obbligo di comunicazione e, in caso di violazione, determina la correlativa responsabilità, così la conoscibilità anche da parte di chi confidava nella validità nel contratto fa venire meno l'obbligo di controparte di comunicare e impedisce l'insorgere della responsabilità.

¹²¹ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, II, Frankfurt a. Main, 1906, 315; BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, cit., 507; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit. 101 ss.; E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, Berlin, 1980, 29 ss.

¹²² Ma non per questo esente da critiche. Per un quadro delle perplessità sull'idoneità della categoria del *gesteigertes Vertrauens*, ossia dell'affidamento rafforzato, sviluppatosi in ambiente tedesco e per lo più legate alla distanza tra questa nozione e quella tecnica legata all'*apparentia iuris*: cfr. SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, 36 ss., 56 ss., 109 ss., 164 e TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 67 ss.; ma v. anche P. SCHLECHTRIEM-M.

rammentato *gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*, concettualizzato da Karl Larenz, in mancanza di una disposizione di legge che imponesse alle parti di una trattativa uno specifico contegno protettivo delle ragioni di controparte, trovava la propria ragione di instaurazione nella *Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens*, alimentata dalle trattative. Tale affidamento suscitato e concesso innescava, infatti, il precetto di buona fede di cui al § 242 BGB, dal quale scaturivano obblighi che si precisavano nel corso del divenire del rapporto e si attualizzavano sotto forma di responsabilità¹²³. Una tale forzatura non appare altrettanto necessaria in un contesto ordinamentale, come quello italiano, nel quale la buona fede è posta dal legislatore stesso al di fuori e prima dell'insorgere di un'obbligazione vera e propria, grazie alla previsione dell'art. 1337 c.c., e nel quale, per di più, il ricorso all'affidamento non si rivela neppure necessario a conferire un fondamento oggettivo alla responsabilità precontrattuale che lo affranchi dall'iniziale ancoraggio alla *culpa-negligentia*¹²⁴, visto il suo saldo innesto nel corpo della buona fede. Ciò consentirebbe, tra l'altro, di abbandonare la figura alquanto ambigua del "contatto sociale"¹²⁵. Nata nel brodo di coltura di una dottrina infelice come quella dei "rapporti contrattuali di fatto"¹²⁶, affinata e concettualizzata¹²⁷ da Hans Dölle al fine di spingere i confini della responsabilità per inadempimento

oltre la linea dei contatti negoziali¹²⁸, la categoria del "contatto sociale" non ha retto alla critica di Larenz¹²⁹ e, per lo meno in Germania, è stata cancellata dall'evoluzione storica dell'istituto della responsabilità precontrattuale, ora condensata nella riforma del § 311 BGB che sembra aver recepito proprio l'impostazione larenziana¹³⁰. Il "contatto sociale" qualificato da uno scopo si alimenta dell'affidamento che all'interno di una tale relazione si genera, al punto da poter affermare che le sue categorie si sorreggono a vicenda così da apparire come un dispositivo concettuale unitario. Va riconosciuto che nell'esperienza italiana la figura del "contatto sociale" si è rivelata particolarmente utile, perché ha consentito di superare le resistenze nei confronti della qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale favorendone l'accreditamento anche in giurisprudenza; ma, in pari tempo, ha contribuito a intorbidare le acque. Come si è tentato di dimostrare, "contatto sociale" orientato a un particolare scopo e affidamento hanno condotto alle *variae causarum figurae*, il che si è rivelato nefasto sia sul versante del corretto inquadramento della responsabilità precontrattuale, sia sul piano della corretta configurazione della portata degli obblighi precontrattuali di buona fede, inducendo alla ricorrente tentazione di sospingerli oltre la linea della protezione.

La lettura fondata sull'affidamento si scontra, inoltre, con un'obiezione ulteriore, difficilmente superabile: quella secondo cui la correttezza e la regolarità del comportamento dei soggetti impegnati nelle trattative o nella conclusione del contratto sono oggetto di un obbligo legale imposto dall'art. 1337 c.c. e, pertanto, non possono limitarsi ad alimentare il mero affidamento legittimo di controparte, poiché esse costituiscono il contenuto di una posizione ben più sostanziosa, che, se non è inquadrabile nella categoria della pretesa, la quale meglio si attaglia alla prestazione che porta al conseguimento di un'utilità che non fa parte del patrimonio o della sfera giuridica del creditore¹³¹,

SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht*. Allgemeiner Teil⁶, Tübingen, 2005, 26 ss.

