



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Andrea Maria Garofalo

Il problema del contatto sociale

Numero XI Anno 2018

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Ceccarelli Morolli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

IL PROBLEMA DEL CONTATTO SOCIALE

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Il dibattito tedesco sul contatto sociale e sull'estensione della responsabilità precontrattuale* – 3. *L'attuale disciplina del BGB* – 4. *La discussione italiana sul rapporto di protezione precontrattuale e sull'obbligazione senza prestazione da contatto sociale qualificato* – 5. *La responsabilità precontrattuale e l'affidamento (sintesi e rinvio)* – 6. *Precisazioni sull'affidamento precontrattuale: natura della responsabilità e fondamento della relazione* – 7. *L'affidamento e il contatto fattuale: a) contatti negoziali* – 8. *b) contatti pseudo-negoziali* – 9. *L'affidamento e il contatto legale* – 10. *Conclusione*

1. *Introduzione*

In un recente scritto¹, ho ritenuto che al fondo della responsabilità precontrattuale – e quindi a giustificazione di questo istituto – non vi sia semplicemente la relazione di vicinanza tra più parti, né l'affidamento nella correttezza della condotta altrui, ma che il perno della *culpa in contrahendo* sia un affidamento soggettivo e puntuale, nascente in circostanze idonee e in virtù di una condotta altrui e concretantesi in uno stato psichico almeno apparente. Tale affidamento – scrivevo – va inserito in una più vasta relazione, questa sì dominata dall'affidamento oggettivo e generico nella correttezza altrui; siffatta relazione, a sua volta, ha come sua forma giuridica un particolare interesse legittimo di diritto privato, definito pretensivo negativo.

¹ Scritto a cui mi permetto di rinviare sin d'ora: A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*, 2018, 1 ss.. Nel § 5 ne riassumerò il contenuto.

In questa sede vorrei proseguire per questa via di ricerca: e, in particolare, vorrei chiedermi se il collegamento individuato tra la *culpa in contrahendo* e l'affidamento soggettivo psichico possa evitare le critiche già avanzate in dottrina contro l'idea di una *Vertrauenshaftung* o di un'obbligazione nascente *ex lege* in virtù dell'affidamento, nonché possa contribuire, da un lato, a individuare il perimetro della responsabilità precontrattuale, che l'art. 1337 c.c. collega genericamente alla fase delle trattative e a quella di formazione del contratto, e, dall'altro lato, a chiarire se nel nostro ordinamento nascano rapporti giuridici di protezione anche al di fuori dei contatti negoziali.

Più sinteticamente, l'indagine dovrà soffermarsi sui vari problemi cui oggi, sulla scorta di una nota dottrina, la giurisprudenza dà risposta mediante la teoria del 'contatto sociale' (qualificato), inteso quale fonte di obbligazioni senza prestazione. Risulterà necessario, allora, riassumere anzitutto il dibattito che ha condotto a quest'esito giurisprudenziale, prima guardando all'ordinamento in cui si è per la prima volta parlato di *sozialer Kontakt* (la Germania) e poi all'evoluzione del sistema italiano.

2. Il dibattito tedesco sul contatto sociale e sull'estensione della responsabilità precontrattuale

Nel ricostruire il dibattito tedesco sul contatto sociale e l'attuale disciplina del codice civile germanico, risulta necessario premettere che già nella prima metà del Novecento la dottrina d'oltralpe aveva approfondito il tema della responsabilità precontrattuale, pur in larga parte non disciplinato dal BGB, e aveva finito per ritenere che nell'ambito delle negoziazioni si creasse un peculiare rapporto giuridico (*vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*), cosiddetto di protezione, giacché composto

non da obblighi di prestazione, ma per l'appunto di protezione, ossia volti alla conservazione dell'integrità altrui².

Le preoccupazioni che conducevano all'elaborazione di questo rapporto obbligatorio sorto *ex lege* erano di due tipi: da un lato, dare base giuridica agli obblighi di informazione che nascono durante la trattativa, e che sempre sono stati ritenuti centrali dalla dottrina tedesca nell'ambito delle negoziazioni³; dall'altro, tutelare efficacemente l'interesse dei privati all'integrità personale e patrimoniale.

La qualificazione in termini obbligatori della responsabilità precontrattuale si doveva a una (presunta) rigidità del codice civile tedesco, rimasta sino a ora immutata: in quel sistema la responsabilità aquiliana può sorgere, in base al § 823 I BGB, se il danno è ingiusto perché è leso uno dei beni ivi tipicamente previsti (*Enumerationsprinzip*) e, in virtù dei §§ 823 II e 826 BGB, se si realizza una condotta in sé contraria a una norma di protezione o dolosa e contraria al buon costume⁴. Che si tratti di una vera e propria rigidità, però, può essere revocato in dubbio: tale sistema in effetti assicura un controllo dogmatico sulle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, pur senza rinunciare a una (certa, e per vero non molto ampia) flessibilità. Ad ogni modo, la ricostruzione contrattuale della *culpa in contrahendo*, oltre a essere secondo alcuni più adeguata alla sostanza pratica del fenomeno, rendeva risarcibili danni che altrimenti, per essere legati ad affidamenti inutilmente prestati e, quindi, per non rientrare di regola nelle ipotesi di cui ai §§ 823 e 826, sarebbero rimasti irrisarcibili.

² Per indicazioni bibliografiche rinvio nuovamente allo scritto citato alla nt. precedente.

³ H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin-Leipzig, 1931, *passim*.

⁴ Basti qui rinviare a G. WAGNER, sub § 823, in *Münchener Kommentar*⁷, München, 2017, Rn. 474.

Inoltre, solo ricorrendo alla responsabilità per lesione di obblighi di protezione precontrattuali la giurisprudenza aveva potuto decidere in modo adeguato casi in cui un potenziale cliente o un suo accompagnatore avevano subito danni (alla salute o alla proprietà di un bene) a causa di un'insidia presente nei locali commerciali della controparte (si pensi al cliente scivolato su una foglia di insalata che non era stata raccolta dai commessi di un supermercato)⁵. Quest'esito, che per certi versi può apparire esagerato (ma che oggi ha ricevuto consacrazione legislativa), dipendeva dalla necessità di evitare la prova contraria che il § 831 BGB (corrispondente al nostro art. 2049 c.c.) ammette ancor oggi nell'ambito della responsabilità per fatto dei propri dipendenti, e che viceversa il § 278 BGB (in tema di responsabilità contrattuale) tuttora non prevede (inserendo, tra l'altro, fra gli ausiliari della cui attività si risponde anche quelli 'indipendenti')⁶.

⁵ Al riguardo possono ricordarsi i noti casi del *Linoleumteppich*, delle *Bananenschalen* e del *Gemüseblatt*: su cui cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, in *Münchener Kommentar*⁷, München, 2016, Rn. 61; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I¹⁴, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, 110; ID., *Bemerkungen zur Haftung für 'culpa in contrabendo'*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975, 400 ss.; C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, 540, per il concetto di *Anvertrauenshaftung*, ripreso anche in ID., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, trad. it. di A. di Majo e M.R. Marella, 827; R. THIEMANN, *'Culpa in contrabendo' - ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984, 17 ss. V. pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 140 e 201 ss.

⁶ Dunque, la preferenza per una responsabilità contrattuale era dovuta molto pragmaticamente alla necessità di superare i limiti del § 831 BGB sulla responsabilità per *culpa in eligendo* per ausiliari, cui non è soggetto il § 278 BGB: cfr. C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., 802; critico E. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, II, im Auftrage der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages hrsg. von Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn und Richard Lange, Karlsruhe, 1960, 56 ss. – anche se basando tra l'altro su una limitazione soggettiva della responsabilità che oggi appare superata – e pure K. LARENZ, *Bemerkungen*, cit., 401 s., che faceva notare come, in questi casi, un vero e proprio 'affidamento' non vi fosse – obiezione cui

La dottrina tedesca, dopo aver elaborato il concetto di rapporto obbligatorio di protezione, si chiese però se esso non potesse dare forma giuridica anche a relazioni diverse da quella che si intesse tra le parti di una trattativa. Ci si domandò, cioè, quali fossero condizioni perché un tale rapporto obbligatorio di protezione nascesse; e, in particolare, si posero le basi dell'idea di 'contatto sociale'.