¹²³ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit. 101 ss.

¹²⁴ Su questo punto cfr. su tutti TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 71 ss.

¹²⁵ Per una più ampia critica della figura del "contatto sociale" sia consentito il rinvio a PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 192 ss.

¹²⁶ G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift für Siber*, II, Leipzig, 1943, 5 ss. (ma già Leipzig, 1941), trad. it. di G. Varanese, Torino, 2012, *passim*.

¹²⁷ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 143 s., ritiene che costituisca un equivoco continuare ad inquadrare i rapporti da contatto sociale qualificato dall'affidamento, legato al perseguimento di uno scopo comune, nell'ambito dei rapporti contrattuali di fatto di Haupt, non foss'altro per la natura variegata delle figure che tale categorie vorrebbe accomunare. C. ritiene, dunque, che la critica all'operazione concettuale operata da Haupt «non può essere estesa automaticamente alla teoria di Dölle, precisamente perché la messa in evidenza del contatto sociale qualificato da uno scopo e fonte di un affidamento reciproco, riesce ad aggregare intorno a sé coerentemente gli obblighi c.d. accessori, lasciando da parte quei rapporti contrattuali di fatto il cui contenuto sarebbe costituito da obblighi di prestazione per i quali la buona fede non è e non può essere quella fonte adeguata che invece, a cominciare dal rapporto precontrattuale, ha mostrato di essere con riguardo agli obblighi c.d. accessori».

¹²⁸ H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 103 (1943), 67 ss.

¹²⁹ K. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "Sozialer Kontakt"*, in *MDR*, 1954, 515 ss.

¹³⁰ Cfr. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., 5 ss.

¹³¹ Sul punto è estremamente rigorosa e del tutto convincente la posizione assunta da CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss., in dissenso da A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 874 e nt. 15 e 16. C. osserva che pretendere di configurare «un diritto di credito alla protezione significa precisamente trasformare un puro obbligo (di

può almeno essere qualificata come "immunità"¹³². Si tratta, infatti, di una situazione giuridica di vantaggio che garantisce al titolare una tutela rafforzata contro i danni rispetto a quella approntata dalla responsabilità aquiliana e ciò grazie all'imposizione a uno o a più soggetti determinati di obblighi di protezione, ai quali si correla, dunque, non già un diritto di credito volto a pretendere specifiche condotte finalizzate a un risultato¹³³ quanto piuttosto una situazione inattiva di attesa, giuridicamente fondata, che controparte adotti misure di preservazione dai danni. Quest'inquadramento della posizione soggettiva del contraente danneggiato è di gran lunga preferibile rispetto alla riconduzione alla figura dell'interesse legittimo di diritto privato¹³⁴ - anch'essa situazione

protezione) in una pretesa» e ciò determinerebbe una tracimazione «nella responsabilità per inadempimento, che l'art. 1218 C.C. ci dice essere propria dell'obbligazione tradizionalmente intesa, quando fa parola di un "debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta". Per questa ragione ritengo corretto parlare non di inadempimento ma di violazione degli obblighi di protezione, onde l'applicazione dell'art. 1218 a tale fattispecie mi è sembrato debba ritenersi non diretta ma analogica» (già C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 503 nt. 200).

¹³² Sull'immunità c'è una ricca tradizione teorica. Basti pensare alla griglia concettuale elaborata da WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 23 *Yale law J.*, 1913, 16-59 e ID., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 26 *Yale law J.*, 1917, 710 ss., ripubblicati in W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, ora in, *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, a cura di D. Patterson, Oxford, 2003, pp. 295 ss. Sul punto v. A. ROSS, *Diritto e giustizia*(1958), Torino, 1965, pp. 151 ss.; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, pp. 199 ss.; G.W. RAINBOLT, *The concept of rights*, Dordrecht, 2006, . Nel dibattito italiano, cfr. B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto 2001*, a cura di P. Comanducci-R. Guastini, Torino, 2002, 7 ss. ora in ID., *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, 2013; G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 487 ss.; P. BIASETTI, *Alcuni problemi dell'analisi hohfeldiana dei diritti soggettivi*, *ivi*, 2014, 485 ss.

¹³³ Ciò accade, invece, quando la salvaguardia cessa di essere oggetto di un obbligo di protezione in senso proprio e diviene oggetto di una vera e propria prestazione, come accade nell'art. 2087 c.c. che impone al datore di lavoro l'adozione nell'esercizio dell'impresa delle misure che, secondo la particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica, sono necessarie a tutela l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. In questo senso M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 199 ss., il quale reputa inadeguato l'inquadramento dell'art. 2087 c.c. nella categoria dogmatica degli obblighi di protezione; e così anche P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Art. 2087, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 125 ss., in part. 146-147.

¹³⁴ In tal senso invece - com'è noto - L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 177 ss.; ma già ID., *Contributo ad una teoria*

giuridica inattiva - la quale mira a configurare una posizione sostanziale di portata più generale rispetto al modello pubblicistico ma che, al di là della lenta opera di demolizione alla quale è sottoposta la sua matrice sotto i colpi di una parte della letteratura amministrativistica, sembra perdere di senso in mancanza di un contrapposto potere autoritativo e, dunque, del perseguimento di un interesse generale, o comunque sovra-individuale¹³⁵. Nella costruzione di Hohfeld l'immunità si caratterizza per avere sempre ad oggetto un altro elemento-base hohfeldiano¹³⁶ e il suo contenuto precettivo si traduce nell'impossibilità per controparte di modificare tale elemento¹³⁷. Nel caso del rapporto precontrattuale agli obblighi e ai limiti in funzione protettiva a carico di un contraente si contrappone, come figura giuridica correlata, l'immunità dell'altro contraente rispetto alle possibili contrazioni o lesioni scorrette della propria libertà, destinate a tradursi in danni meramente patrimoniali¹³⁸, oppure

dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967, 248 ss.; e ID., *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 134 ss. e poi ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 527 ss.

¹³⁵ Per BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, cit., 541 il potere autoritativo può essere sostituito dal potere privato, o riconducibile alla categoria del diritto potestativo o, per lo meno, a una posizione di discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento. Il presupposto dell'interesse legittimo di diritto privato risiede per B.G. nella sussistenza di un soggetto in posizione dominante e la discrezionalità di costui. Per una recente applicazione dell'interesse legittimo di diritto privato, nel quadro di un'acuta rilettura dell'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo, ora riferito, grazie alla disciplina sul sovraindebitamento, all'intera esposizione debitoria e non solo al singolo rapporto, cfr. E. PELLECCIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (I. n. 3/12 e successive modifiche)*, in *NLCC*, 2013, 1261 nt. 75 e soprattutto ID., *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. impr.*, 2015, 1132 ss.

¹³⁶ Tali posizioni giuridiche elementari sono: la pretesa, la libertà, il potere e per l'appunto l'immunità; e Hohfeld sottolinea che nel linguaggio giuridico ordinario il termine "diritto" viene adoperato in maniera profondamente ambigua giacché esso designa, di volta in volta, indifferentemente uno di tali elementi.

¹³⁷ Per Hohfeld, l'immunità ha come elemento correlativo il non-potere» o l'incompetenza, e come negazione la soggezione.

¹³⁸ Sul punto, oltre a CASTRONOVO *La nuova responsabilità civile*, cit., 32; 99 ss., in part. 109 ss.; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 316 ss., cfr. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, cit., 1745 ss.; ID., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 25 ss.; MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., *passim*, in part. 1-59; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, cit., 370 ss.; Scognamiglio, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, cit., 1253 ss.; A. THIENE, *Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *NGCC*, 2000, II, 34 ss.; N. MUCCIOLI, *Osservazioni in tema di danno meramente patrimoniale*, *ivi*, 2008, II, 430 ss.; N. RIZZO, *Giudizi di valore*