La prima tappa di questo itinerario di pensiero va rinvenuta in un famoso scritto di Dölle, risalente agli anni Quaranta dello scorso secolo, nell'ambito del quale si contestava la tesi (di Haupt) di un rapporto contrattuale di fatto, sostenendo invece che, per fondare obblighi di protezione anche al di fuori delle trattative, non sarebbe stato necessario postulare la sussistenza di contratti di fatto: sufficiente, infatti, sarebbe stato riconoscere che la fonte di questi obblighi è il mero *sozialer Kontakt*⁷ (pur con un accorgimento: tali obblighi si sarebbero modulati, quanto ad ampiezza e misura,

replicava Canaris forgiando il concetto di *Anvertrauenshaftung*, su cui v. oltre nel testo – e che codeste ipotesi dovessero essere risolte solo temporaneamente, in attesa di una riforma del § 831 BGB, tramite la figura della *culpa in contrahendo*; conforme D. MEDICUS, 'Culpa in contrahendo', in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 575 (oltre alle opere citate sopra): ma v. oggi, come accennato nel testo, il nuovo § 311 II BGB, su cui E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*⁵, München, 2007, Rn. 91. V. pure W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II³, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 84 ss.

⁷ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldspflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, 73 ss., in critica alla tesi di G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941 (critica resa manifesta soprattutto *ivi*, 84 s.; cfr. pure E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 79). Secondo l'eminente studioso la responsabilità in parola non sarebbe sorta da 'rapporti contrattuali di fatto' (su cui, nella nostra dottrina, v. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ss., e in Germania v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II³, cit., 95 ss.), ma da un *sozialer Kontakt* (*ivi*, 73). Per definire quest'ultimo Dölle traeva spunto da un ragionamento induttivo (basato sul 'sentimento giuridico') e lo connotava con il riferimento a uno *Zweck* (uno 'scopo': *ivi*, 74, 77 e 84): in altri termini, il contatto avrebbe fatto nascere un minimo di affidamento, mentre lo *Zweck* ne avrebbe delimitato l'ambito (non venendo abbracciati gli illeciti che avevano un rapporto solo occasionale con la ragione del contatto) e la misura.

alla luce del corrispondente *Zweck*⁸, derivandone, ad esempio, l'esclusione di qualsiasi onere di diligenza nell'ambito dei semplici incontri tra amici⁹).

La tesi veniva criticata¹⁰, negli anni successivi, soprattutto da Larenz, il quale osservava che un *sozialer Kontakt* così ricostruito, pur poggiando nelle ambizioni dell'autore su un principio codicistico (idoneo a colmare una lacuna legislativa), sarebbe stato in questa sua sproporzionata estensione privo di appiglio normativo e, soprattutto, avrebbe teso ad ampliarsi al punto da assorbire l'intera responsabilità aquiliana. In particolare, un 'contatto sociale' di tal fatta avrebbe potuto presentarsi sempre, tanto che non sarebbero residuati più casi di responsabilità extracontrattuale: in capo al pedone che attraversa la strada presso un incrocio, infatti, potrebbe nascere un affidamento nei confronti dell'autista della vettura cui il semaforo rosso intima di fermarsi (*a fortiori* veniva criticata l'esclusione, proposta da Dölle, dei meri inviti tra amici dall'area del contatto sociale: a voler restare nell'ottica di quest'ultimo studioso, affermava Larenz, questa perimetrazione era insostenibile).

L'estinzione della responsabilità aquiliana era certamente un esito da cui rifuggire: e la soluzione di Larenz andava nel senso di limitare oltremodo l'area del contatto sociale. Pur non disconoscendo che le norme sulla *culpa in contrahendo* potessero subire una *Erweiterung*, l'autore ne delimitava i confini, di modo da

⁸ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., 77 e 84.

⁹ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., 77.

¹⁰ K. LARENZ, '*Culpa in contrahendo*', *Verkehrssicherungspflicht und 'sozialer Kontakt*', in *MDR*, 1954, 517 s. (su cui v. pure C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzungen' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, 478, nt. 26; cfr. anche K. LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht*, in *JuS*, 1965, 378). L'obiezione è stata ripresa (e ampliata) da E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung und 'culpa in contrahendo' - Zur Problematik der Haftungen 'zwischen' Vertrag und Delikt*, in *AcP*, 1983, 421 ss.

farvi rientrare soltanto i contatti che nascevano «auf der Ebene des Geschäftsverkehrs»¹¹: da un lato, le vere e proprie trattative; dall'altro, i contatti con i 'clienti potenziali' (chi entra in un negozio e, senza aver ancora parlato con il gestore, subisce un danno).

Larenz, quindi, poneva al centro della responsabilità precontrattuale la figura del «gesetzlichen Schuldverhältnis aus Vertragsverhandlung oder sonstigem geschäftlichen Kontakt», che, con la modernizzazione del diritto delle obbligazioni tedesco, sarebbe stata recepita dal BGB, ai nn. 1 e 2 del § 311 II BGB (su cui ci intratteremo a breve); un rapporto giuridico, formato da veri e propri obblighi, benché solo di protezione. Nella versione più compiuta di questa teorizzazione, il rapporto obbligatorio prendeva le sembianze di un rapporto complesso, di un *Organismus*, definito come «Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten» (obbligazione senza doveri primari di prestazione: ma solo secondari, ossia risarcitori)¹².

Nonostante la critica di Larenz, l'idea di *sozialer Kontakt* veniva in parte recuperata (e rivista) dalla dottrina degli anni successivi, sempre al fine di giustificare un ambito più ampio per l'operatività di obblighi di protezione.

Un autore, ad esempio, ponendosi sulla scia della tesi di Dölle, riteneva che il contatto producesse obblighi (di protezione), a patto che esso fosse «gezielt» e «gewollt»¹³.

Un altro studioso¹⁴, invece, si attestava su una posizione meno estrema. Egli ammetteva che i precetti della *culpa in contrabendo* e della buona fede (§ 242 BGB) fossero utilizzabili – in

¹¹ K. LARENZ, '*Culpa*', cit., 518.

¹² V. K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., I⁴, 106.

¹³ SCHWERTNER, *Der Ersatz des Verlustes des Schadensfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung - zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitshandlungen und Rechtsgeschäften*, in *NJW*, 1971, 1675.

¹⁴ W. THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, in *JZ*, 1967, 649 ss.

virtù di una *Lücke*¹⁵ – oltre il loro ambito. La responsabilità extracontrattuale si sarebbe dovuta limitare, in tal senso, a regolare i rapporti tra terzi; ove, invece, vi fosse stata una *Sonderverbindung* sarebbero sorti obblighi di protezione: ciò che sarebbe avvenuto, in particolare, ove vi fosse stato un contatto («gezielt» e «gewollt», ma soprattutto) tra «bestimmte Personen»¹⁶. In critica tanto all'opinione di Dölle, quanto a quella di Larenz¹⁷, lo studioso affermava che il contatto non è meramente sociale, ma non richiede nemmeno di essere negoziale (estendendosi, dunque, anche ai veri e propri *Gefälligkeitsverhältnisse*¹⁸). Semmai, la negozialità del contatto avrebbe reso più penetranti gli obblighi che ne derivano¹⁹.

Un'altra dottrina²⁰, invece, distingueva, da un lato, i casi di posizioni di garanzia (che, se nel diritto penale fondavano i reati omissivi impropri, in quello civile avrebbero dato luogo a pretese al risarcimento del danno contrattuale) e, dall'altro, le ipotesi in cui sussiste, nell'ambito delle cortesie, un obbligo di diligenza (la cui lesione avrebbe obbligato a risarcire il danno secondo le norme delle obbligazioni). Quanto ai casi di posizioni di garanzia, era ritenuta poco rilevante la qualificazione di tali vicende come 'contatti sociali' idonei a originare obblighi giuridici.

¹⁵ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 651.

¹⁶ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 651; v. la contrapposizione – 652 –, non più tra negozio e delitto, ma tra «die Haftung aus unerlaubter Handlung und die Haftung aus der Verletzung einer konkreten Verpflichtung gegenüber einem bestimmten anderen», e v. pure la formula sintetica – 654 –, secondo cui un rapporto obbligatorio v'è anche «wo bestimmte Personen zueinander in einen tatsächlichen sozialen Vertrauenskontakt getreten sind».

¹⁷ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 652.

¹⁸ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 652 s.

¹⁹ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 653.

²⁰ W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II³, cit., 84 ss.

Le tesi più ampie venivano, però, criticate da un allievo di Larenz, ossia Canaris, il quale tra l'altro poneva a fondamento della *culpa in contrabendo*, nella maggioranza dei casi, un vero e proprio affidamento soggettivo (psichico o per lo meno normalmente psichico).

Secondo l'autore – la cui opinione risulta ancor oggi di profonda importanza – la responsabilità precontrattuale era in larga parte una vera e propria *Vertrauenshaftung*, una responsabilità (né aquiliana, né contrattuale) sorta in base a un affidamento prestato da un soggetto (o per lo meno apparentemente prestato) in virtù di una condotta di un altro soggetto idonea a farlo sorgere. Per altra parte, invece, si sarebbe trattato di una *Anvertrauenshaftung*, cioè di una responsabilità per aver messo a repentaglio i propri beni, avendo esposto gli stessi ai rischi derivanti da una condotta altrui. In ogni caso, la *culpa in contrabendo* avrebbe assunto dogmaticamente la forma del *Schutzverhältnis*, che sarebbe sorto sin da prima dell'eventuale conclusione del contratto e sarebbe sopravvissuto a questa.

Quanto al tema che più direttamente ci interessa, Canaris invitava a delimitare in modo scrupoloso le fattispecie da cui può nascere una tale responsabilità²¹, sottolineando la necessità che gli

²¹ C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Bankrecht - Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky*, hrsg. von N. Norr, H.-J. Lwowski und G. Nobbe, Köln, 1999, 59: «bei deren Entwicklung muss selbstverständlich behutsam vorgegangen und demgemäß, soweit es sich um die hier allein zur Diskussion stehende Schadensersatzhaftung handelt, grundsätzlich der Anschluss an gesetzlich geregelte Tatbestände oder an den gesicherten Kernbereich der *culpa in contrabendo* gesucht werden». L'importanza di questa espressione sintetica, anche con riguardo alle tesi che la Modernisierung farà propria, è sottolineata da A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del 'contatto sociale')*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 89 s., testo e nt. 47.

obblighi di protezione discendessero sempre ‘dalla legge’, e non ‘dal mero fatto’.

A dire il vero, è facile opporre che, anche per gli altri autori, ritenere sufficiente un contatto ‘fattuale’ non voleva certo dire escludere la fonte ‘legale’ degli obblighi²². In realtà la critica di Canaris assumeva il (diverso) senso di evitare la creazione di una ‘clausola generale’ di affidamento, e dunque di limitare la nascita di una *culpa in contrahendo* solo ai casi tipicamente previsti dall’ordinamento (tramite disposizione espressa o ricavabile in via analogica), onde evitare che l’ammissione di obblighi di protezione ogni qual volta la buona fede sembrasse richiederlo scardinasse l’intero sistema giuridico della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

La *culpa in contrahendo* costituiva, nell’ottica di Canaris, responsabilità «kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr»: il che consentiva di restringerne le maglie (e di porre al centro le ipotesi di vero e proprio affidamento, ossia di *Vertrauenshaftung*), ma contemporaneamente di ampliarla rispetto alle trattative intese nel senso più ristretto²³, soprattutto al fine di rendere risarcibili dei danni che un’interpretazione rigorosa dei §§ 823 e 826 BGB avrebbe portato a ritenere irrilevanti in via aquiliana, perché

²² W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 651.

²³ C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., 442 ss.; *ivi*, 444, si aggiunge: «denn bei diesen richtet sich das Vertrauen auf einen zukünftigen rechtsgeschäftlichen Akt – sei es, dass dieser sich in einem Erfüllungsgeschäft erschöpfen soll, sei es, dass der vorherige Abschluss eines entsprechenden obligatorischen Vertrages in Aussicht gestellt wird –, und daher ist auch hier das Merkmal des ‘rechtsgeschäftlichen Kontakts’ ausnahmslos erfüllt, da folgerichtig ja zumindest die ‘Anbahnung’ einer rechtsgeschäftlichen Beziehung gegeben ist»; cfr. pure C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, I, in *Großkommentar HGB*⁴, hrsg. von C.-W. Canaris, W. Schilling und Ulmer, Berlin, 2005, 9 – «die Vertrauenshaftung ist daher zwar Haftung kraft Gesetzes und nicht kraft Rechtsgeschäfts, aber doch immerhin Haftung kraft rechtsgeschäftlichen Kontakts oder kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr» – e 68).

arrecati a un bene indifferenziato com'è il 'patrimonio' di un soggetto, al di fuori di una specifica norma di protezione o di una condotta dolosa contraria ai buoni costumi.

E, infatti, oltre all'estensione di Larenz alla responsabilità verso i clienti che entrano nei locali commerciali, la tesi di Canaris conduceva a ricondurre alla *culpa in contrahendo* una vasta congerie di ipotesi, tutte afferenti alla *Vertrauenshaftung*. Il riferimento andava ai casi in cui un soggetto, pur non parte futura del contratto, suscitava un affidamento nella sua persona (soprattutto in virtù della sua specifica professionalità) e forniva informazioni a coloro che trattavano²⁴.

Quest'ampliamento, in realtà, non era condiviso da quanti, in quello stesso torno di anni (e siamo già negli ultimi decenni del Novecento) criticavano l'idea di affidamento e, soprattutto per la responsabilità dei professionisti per false informazioni (tipicamente fonte di danni meramente patrimoniali), preferivano una ricostruzione in termini aquiliani.

Di fronte alla già menzionata tipicità del § 823 I BGB, questi autori valorizzavano proprio uno spunto di Larenz, in tema di *Verkehrspflichten*²⁵. Con questa espressione, traducibile come

²⁴ Per una serie di *Fallgruppen*, cfr. C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., 809 ss. (*ivi*, 827 s., si riprende l'idea per cui l'affidamento nasce da un contatto negoziale o comunque dalla «partecipazione al traffico negoziale», cioè da un contatto non diretto ma comunque «orientato' ... verso l'esterno»); K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., I⁴, 122 ss.

²⁵ Cfr. E. VON CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., 71 ss. – ove si evidenzia il collegamento con il *tort of negligence* e si ammette che la lesione delle *Verkehrspflichten* possa consistere sia in un *non facere*, sia in un *facere* –; Ha. STOLL, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, in *AcP*, 1963, 229 ss.; C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, 114 ss., nonché ID., *Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)pfllichten*, in *JZ*, 1979, 332 ss., ma soprattutto ID., *Verkehrspflichten. Richterliche Gefährdungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, e ID., *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfllichten*, in *JuS*, 1988, 169 ss.; K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 2¹³, München, 1994, 368 s. e 399 ss.; J. ESSER-H.L. WEJERS, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, 2⁸,

‘obblighi del traffico’, la giurisprudenza tedesca richiama talune regole, la cui violazione dovrebbe in talune circostanze integrare la fattispecie di responsabilità civile. La sussistenza di tali regole si è ipotizzata, tradizionalmente, per gli illeciti derivanti da un *Unterlassen* – ossia per quelli omissivi – e solo più di recente è apparsa la sua connessione con i delitti derivanti da una condotta commissiva. Il riferimento alle *Verkehrspflichten* viene giustificato in virtù del fatto che taluni soggetti, a causa della loro competenza o delle circostanze in cui operano, debbono rispettare certe regole (per l’appunto ‘del traffico’): si pensi a chi apre certi locali (o, nell’esempio più comune, strade) al pubblico e all’eventualità che un *Verkehrsteilnehmer* possa venire leso nei suoi beni (tipicamente protetti: § 823 I BGB). L’esempio più noto è proprio quello dell’albero caduto sulla strada pubblica che causa un incidente.

Così descritti, tali ‘obblighi del traffico’ dovrebbero costituire un elemento di quegli illeciti aquiliani connotati dall’ingiustizia del danno (e non dall’illiceità della condotta in sé considerata): in altri termini, di quelle fattispecie regolate dal § 823 I BGB (ove si catalogano i beni la cui lesione dà luogo a un danno ingiusto)²⁶.

Heidelberg, 2000, 172 ss. e 178 ss.; H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*¹², München, 2013, 58 s.; G. WAGNER, sub § 823 BGB, in *Münchener Kommentar*⁷, München, 2017, Rn. 380; N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen, 2003, 394 ss.