rispetto a pregiudizi a specifici beni nella propria titolarità. Nel diritto civile l'immunità travalica l'area dell'assenza di potere, alla quale ancora rimane sostanzialmente legata quando la buona fede precontrattuale impone limiti all'esercizio della libertà negoziale, e si spinge sul terreno delle condotte dovute: di quella particolare categoria rappresentata dagli obblighi di protezione, ossia di obblighi che con conferiscono all'avente diritto pretese ma soltanto una sfera intensa di salvaguardia. L'immunità si rivela, pertanto, perfettamente coerente con l'individuazione del fondamento della responsabilità precontrattuale nella prossimità intenzionale delle sfere giuridiche dei contraenti e nell'incremento del rischio reciproco di danneggiare l'altra parte del rapporto che tutto ciò determina. E, inoltre, essa meglio concettualizza la diversa funzione assolta dalla responsabilità contrattuale quando è violato un obbligo di protezione autonomo¹³⁹ rispetto a quanto da essa assicurato nel caso di inadempimento dell'obbligazione¹⁴⁰. E, d'altro canto, l'affidamento al quale si riferisce Kurt Ballerstedt va sostanzialmente inteso, più che nel senso di situazione di fatto di fiducia giustificata nell'operato di controparte, nel significato di materiale esposizione della sfera giuridica di un contraente alla possibilità di influenza dell'altro. Risiede, dunque, nell'accentuazione del rischio di danno determinato dalla relazione, intesa come prossimità intenzionale delle sfere giuridiche dei contraenti, la ragione giustificativa dell'imposizione della buona fede compiuta dall'art. 1337 c.c. e del conseguente sorgere di obblighi di vario contenuto, ma tutti accumulati dalla finalità protettiva, e di limiti alla libertà di scelta dei contraenti.

5. Le ricadute sul terreno dell'«obbligazione senza prestazione»: spunti per una "variazione sul tema".

Una tale calibratura dogmatica del fondamento della responsabilità precontrattuale lascia impregiudicata la possibilità di ricavare da quest'ultima uno schema più generale di rapporto giuridico in funzione di salvaguardia,

l'«obbligazione senza prestazione»¹⁴¹, da applicare a taluni contesti relazionali nei quali, analogamente al rapporto prenegoziale, si assiste all'intenzionale approssimazione di più sfere giuridiche¹⁴². E anzi, su tali basi, l'«obbligazione senza prestazione» sembra assumere una solidità ancora maggiore: quella solidità che può essere assicurata dall'ancoraggio a un presupposto oggettivo piuttosto che a uno soggettivo¹⁴³, in cui in definitiva si risolve la condizione psicologica di affidamento, la quale, tutt'al più, può utilmente fungere da indice sintomatico dell'instaurazione di un rapporto di prossimità intenzionale. D'altro canto, l'intuizione notevole su cui poggia l'«obbligazione senza prestazione» non risiede né punto né poco nell'innalzare l'affidamento legittimo che si genera in una relazione sociale a fonte dell'obbligazione, ancorché "protettiva"¹⁴⁴; ma piuttosto nel conferire una forma giuridica credibile a quella tonalità intermedia di vicende dannose che non si iscrive

¹⁴¹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 128 ss. Hanno accolto la categoria dell'«obbligazione senza prestazione», o per lo meno l'hanno utilizzata, pur con diversità di impostazioni e di accenti: S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 90; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 1228 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 675 ss.; ID., *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 230 ss.; ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, cit., 17-19, 40 ss.; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, in part. 69 ss.; A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile Dalla condotta allo status*, Padova, 2006, 168 ss.; *Inadempimento delle obbligazioni senza prestazioni*, in *Trattato resp. contr.*, a cura di Visintini, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, I, 317 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. obbl.*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, III, Padova, 2010, 3 ss.; C.M. NANNA, *Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore*. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, Bari, 2012, *passim*, in part. 90 ss.; A. IULIANI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: alcune riflessioni attorno all'interesse legittimo dalla prospettiva dei rimedi*, in *Contr. impr.*, 2016, 1213 ss.

¹⁴² L'idea originaria che un contatto qualificato da uno scopo che i soggetti coinvolti intendono perseguire generi un affidamento alla tutela del quale sono preordinati gli obblighi di attenzione e di custodia, sul modello della *culpa in contrahendo*, è di DÖLLE, *Außergesetzliche Schuldpflichten*, cit., 74 ss.

¹⁴³ Anche su un tale aspetto si è appuntata la critica avanzata da DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11-12, per il quale il riferimento all'affidamento è « inappropriato, ove "esportato" verso altri e ben diversi rapporti [diversi dalla *culpa in contrahendo*: n.d.a.], 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 (si pensi al medico-professionista, all'intermediario finanziario, all'esperto chiamato a valutare un bilancio di società)».