²⁶ Tra l’altro, non è nemmeno chiaro a che elemento della fattispecie aquiliana essi debbano ricondursi (fattispecie che in Germania è di norma ricostruita secondo il classico modello tripartito del reato: ossia distinguendo fatto – condotta, causalità, evento –, antigirudicità – assenza di cause di giustificazione – e colpevolezza). Per la *Tatbestand* K. LARENZ- C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 213, cit., 368; con preferenza per la *Rechtswidrigkeit* C. VON BAR, *Verkehrspflichten*, cit., 173, e J. ESSER-H.L. WEYERS, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, 28, cit., 170 (ma collegandosi comunque al mancato rispetto della *Sorgfalt*). W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, Berlin, 2006, 780, nt. 12, dopo aver dato conto del cambiamento di opinione di Medicus (che un tempo faceva afferire le *Verkehrspflichten* alla *Haftungsbegründende Kausalität*), affermano che, «da die Verkehrspflichten die Lücke füllen, die durch teleologische Reduktion des § 823 I in Fällen fernwirkender schädigender Handlungen geöffnet worden ist, erfolgt die Prüfung der

Tuttavia, per motivi tecnici su cui non è il caso di diffondersi²⁷, Larenz proponeva un trasloco delle *Verkehrspflichten* dall'*Absatz* I al II del § 823 BGB²⁸.

Senonché, mentre per l'autore questo spostamento non avrebbe consentito di estendere i beni tutelati rispetto a quelli tassativamente elencati nel § 823 I (nel senso che la violazione di *Verkehrspflichten* doveva comunque associarsi alla lesione di un bene tipicamente protetto), la letteratura successiva che ne sviluppava lo spunto si distaccava da questo suo avvertimento e faceva degli 'obblighi del traffico', sostanzialmente, delle norme di protezione, tali da qualificare come illecita una condotta e da rendere risarcibile un danno anche meramente patrimoniale.

In tal modo si ampliava, da parte di questi autori, la responsabilità extracontrattuale: e, per questa via, si giungeva a ricondurre a essa varie fattispecie tradizionalmente imputate, tramite la responsabilità precontrattuale, a quella contrattuale²⁹. In

Verkehrspflichten zweckmäßig bei der Handlung und dort nach dem Eingriff in das Rechtsgut»; preferiscono la *Fahrlässigkeit*, che però viene inevitabilmente attratta (con tutto l'elemento soggettivo, ossia la colpevolezza – *Verschulden* –) al piano oggettivo, H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*¹², cit., 56 s. e spec. 59; G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., Rn. 392 s.

²⁷ Il discorso di Larenz era, tra l'altro, inserito in un più vasto contesto, ove veniva proposta una soluzione compromissoria per il problema della *Rechtswidrigkeit*, volta a mediare tra le teorie che riducono quest'ultima al *Verletzungserfolg* – o, meglio, alla *Handlung* che a esso conduce – e quelle che la ravvisano nel *Verstoß gegen ein Verhaltensgebot oder -verbot*, distinguendo a tal fine tra *unmittelbare Eingriffen* e *mittelbaren Beeinträchtigungen*. K. LARENZ, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, in *Vom Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für Hans Döle*, 1, hrsg. von E. von Caemmerer, A. Nikisch und K. Zweigert, Tübingen, 1963, 193; sul tema cfr. pure K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 2¹³, cit., 364 ss., e G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., Rn. 7, ove la tesi in parola è definita *herrschende Meinung*.

²⁸ K. LARENZ, *Rechtswidrigkeit*, cit., 189.

²⁹ La proposta veniva motivata diversamente dagli studiosi. Si è, ad esempio, immaginato (H.-J. MERTENS, *Deliktsrechts und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen*, in *AcP*, 1978, 231 ss.; ID., *Verkehrspflichten und*

Deliktsrecht - Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung, in *VersR*, 406) di aggiungere in via interpretativa un nuovo III Absatz ai primi due del § 823 BGB, così da raccogliere talune evoluzioni giurisprudenziali relative all'estensione della responsabilità extracontrattuale nelle parti speciali del diritto privato; si è, da altra parte (K. HUBER, *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bieberstein und Schlechtriem, Tübingen, 1978, 376, 378 ss. e 383 ss.) contestata la tesi della responsabilità per lesione dell'affidamento (in realtà nella sua versione di 'responsabilità da contatto sociale') in quanto, se da un lato essa risulterebbe insufficiente a fornire tutela, dall'altro rischierebbe d'essere eccessiva, finendo per apparire preferibile un inquadramento di certe peculiari ipotesi nella *Berufshaftung* (ossia della responsabilità professionale) di stampo extracontrattuale per violazione delle *Verkehrspflichten* cui rimanderebbe il § 823 II; infine, si è criticata (Ha. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *AcP*, 1976, 151, nt. 21) l'ascrizione di certi doveri alla responsabilità contrattuale, senza però distaccarsi dalla teoria della responsabilità per affidamento, di cui veniva solamente mutata o comunque specificata la base normativa (rinvenendone il fondamento nel § 242 BGB e includendo nella fattispecie le promesse unilaterali non vincolanti, aventi per ciò stesso carattere quasi-contrattuale e non contrattuale: cfr. Ha. STOLL, *Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, 741 ss., e spec. 764 per la responsabilità da false informazioni e 773; v. pure G. HOHLOCH, *'Vertrauenshaftung' - Beginn einer Konkretisierung?*, in *NJW*, 1979, 2372 s., e la critica di C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., 812 s.) e limitata l'area di operatività (Ha. STOLL, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, Schlechtriem, Tübingen, 1978, 453 s., affermava infatti che molte delle ipotesi tradizionalmente ascritte alla responsabilità precontrattuale potevano essere già, e meglio, risolte in via extracontrattuale, evitando di ricreare nell'ambito delle trattative una clausola generale di risarcibilità di qualsiasi danno). Quanto al problema posto dal § 831 BGB, è da dire che l'ampio riconoscimento di *Verkehrspflichten* volte alla tutela dei beni e pure del mero patrimonio altrui, così come il rinvenimento di apposite *Organisations-* e *Aufsichtspflichten*, pareva risolvere da sé le esigenze pratiche (cfr. C. VON BAR, *Verkehrspflichten*, cit., 264 s.); si ripresentava comunque l'idea di una riforma legislativa (così D. MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981, 490 s. e 494), nelle cui more ricorrere all'inquadramento contrattuale (cfr. U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker et alii, Tübingen, 1978, 865 ss., nonché ID., *Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1977, 318 e 320, che

particolare, vanno a tal riguardo richiamate le ipotesi di responsabilità per false informazioni in capo a soggetti dotati di particolare esperienza e di peculiare competenza, su cui sarebbero gravate delle *Verkehrspflichten* volte a imporre una condotta diligente (e quindi idonee a sanzionare una *Berufshaftung*)³⁰.

Si trattava, insomma, di quelle stesse ipotesi di *Vertrauenshaftung* che Canaris attraeva alla *culpa in contrahendo* e che questi autori, invece, risolvevano in altrettanti casi di violazione di *Verkehrspflichten*, ad opera soprattutto di professionisti ed esperti. In alcune ricostruzioni estreme, poi, si proponeva di ricondurre interamente la *culpa in contrahendo* alla tutela aquiliana³¹.

3. L'attuale disciplina del BGB

Questo era lo stato del dibattito tedesco sino alla fine del XX secolo, in cui si oscillava tra una responsabilità precontrattuale relativamente ampia, avente per lo più forma di *Vertrauenshaftung*, e una responsabilità aquiliana forzatamente ingrandita, al fine di farvi rientrare talune ipotesi di danno meramente patrimoniale.

Su questo sfondo si è inserita la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002, che ha disciplinato la materia di nostro interesse riprendendo

contrapponeva non più *Leistungspflicht* e *Schutzpflicht*, ma *Leistungspflicht* e *allgemeine Verkehrspflicht*, salvi i casi in cui la protezione afferiva già alla prestazione, come nel caso dell'obbligazione del medico; per taluni profili, e salvo ovviamente le novità apportate dalla *Modernisierung*, v. oggi U. BÄLZ, *Die vertragliche Erfüllung im System der privatrechtlichen Haftung*, in *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010*, hrsg. von T. Lobinger, Tübingen, 2010, 46 ss.).

³⁰ C. VON BAR, *Vertrauenshaftung ohne Vertrauen*, ZGR, 1983, 512, riecheggiando l'opera di Schiller si chiedeva «ob nicht auch hier [nell'ambito del danno meramente patrimoniale] der Mohr (die Vertrauenshaftung) seine Schuldigkeit getan habe und gehen sollte». V. pure ID., *Zur Haftung bei Ausstellung eines grob unrichtigen Dienstleistungszeugnisses*, in JZ, 1979, 729 s., e ID., *Verkehrspflichten*, cit., 204 ss.

³¹ R. THIEMANN, 'Culpa', 148 ss.

in buona parte le tesi di Canaris e disattendendo le diverse proposte dottrinali di cui poc' anzi s'è detto³².

Anzitutto, il nuovo § 241 II BGB sancisce che il rapporto obbligatorio possa obbligare ciascuna parte a rispettare l'integrità dei beni della controparte: così dando rilievo positivo proprio all'idea di *Schutzverhältnis*.

Si prevede poi, al § 311 II e III BGB, la nascita di un rapporto con gli obblighi di cui al § 241 II (a seconda della terminologia preferita, un *Schutzverhältnis* o un *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten*), in tre diversi casi e nei confronti di diverse persone.

In particolare, ai sensi del § 311 II, esso sorge: 1) in caso di trattative (intese in senso stretto, come vere e proprie negoziazioni); 2) in caso di *Anbahnung* ("instradamento") di un contratto, qualora «der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut»; 3) nel caso di contatti pseudo-negoziali.

Quanto ai soggetti, secondo il § 311 III il rapporto di protezione precontrattuale interessa non solo le parti del futuro contratto, ma anche altri soggetti: ad esempio, chi fisicamente accompagna una parte nei locali in cui si concluderà il contratto e, più in generale «in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst».

Sono molti gli interrogativi che la riforma lascia aperti.

Effettivamente, l'idea di Canaris della sopravvivenza del rapporto di protezione unitariamente considerato alla conclusione

³² Tra l'altro, fortemente criticate da C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., 798 ss. V. pure D. MEDICUS, *Zivilrecht und Umweltschutz*, in JZ, 1986, 780.

del contratto – nel senso che il primo si porrebbe accanto al rapporto obbligatorio di prestazione, senza venirne inglobato – non è stata confutata (nemmeno ove si è previsto che dal contratto avente oggetto impossibile sorgano comunque effetti obbligatori³³), ma nemmeno approvata³⁴. Così, il legislatore non ha preso posizione (e difficilmente avrebbe potuto prendere posizione) sulla natura della *culpa in contrahendo* quale *Vertrauenshaftung*, così come da tempo sosteneva proprio Canaris.

³³ Cfr. il nuovo § 311a BGB; v. già C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, 500 e 505 s., e ID., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del 'Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts'*, a cura di G. De Cristofaro, Padova, 2003, 16 s.; qui, infatti, vi è un *Vertrag ohne primäre Leistungspflichten*, da cui sorge un obbligo di prestazione 'secondario', ossia risarcitorio, calcolato qui non su un interesse di protezione, per ciò stesso negativo, ma su una prestazione – per quanto impossibile – e, dunque, su un interesse positivo; la riforma non ha dunque una volta per tutte ammesso che il rapporto di protezione, in caso di contratto valido, sia assorbito dal rapporto obbligatorio da esso nascente, ponendosi accanto all'obbligo di prestazione.

³⁴ Cfr. sul punto W. ERNST, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 38; G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 109 (secondo cui «während manche den Geltungsgrund der Schutzpflichten im Vertrag erblicken, rekurrieren andere auf ein neben dem Vertrag und unabhängig von ihm existierendes einheitliches gesetzliches Schutzpflichtverhältnis»); W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, cit., 27 s. (ove però si propende, piuttosto che per la teoria di Canaris dell'*einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis*, per la *Umschlagtheorie*, secondo cui «schlagen die Schutzpflichten mit Vertragsschluss in vertragliche Pflichten um»). Addirittura, in dottrina vi è chi ritiene che la riforma abbia condiviso l'idea di C.-W. CANARIS (su cui da ultimo v. *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, in *ZHR*, 1999, 220 s.) per cui la *Vertrauenshaftung* sarebbe una *dritte Spur* tra responsabilità aquiliana e contrattuale (E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 81: «der [heute durch § 311 Abs. 2 und 3 iVm. § 241 Abs. 2 abgesegete] Gedanke einer gesetzlichen Haftung für Schutzpflichtverletzungen eröffnet somit eine dritte Spur zwischen Delikts- und Vertragshaftung») e chi invece ritiene che l'abbia definitivamente disapprovata (J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB. *Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, Tübingen, 2007, 1558).

Svariati sono, poi, i problemi relativi all'individuazione delle tre categorie richiamate dal § 311 II.

Non è molto rilevante distinguere tra i nn. 1 e 2, ossia tra trattative e 'instradamento' del contratto, giacché la seconda nozione appare più lata della prima³⁵. Sennonché, il concetto di *Anbahnung* resta abbastanza oscuro, salvo non si voglia semplicemente ritenere che il legislatore tedesco abbia voluto richiamare taluni casi puntuali (lasciando poi alla dottrina il compito di disegnare l'esatta ampiezza delle clausole contenute nel § 311 II), come quello dei clienti che subiscono un danno una volta entrati in un locale commerciale (al di fuori, quindi, di una vera e propria 'trattativa' o anche solo di uno 'scambio di battute' sul contratto). Questo avvio di una relazione che, pur non potendosi qualificare trattativa, potenzialmente potrebbe diventare negoziale ricorda l'unica ipotesi che, per Larenz, era di contatto sociale giuridicamente rilevante e non rientrante nella *c.i.c.*

Estraneo alla vera e propria negoziazione e alla *Anbahnung* è, invece, il 'contatto pseudo-negoziale'³⁶: formula ancora più sibillina che si rinviene nel § 311 II, n. 3.

Per comprendere esattamente la genesi di questa disposizione dobbiamo considerare un caso che aveva dato molto filo da torcere agli interpreti tedeschi in passato: quello dei consigli offerti dalle banche al di fuori di un rapporto contrattuale. La giurisprudenza tedesca l'aveva spesso risolto ritenendo che, con

³⁵ Oltre a quello relativo all'esatta distinzione tra i nn. 1 e 2 del § 311 BGB: ma si tratta di questione puramente teorica (F. FAUST, *Schadenersatz*, in HUBER-F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, 70), che probabilmente va risolta nel senso di un rapporto tra *genus* e *species* (e precisamente il n. 1 come specie del n. 2; cfr. anche V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 45).

³⁶ Cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 41 e 48. La dottrina più sincera (v. I. KOLLER, *Recht der Leistungsstörungen*, in I. KOLLER-H. ROTH-R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002, 64), ammette l'oscurità della norma.

l'informazione, si concludesse per fatti concludenti un contratto tra la banca e il privato: sennonché, si era rilevato come in realtà mancasse ogni intento di vincolarsi (anche ove si fossero lette le condotte pattizie secondo il canone della *normative Auslegung*). Al fine di evitare questa finzione, Canaris aveva proposto di ritenere che tale responsabilità fosse da qualificare come *Vertrauenshaftung*: e proprio a tal fine aveva affermato – come si ricorderà – che una responsabilità per affidamento poteva nascere ogni qual volta le parti ‘partecipassero al traffico negoziale’.

Seguendo questa strada, e ritenendo che la riforma del 2002 abbia voluto ratificare le idee di Canaris anche su questo punto³⁷, gran parte della dottrina sostiene che il contatto quasi-negoziale riguarderebbe «Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter, Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter sowie vor allem Kontakte ..., bei denen noch kein Vertrag angebahnt» (ipotesi queste, peraltro, già in parte coperte dal n. 2 e dall'*Absatz* III)³⁸.

Sennonché, ammesso questo dato, gli autori declinano variamente la linea di distinzione tra contatto quasi-negoziale e semplici cortesie. Non è facile, a dire il vero, cogliere le esatte differenze tra le diverse tesi, a volte diverse solo dal punto di vista linguistico e non nella sostanza³⁹.

³⁷ Per vero, secondo C.-W. CANARIS, *La riforma*, cit., 27 s., il testo della lettera c) è volto a mettere un freno alla «proliferazione delle ipotesi di mero contatto cd. ‘sociale’», mentre il terzo comma recepirebbe ipotesi elaborate da dottrina e giurisprudenza «in tema di responsabilità per *culpa in contrahendo* dei terzi». Cfr. in termini anche ID., *Die Reform*, cit., 520, ove – oltre ad ammettersi l'oscurità della disposizione – si individua un parziale collegamento tra l'ipotesi del contatto quasi-contrattuale e quella del III *Absatz*.