¹⁴⁴ Prendo a prestito la formula adoperata da DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 1 ss., in part. 8 ss.

e «giudizio di ingiustizia», in *Europa dir. priv.*, 2015, 295 ss., in part. 314 ss.

¹³⁹ Quella figura che NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 48 ss. etichetta come "obbligo di protezione allo stato puro".

¹⁴⁰ Sulla bivalenza della responsabilità contrattuale cfr. ancora CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 707.





adeguatamente nello schema dell'illecito aquiliano, a causa di indiscutibili elementi di relazionalità (*rechtlich Sonderverbindung*)¹⁴⁵, ma neppure si presenta come un inadempimento di un'obbligazione in senso classico, in quanto il vincolo, che pur sussiste, non ha una funzione poetica, non essendo preordinato all'incremento della sfera giuridica dell'avente diritto. C'è, in altri termini, una scala cromatica delle vicende dannose che l'idea alla base dell'«obbligazione senza prestazione» coglie e che quest'ultima concorre a tradurre in un quadro di dispositivi tecnici adeguati a tale varietà mediante la graduazione delle regole di responsabilità.

L'elemento dell'intenzionalità su cui asside tanto la responsabilità precontrattuale quanto l'«obbligazione senza prestazione» va correttamente inteso come libero e consapevole accostamento delle sfere giuridiche da parte di soggetti non legati da un vincolo negoziale ma, ora, impegnati in uno sforzo congiunto e non programmato in vista del perseguimento di un risultato che inevitabilmente comporta l'innalzamento del rischio di danno reciproco (si pensi alla responsabilità da direzioni e coordinamento nei gruppi societari, alla responsabilità all'interno del procedimento amministrativo, alla responsabilità nell'ambito della circolazione dei dati personale etc.), ora, approssimatisi in conseguenza della scelta di uno dei soggetti che per perseguire il proprio vantaggio crea le condizioni di incremento del rischio di danno specifico a uno o più soggetti (si pensi ad alcune ipotesi di c.d. responsabilità da *status* etc.)¹⁴⁶. Intenzionalità si rivela, dunque, un denotativo di non occasionalità ed è il presupposto

della creazione di un contesto relazionale¹⁴⁷; mentre non intende suggerire la sussistenza di un seppur minimo elemento di negoziabilità¹⁴⁸. Centrale è la consapevole creazione delle condizioni di incremento del rischio di danni specifici, ossia di pregiudizi che si presentano, per un verso, ragionevolmente prefigurabili alla luce delle caratteristiche del rapporto giuridico instauratosi

¹⁴⁷ In tal modo è possibile parare la critica formulata da DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 9, in replica non tanto a Castronovo quanto a NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 49, e incentrata sulle conseguenze che derivano sul terreno della responsabilità dalla funzione dell'obbligo di protezione. Quest'ultimo consente la rimozione di danni che sarebbero altrimenti aquiliani (o, va aggiunto, addirittura non risarcibili: v. il danno meramente patrimoniale) e da ciò dovrebbe ricavarsi che esso sia valido *erga omnes*. Ne consegue per d.M. una petizione di principio: «occorre domandarsi come fa un dovere e/o un obbligo, privo all'origine di "relazionalità", a trasferirla *tout court* ad una situazione che si definisce essere di non-rapporto e cioè non relazione? Si finisce dunque con il capovolgere la sequenza tradizionale, secondo cui è l'obbligazione, quale, per definizione, situazione "di rapporto" tra soggetti determinati, rinveniente dall'obbligo di prestazione, ad attribuire carattere di "concretezza" al "dovere di protezione" di natura aquiliana, ove questo venga in esso a innestarsi. Il senso della "contrattualizzazione" del dovere (aquiliano) "di protezione" sta proprio in ciò e solo in ciò. Ma qui si predica l'inverso. È l'obbligo "di protezione", da solo, a dare concretezza (e sostanza) all'obbligazione». Al di là del rilievo che la funzione di salvaguardia, e quindi *lato sensu* aquiliana, dell'obbligo di protezione non comporta affatto che esso sia un'espressione del c.d. principio di *alterum non laedere* né che abbia natura aquiliana. È un controsenso postulare un obbligo *erga omnes*, giacché l'obbligo è per definizione *inter partes*. All'obiezione, pur comprensibile, che oltre la linea dell'obbligazione non vi sia nulla che possa conferire all'obbligo di protezione un contesto relazionale nel quale esso possa sorgere, è possibile replicare che tale relazionalità si instaura a seguito dell'intenzionale accostamento delle sfere giuridiche idoneo a determinare un incremento del rischio di danneggiamenti reciproci, consentendo così alla buona fede di operare in funzione di fonte dell'obbligo di protezione necessario a controbilanciare l'incremento del rischio di danni che si è venuto a creare a seguito dell'insorgere della relazione tra i soggetti della vicenda dannosa.