³⁸ V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 48.

³⁹ Abbastanza ristretta, ad esempio, l'opzione interpretativa di C. GRÜNEBERG, *Einleitung vor § 241 BGB*, in *Palandt Kommentar*⁷¹, München, 2012, Rn. 8, che però ammette una più ampia libertà del giudice nella ricerca del *Rechtsbindungswille*, come pure M. LÖWISCH-C. FELDMANN, sub § 311 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, 2013,

In particolare, secondo taluno «werden nur solche Situationen erfasst, in denen jemand einem anderen die Gefährdung seiner Rechtsgüter aufgrund freiwilliger Entscheidung in gleicher Weise ermöglicht, wie es bei einem Rechtsgeschäft der Fall wäre»⁴⁰. Per un altro autore, invece, «der ‘ähnliche geschäftliche Kontakt’ ist denkbar weit gefasst und im Grunde nur negativ abgrenzbar: Außen vor hat zu bleiben, was sich im rein Gesellschaftlichen (Sozialen) abspielt, was ‘Gefälligkeit’ ist. Die Abgrenzung verläuft parallel zur Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäft und Gefälligkeit»⁴¹.

In sintesi, chi ritiene che il legislatore della *Modernisierung* si sia occupato, al già menzionato § 311 II n. 3, dei rapporti di cortesia, ne deduce il più delle volte la limitazione della tutela dell’affidamento ai soli casi di *Gefälligkeitsverhältnisse* che postulano un qualche contatto quasi-contrattuale: così, quello tra banche che danno consigli gratuitamente a soggetti che non sono clienti, ma non quello tra genitori e vicini di casa che badano ai bambini dei primi⁴². D’altro canto, la disciplina della responsabilità extracontrattuale nel primo caso non offrirebbe protezione

Berlin, 43. Più flessibile, invece, la soluzione proposta da G. BACHMANN, sub § 241 BGB, cit., Rn. 125, in ogni caso però – Rn. 126 – nel rispetto del carattere negoziale o tutt’al più quasi-negoziale richiesto dal § 311 II n. 3.

⁴⁰ D. OLZEN, sub § 241 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, 2015, Berlin, 253. Cfr. pure H.P. WESTERMANN-P. BYDLNSKI-R. WEBER, *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*⁸, München, 2013, 36, che distinguono le cortesie da cui nasce affidamento a seconda della rilevanza patrimoniale della materia cui attengono; H. SCHACK, *BGB - Allgemeiner Teil*⁴, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013, 197.

⁴¹ R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008, 371 (v. pure 369 ss.: la disposizione del numero 3 abbraccia le altre due ipotesi, rendendone inutile la previsione).

⁴² M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*¹⁰, München, 2012, 316 s.; E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 38, 79 e 90. Cfr. anche R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*⁴, Tübingen, 2016, 267.

sufficiente (si tratta di un danno meramente patrimoniale); tutt'al contrario avverrebbe invece nella seconda ipotesi⁴³.

Altrettanto difficile, poi, è comprendere a cosa esattamente volesse fare riferimento il legislatore con il comma terzo del § 311. È probabile che si intendessero richiamare i casi di interferenza di un terzo nelle trattative, come quelli in cui un professionista lede con la sua attività gli interessi di un soggetto che, però, non entra in rapporto alcuno con lui (si pensi alla perizia di un architetto, richiesta dal venditore e poi consegnata da questi al compratore, che in seguito si rivela errata). Secondo alcuni, in particolare, se ne occuperebbe l'*Abs. III* del § 311 (se non addirittura l'*Abs. II*, n. 3); secondo altri, invece, si tratterebbe di un caso di *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*⁴⁴, ossia di un contratto il cui (buono o cattivo) adempimento si riflette immediatamente su un terzo soggetto che, pur senza essere creditore, può e deve poter contare su un'attività esecutiva che, conformandosi a buona fede, non gli produca danno⁴⁵.

Nonostante le incertezze residue, da questa breve rassegna possiamo dedurre che ancor oggi la *culpa in contrahendo* tedesca, e con essa l'idea di rapporto obbligatorio di protezione di fonte

⁴³ Con riferimento alle cortesie, non va sottovalutato come – anche a fronte del carattere non onnicomprensivo della previsione di cui al § 311 BGB – una parte della dottrina ritiene che l'accordo che vi dà vita possa essere letto come contratto idoneo a far nascere (pattiziamente) un rapporto di sola protezione.

⁴⁴ Cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, Rn. 195 ss., nonché B. SCHINKELS, 'Dritthaftung' von Gutachtern in Deutschland und England im Lichte der VO Rom II, in JZ, 2008, 273 s. V. già sul punto C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, I, cit., 69; ID., *Die Reichweite*, cit., 206 ss.

⁴⁵ V. K. LARENZ, *Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen*, in NJW, 1960, 77 ss.; J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag am 25.11.1958*, hrsg. von E. Nöttischer, Tübingen, 1958, 249 ss.

legale⁴⁶, è legata a un contatto in qualche modo negoziale, al cui centro vi è non solo e non tanto la lealtà e la correttezza altrui, ma anzitutto un affidamento soggettivo. Il fulcro della responsabilità precontrattuale pare restare, benché spesso gli autori tedeschi non lo ammettano con la nitidezza di Canaris, la *Vertrauenshaftung*, rispetto alla quale è solo ulteriore e accessoria la *Anvertrauenshaftung*, ossia la responsabilità derivante da danni inferti ai beni e alla persona di ciascuna parte delle trattative.

Quest'esito, cui è pervenuta la dottrina tedesca, potrebbe stupire l'interprete italiano, abituato – ne parleremo a breve – all'idea di contatto sociale qualificato da cui nasce un'obbligazione senza prestazione, per così dire, ad ampio raggio, non necessariamente incentrata sui problemi dell'informazione. La diversa evoluzione tedesca, comunque, si spiega facilmente, se si pone mente, da un lato, al timore della dottrina d'oltralpe di una indebita estensione della responsabilità contrattuale o comunque per affidamento; dall'altro, alla costruzione della responsabilità precontrattuale soprattutto come *Erklärungshaftung*⁴⁷ (e alla grande rilevanza della tesi di Canaris sulla *Vertrauenshaftung*).

⁴⁶ Per la sostanziale identificazione «tra obbligazione senza prestazione e *culpa in contrabendo*» nella dottrina tedesca v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 474, nt. 71.

⁴⁷ Così massimamente in H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., 132 (vedi infatti la critica di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 278), ma il punto è tipico nella dottrina tedesca: v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 130. Lo dimostrano, tra l'altro, i problemi dinanzi ai quali si è trovato Canaris allorché gli si è opposto che gli 'obblighi di conservazione' (quelli volti a proteggere beni già autonomamente tutelati in via aquiliana) non sarebbero rientrati in una responsabilità per affidamento, necessariamente limitata alla *Erklärungshaftung*: cfr. C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., 539 ss. (l'affidamento di Canaris, che normalmente è 'alla correttezza di una informazione', doveva divenire, nella *Anvertrauenshaftung*, affidamento nell'esposizione dei propri beni a pericoli, e dunque a non subire perdite), e lo attesta pure il fatto che solo nell'ordinamento italiano è stata possibile

4. *La discussione italiana sul rapporto di protezione precontrattuale e sull'obbligazione senza prestazione da contatto sociale qualificato*

L'itinerario italiano, come noto, è stato in gran parte diverso da quello tedesco.

Anzitutto, se in Germania l'assenza di una previsione come l'art. 1337 c.c. aveva imposto alla dottrina di ricercare il fondamento della responsabilità precontrattuale e di rinvenirlo nell'affidamento (come *Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens*⁴⁸), in Italia non se n'era sentita la necessità. A dire il vero, ciò non avveniva solo per la presenza di una disposizione di legge (che di per sé rendeva meno urgenti gli sforzi dogmatici di ricostruzione dell'istituto): la stessa limitatezza del novero di doveri che si ritenevano nascenti dalla buona fede nelle trattative portava a percepire la *culpa in contrahendo* come un istituto di non primario rilievo. Per di più, non è da sottacere che la disciplina della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c. ss.) sembrava non richiedere agli interpreti italiani di inquadrare contrattualmente la responsabilità precontrattuale: la necessità non si poneva né con riguardo ai beni lesi, né con riferimento alla responsabilità per fatto altrui, adeguatamente disciplinata dall'art. 2049 c.c.

Nondimeno, a questo esito – ossia, a un inquadramento contrattuale della *culpa in contrahendo* – giungeva a metà nel XX secolo una parte della dottrina⁴⁹, valorizzando l'art. 1337 c.c., così

un'evoluzione dell'obbligazione senza prestazione come quella proposta da Castronovo, tramite la quale si sono abbracciati casi di 'contatto sociale qualificato'.

⁴⁸ K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für 'culpa in contrahendo' bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *AcP*, 1950-1951, 507.

⁴⁹ Si illustrerà qui, per sommi capi, il fulcro della tesi di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., spec. 279. V. però pure, *ex multis*, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 20 s.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 462 ss. Per la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale v. pure, *ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, oggi in

come le varie altre disposizioni dedicate alla *culpa in contrabendo* dal codice civile del 1942 (gli artt. 1338, 1398, 1892 e 1893, e, secondo alcuni, gli artt. 1494, 1578, 1812, 1821). Si proponeva, allora, di ritenere che tra le parti delle trattative nascesse un rapporto obbligatorio di protezione, analogo a quello ipotizzato dalla dottrina tedesca: questa, infatti, sarebbe stata la forma più idonea e congrua per descrivere giuridicamente la relazione precontrattuale.

Un tale rapporto sarebbe sorto non soltanto in virtù di una trattativa: si osservava che nell'ordinamento sussistevano ipotesi di responsabilità precontrattuale precedente o comunque indipendente rispetto allo svolgersi di una vera e propria negoziazione. Un esempio era costituito dall'art. 1718, comma 4, c.c. (ancor oggi in vigore in pari termini)⁵⁰: in virtù di questa disposizione, il mandatario deve provvedere alla custodia delle cose speditegli per conto dal mandante anche se non accetta l'incarico conferitogli, purché quest'ultimo rientri nella sua attività professionale. In questo 'dovere di custodia' si rinveniva un obbligo di conservazione (*Erhaltungspflicht*), sorto prima del momento delle vere e proprie trattative (*Vertragsverhandlungen*): verrebbe oggi da dire, in base alla semplice *Anbahnung eines Vertrags* (§ 311 II n. 2 BGB).

Responsabilità civile e danno, Torino, 2010, 102; G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 25; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 284 ss. e 752 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000, 361 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 186 ss.; A. DI MAJO, *Il contatto sociale - la 'culpa in contrabendo' tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, 2565 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura 'contrattuale' della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1515 ss.

⁵⁰ L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 279, richiamava anche l'art. 1328 c.c., secondo cui la revoca della proposta, ammessa finché il contratto non è concluso, impone di indennizzare l'oblatore delle spese e delle perdite subite, se ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca. Su questa fattispecie basti dire che essa concreta una responsabilità da atto lecito.

Si riteneva, allora, che a dar vita al rapporto precontrattuale fosse «la relazione diretta alla stipulazione di un negozio», «nel momento in cui sorge nei confronti di una, o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra». E si aggiungeva: «la rilevanza dell'affidamento ... è implicita nel concetto stesso di buona fede oggettiva, ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione d'affari».

Per quanto solitamente si sottolinei il rilievo, in questa teoria, dell'affidamento oggettivo in una condotta altrui leale, non è da passare sotto silenzio il riferimento alla «relazione d'affari»: secondo l'autore cui va ricondotta questa tesi, infatti, quell'affidamento peculiare, che in realtà si traduceva nella fiducia al rispetto delle regole di buona fede, derivava da una complessiva situazione di fatto, in cui a spiccare era la relazione d'affari (del traffico giuridico, del *Verkehr*) tra le parti. Su questo punto dovremo, in seguito, soffermarci più ampiamente.

A fronte di queste ricostruzioni, la giurisprudenza e una parte della dottrina hanno per lungo tempo continuato, e in parte continuano ancor oggi, a sposare la tesi aquiliana⁵¹, così escludendo la nascita di un rapporto giuridico tra le parti della trattativa.

⁵¹ Ultima di un orientamento consolidato (salve rare eccezioni) è stata Cass. 13 febbraio 2013, n. 3759, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 649, con nota di M.C. PENUTI. In dottrina v. A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, *passim*; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, 264 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 736; G. PATI, sub *art. 1337 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 45; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², Milano, 2000, 155; GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 481; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 99 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, 179; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, 1210 ss.

Tali ricostruzioni, che si fondano su un modo particolarmente ampio di intendere la responsabilità *ex art.* 2043 c.c., di fatto frammentano la *culpa in contrabando*, giacché la privano del riferimento più generale costituito da un unico rapporto giuridico (volto, quanto meno, ad abbracciare singoli obblighi di protezione).

Da un lato, l'integrità della sfera giuridica di un soggetto, secondo queste tesi, non è assicurata dal rispetto di obblighi di conservazione dei beni materiali e della persona altrui. Dall'altro lato, l'affidamento soggettivo puntuale, caratteristico della responsabilità precontrattuale (specie se letta come *Vertrauenshaftung*), non è tutelato da specifici obblighi di informazione, ma diventa esso stesso una posizione giuridicamente rilevante, protetta in via aquiliana⁵².

Questa ipostatizzazione dell'affidamento soggettivo, a dire il vero, nasconde qualcosa di diverso: e, per la precisione, la necessità di consentire al giudice una valutazione dell'illiceità della condotta di una parte basata proprio sul criterio della buona fede. Seguendo tale parametro il giudice può scegliere la parte cui allocare un certo danno⁵³.

Non è necessario indugiare ancora sulle teorizzazioni in merito alla responsabilità precontrattuale. Quanto si è detto è sufficiente, infatti, per procedere nell'indagine e, soprattutto, per chiarire come gli studiosi italiani, proprio a partire dalle diverse opinioni sostenute con riferimento alla responsabilità precontrattuale, abbiano affrontato il tema del contatto sociale e come, attraverso questo, abbiano provato a risolvere i problemi del

⁵² Cfr. E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-3, Milano, 2009, 252.

⁵³ V. F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, 190; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 168 ss.

danno meramente patrimoniale⁵⁴. Ci accorgeremo, del resto, di come sia risultato sempre centrale l'affidamento, sebbene – volta per volta – individuato in modo differente⁵⁵.

D'altro canto, quando si parla di contatto sociale e di danno meramente patrimoniale è inevitabile, tanto in Italia, quanto in Germania, riferirsi a quella vasta «area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale»⁵⁶ che, come noto, la dottrina ha ricollegato ora all'una, ora all'altra forma di tutela risarcitoria. Si tratta di un'area per larghi tratti (ma non esclusivamente⁵⁷) coincidente con quella dei danni meramente

⁵⁴ Per una compiuta definizione di tale nozione v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 1 ss.; da notare come gli autori che ampliano il sistema aquiliano concludono per l'inutilizzabilità di questa categoria nel nostro sistema (v. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 564; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 137 ss.). Sul danno meramente patrimoniale v. pure C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 99 ss. e 444 ss.; G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno resp.*, 1998, 729 ss.; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 349 ss.; A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss. In ottica comparatistica v. C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, cit., 493 ss. Dal punto di vista storico cfr. M.R. CURSI, *L'eredità dell'«actio de dolo» e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, *passim* (secondo cui già in epoca romana si erano ammesse *actiones in factum* per la tutela contro danni meramente patrimoniali – ma v. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 687 –, e soprattutto per il collegamento l'*actio de dolo*), nonché EAD., *Dall'«actio de dolo» al danno meramente patrimoniale*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 77 ss.

⁵⁵ Di recente ha dedicato la sua attenzione al tema dell'affidamento, in vari scritti, C. AMATO. V. in particolare *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, *passim* (ove molteplici riferimenti al *common law*); *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *'Liber amicorum' per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 389 ss. (ove si distingue tra 'casi facili', 'dubbi' e 'difficili'; v. anche 410 s.); voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2012, 74 ss.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 443.

⁵⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 444.

patrimoniali, la cui indagine ha suscitato due reazioni diverse nella scienza giuridica.