¹⁴⁸ All'elemento della negoziabilità, oppure a una base normativa, si riferisce invece A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del « contatto sociale »)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss., in part. 92, nel suo tentativo di chiusura eccessiva. La lettura degli *ähnliche geschäftliche Kontakte* di cui al § 311, abs. 2, n. 3 BGB proposta da Z. sembra persuadere M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in H. Stoll-R. Favale-M. Feola-A. Procida Mirabelli Di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, 98. In tal senso ora anche DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2570 il quale è incline a circoscrivere le fattispecie relazionali che sottraggono la vicenda dannosa all'area della responsabilità aquiliana ai contatti orientati in senso negoziale e agli specifici contatti giuridici, in linea col pensiero di LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 112 e di CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., 8-9. Per una diversa lettura cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 136 ss.

¹⁴⁵ Cfr. P. KREBS, *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*, München, 2000, *passim*.

¹⁴⁶ Qui si apre il tema enorme dell'effetto giuridico collegato alla diffusione al pubblico di informazioni erronee, o comunque imprecise, al quale il legislatore, specie quello europeo, dedica sempre maggiore attenzione. Ci si riferisce al tema della trasparenza nei messaggi pubblicitari e basti pensare a quanto accade sul terreno, sempre all'avanguardia, dei rapporti bancari. Qui, ad es., la disciplina, di recente introduzione, dei contratti di credito immobiliare al consumatori assoggetta la comunicazione al pubblico di avvisi pubblicitari relativi alle offerte di credito a una regolazione minuta e, in maniera assai significativa, ne sottopone l'esercizio al rispetto del clausola generale di buona fede/correttezza (art. 120-*octies* tub). Sul punto, per una prima lettura, cfr. S. CHERTI-L. FOLLIERI-C. VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino-S. Cherti, Torino, 2016, 197 ss.; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, 70 ss., in part. 77; A. LAS CASAS, "Informazioni generali" e "informazioni personalizzate" nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, in questa *Rivista*, 2015, 1 ss.

oppure del tipo di attività svolta dal soggetto che ha determinato l'accostamento intenzionale e, per altro verso, destinati a colpire soggetti determinati o una platea di soggetti determinabili¹⁴⁹. È un tale incremento del rischio che attiva l'imperativo di buona fede e giustifica che la libertà dei soggetti coinvolti venga contratta in quella misura accettabile e strettamente necessaria a stemperare il pericolo della produzione di danni: una contrazione che assume le vesti giuridiche dell'obbligo *ex fide bona* di protezione oppure del limite mobile della libertà individuale, determinando così l'assoggettamento della condotta dannosa a un criterio di giudizio più severo di quello desumibile dall'art. 2043 c.c.¹⁵⁰. Anche se non andrebbe assolutamente esclusa la possibilità di configurare una dimensione precettiva *a priori*

¹⁴⁹ Così si superano le obiezioni sollevate da DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2570 ss. e contemporaneamente si accoglie il suo invito a compiere una rigorosa operazione di perimetrazione di quella zona turbolenta di vicende dannose che si collocano tra contratto e torto, dal punto di vista strutturale riconducibili in seno alla responsabilità contrattuale, sul modello della *culpa in contrahendo*, alla luce della forte impronta relazionale da cui sono contraddistinte, la quale crea il contesto in cui la buona fede può fungere da fonte di obblighi di protezione autonomi. Che tutto ciò faccia transitare l'obiettivo della protezione nella dimensione della prestazione come conseguenza inevitabile dell'inclusione della salvaguardia nel corpo di un rapporto caratterizzato dalla programmazione di un determinato esito, per l'appunto identificato nella protezione di controparte da determinate ipotesi dannose (così DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 14-15; ID., *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., 2571), è tutt'altra questione e, a ben vedere, non è affatto un approdo necessario. È ben possibile che la protezione divenga oggetto di una vera e propria prestazione, come accade nell'art. 2087 c.c. o tipicamente negli obblighi di custodia del bene in detenzione, ma ciò implica un impegno che comporta la predisposizione di mezzi e attività in vista del risultato di salvaguardia. La predisposizione di mezzi per il conseguimento di un risultato rappresenta l'essenza dell'obbligazione e comporta una netta e significativa autolimitazione della propria libertà da parte del debitore. Non è detto, però, che l'imposizione di un obbligo debba assumere questi contorni così ampi e fortemente limitativi della libertà individuale ed è invece possibile prospettare l'assunzione di un obbligo che si concili con la discrezionalità del suo titolare: un obbligo che mira a prevenire le possibili conseguenze dannose legate all'esercizio di una libera determinazione che, in particolari contesti, presenta una connaturata pericolosità per le ragioni dei soggetti prossimi.

¹⁵⁰ Sotto questo profilo parrebbe cadere anche l'ulteriore obiezione mossa da DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 12-14 alla riconduzione di talune relazioni connotate da affidamento alla categoria dell'«obbligazione senza prestazione»: quell'obiezione che reputa una forzatura: «ritenere che rapporti siffatti, destinati ad inverarsi *alla sola occasione dell'insorgere di danni*, così che il rapporto *nasce dal danno* e cominci da esso e non prima, riproducendo in tutto e per tutto il non-rapporto aquiliano, abbiano poi bisogno di trovare rispondevolezza in fattispecie negoziali o in atti ad esse assimilabili».

dell'«obbligazione senza prestazione», ma pur sempre contenuta entro l'orizzonte della prevenzione dei pregiudizi facilitati dall'accostamento delle sfere giuridiche, e tutto ciò specie in aree di attività ampiamente sperimentate oppure fortemente procedimentalizzate¹⁵¹.

Una volta assestata l'«obbligazione senza prestazione» proprio a partire dalle caratteristiche del rapporto precontrattuale, è necessario, però, chiarire che una tale categoria appare plausibile in quanto la «*culpa in contrahendo*» venga concepita come responsabilità relazionale, ossia come meccanismo di traslazione del costo di danni che si generano all'interno di un rapporto a causa della violazione di regole specifiche di condotta o del superamento di limiti d'azione¹⁵²; e non già in quanto essa favorisca il riconoscimento della struttura relazionale, e dunque della natura contrattuale, della responsabilità precontrattuale. Così ragionando, infatti, quest'ultima risulterebbe influenzata dalla categoria che essa stessa, sul piano della storia delle idee, ha contribuito in maniera decisiva a elaborare, finendo così per essere accreditata da ciò che essa ha accreditato. Impostare la questione in questi ultimi termini, come fa la per tanti altri versi lodevole pronunzia in commento, non rende un buon servizio né al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale né all'«obbligazione senza prestazione», o contatto sociale qualificato che dir si voglia.

¹⁵¹ Per descrivere alcune di queste ipotesi S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 131 ss., in part. 140 ss. ha teorizzato una manifestazione media della responsabilità contrattuale in senso debole.

¹⁵² Per quanto vi siano studiosi del prestigio del prof. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11 - ma parrebbe orientarsi in tal senso anche A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 357-358 - che, pur aderendo all'impostazione mengoniana della responsabilità precontrattuale e, dunque, convenendo sulla sua natura contrattuale, rifiutano però la figura dell'«obbligazione senza prestazione». In particolare d.M. reputa che «non sia consentito "navigare" oltre di essa, nel "mare aperto" di rapporti aventi diversa natura e collocazione» e aggiunge che «abbandonato il contesto della *culpa in contrahendo*, la cui specificità non v'ha bisogno di sottolineare, v'ha "il mare aperto" di non-rapporti e/o rapporti in cui il soggetto da tutelare venga a trovarsi non già con il *quisque de populo* e/o con il soggetto della "porta accanto" ma con ruoli, vesti, funzioni di soggetti ben configurati e delineati, sulla cui professionalità il *quisque de populo* (in qualità di soggetto attivo) ha tutte le ragioni di fare "affidamento" e dove tuttavia il concetto di "affidamento", disancorato dalla buona fede innestata in un determinato rapporto, perde, a tal punto, di senso e di significato specifici».