Gli autori tendenti a tipizzare o comunque a restringere il sistema di responsabilità aquiliana hanno infatti sostenuto la necessità di rinvenire rapporti obbligatori in questa «terra di nessuno»⁵⁸. Viceversa, gli studiosi persuasi di una certa larghezza del sistema italiano di responsabilità aquiliana hanno ritenuto, semplicemente, estraneo al nostro ordinamento il problema del danno meramente patrimoniale, essendo possibile con ampiezza per l'interprete rinvenire una situazione lesa e tutelata dall'art. 2043 c.c.⁵⁹

La contrapposizione tra scuole di pensiero non va intesa troppo rigidamente. Alcuni casi di danno meramente patrimoniale sono risolti, dalla prima corrente, in ambito aquiliano, teorizzando la presenza di *Schutzgesetze* anche nel nostro ordinamento (ad esempio, a partire dall'art. 833 c.c.⁶⁰). A sua volta, la riconduzione della «terra di nessuno» all'obbligazione non richiede per forza di cose di aderire a una ricostruzione più rigida del sistema aquiliano, potendosi preferire questa tesi anche, semplicemente, perché ritenuta più adeguata, come forma, alla sostanza da disciplinare (e però è pur vero che i fautori di una responsabilità extracontrattuale

⁵⁸ Per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 29 s.; F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno e antigiridicità*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 762 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir. c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 360, ritiene che esistano anche nel nostro ordinamento norme di protezione tipiche (cfr. §§ 823 II e 826 BGB; e v. già V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 95 ss.).

⁵⁹ F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., 203 ss. V. pure E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 255 ss., e già EAD., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 625 ss., nonché EAD., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*, e spec. 165 ss.

⁶⁰ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 29 s.

ampia spesso rifiutano a monte la tesi degli obblighi di protezione⁶¹).

Non è qui certo possibile esaminare, nella loro ricchezza, queste proposte dottrinali. Mi limiterò, allora, a dare conto di quelle maggiormente emblematiche.

Tra queste, forse la più famosa è quella di chi ha sviluppato in un duplice senso la tesi della *culpa in contrahendo* come violazione di obblighi di protezione sorti in virtù del peculiare affidamento di una parte nei confronti dell'altra e, così, ha dato ingresso nel nostro ordinamento alla teoria del contatto sociale (qualificato) come fonte di obbligazioni⁶².

Anzitutto, si è sostenuto – sulla scia della dottrina tedesca – che il rapporto precontrattuale sia descrivibile come «obbligazione senza prestazione»⁶³, ossia contenente solo obblighi di protezione.

⁶¹ Seguendo la strada aperta da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 18.

⁶² Teoria cui per lungo tempo era rimasta estranea la nostra scienza giuridica. La ragione è semplice: in ambito precontrattuale la dottrina italiana, a differenza di quella tedesca, non aveva dovuto muoversi per supplire alle inefficienze del legislatore, grazie all'esplicita previsione dell'art. 1337 c.c. Dunque, quello stesso art. 1337 che dava fondamento alla *culpa in contrahendo* aveva finito per restringere l'ambito di rilevanza del rapporto di protezione alla sfera delle trattative. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1337 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 203.

⁶³ Aveva già ricondotto l'obbligo di buona fede nelle trattative al *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten* C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 288 s. (ma cenni anche in G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 627). Oggi v. C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-2, Milano, 2009, 238. La tesi, con tutti i suoi elementi di innovatività (specie in tema di fonte dell'obbligazione senza prestazione) va comunque riferita a C. CASTRONOVO. Essa, già accennata in *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 319 s. (ma v. pure C. CASTRONOVO-F. REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, 89 ss.), trova compiuta sistemazione in *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., poi rifluito, con varie aggiunte, in *La nuova responsabilità civile*³, cit., 443 ss. Di recente ID., *Ritorno*, cit., 679 ss., ID., *La relazione*

In secondo luogo, si è ipotizzato che tale figura possa trovare applicazione anche oltre la *culpa in contrahendo*, così allontanandola dal suo tradizionale punto di riferimento. Da un lato, infatti, si è ritenuto che un'obbligazione senza prestazione nasca in ogni caso di contatto sociale qualificato; dall'altro, si è giustificato questo esito ritenendo che al fondo di tale rapporto obbligatorio vi sia un affidamento peculiare, inteso in senso oggettivo e generico (come affidamento alla lealtà altrui).

L'idea fondamentale, alla base di questa intuizione, è che quello stesso affidamento, tipico della responsabilità precontrattuale, può presentarsi in altre situazioni, le quali richiedono per la loro sostanza di assumere la forma giuridica dell'obbligazione senza prestazione, senza rifluire nella responsabilità aquiliana (che sarebbe la tipica responsabilità 'del passante'). Ciò avviene, in particolare, nei casi in cui «la stessa qualificazione professionale genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di

come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 55 ss., e ID., *Eclissi*, cit., *passim*. Si soffermano sulla figura creata da Castronovo, e sulla responsabilità 'da contatto' nell'applicazione giurisprudenziale successiva, tra gli altri, L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-3, Padova, 2010, 3 ss.; EAD., *Inadempimento dell'obbligazione senza prestazione*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, 103 ss.; A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012; F. CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2010; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, 208 ss.; EAD., *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, 317 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 675 ss.; E. SCODITTI, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Pers. danno*, 1 ss. Criticamente, v. soprattutto M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 142 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 255 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 331 ss.

un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto a uno specifico fine»⁶⁴.

Si è proposto, allora, di utilizzare tale figura per fornire risposta a talune ipotesi tradizionalmente ritenute di danno meramente patrimoniale, oltre che per dare forma giuridica adeguata ad ulteriori relazioni che, di per sé, non pongono problemi di tutelabilità in via aquiliana (se non per le difficoltà probatorie che, secondo talune tesi, ne discendono⁶⁵). In particolare⁶⁶, il riferimento è andato ai casi di informazioni date da un professionista e alla *Prospekthaftung*; alla responsabilità degli intermediari finanziari; a quella del medico dipendente da una struttura sanitaria verso il paziente; a quella del precettore dipendente da un istituto scolastico per il danno cagionato dall'alunno a se stesso; a quella del professionista debitore verso soggetti non creditori, ma che subiscono effetti riflessi del suo inesatto adempimento.

Così facendo, l'obbligazione senza prestazione ha finito per distanziarsi molto dalla *Vertrauenshaftung*: essa, infatti, è stata applicata a rapporti del tutto mancanti di un affidamento soggettivo e puntuale (del resto, tale affidamento soggettivo e puntuale non era richiesto dalla tesi, in materia di *culpa in contrabando*, posta al fondo della teoria del contatto sociale qualificato: essa infatti richiamava solo quell'affidamento generico nella lealtà altrui tipico di una relazione d'affari).

⁶⁴ Così, parlando della responsabilità del medico dipendente dalla casa di cura, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 482.

⁶⁵ Anche su questo punto si assiste a un contrasto di opinioni (che si rifanno a Scuole diverse, l'una risalente a Mengoni, l'altra a Natoli). V., infatti, per l'impossibilità di una «*reductio ad unum*» della responsabilità di diritto civile» C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 449; viceversa, per una svalutazione della contrapposizione F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., *passim*.

⁶⁶ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 445 s.

In un certo senso, il nucleo del rapporto di protezione è stato spostato rispetto alle opinioni maggiormente diffuse in Germania: quanto alla *ratio*, infatti, la si è rinvenuta in un peculiare affidamento oggettivo generico alla lealtà altrui, privo di ogni connessione con un affidamento soggettivo e puntuale (mai necessario); quanto al contenuto, si è ammessa la priorità degli obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui su quelli di informazione, così ribaltando il rapporto tedesco tra *Erklärungspflichten* ed *Erhaltungspflichten*⁶⁷.

L'esito era scontato, una volta rotto il legame con l'affidamento soggettivo e puntuale precontrattuale e, in generale, con la vera e propria trattativa. A dire il vero, in questa opinione anche gli obblighi di informazione appaiono più vicini alla conservazione della sfera altrui che a una vera e propria *Vertrauenshaftung* (soprattutto se intesa come *dritte Spur, tertium genus* di responsabilità).

Un esempio può risultare chiarificatore. Per la tesi del contatto sociale qualificato, tra medico dipendente di una casa di cura e paziente che ha concluso un contratto con la stessa casa di cura dovrebbe nascere un'obbligazione senza prestazione. Essa, ovviamente, non richiederebbe alcun vero e proprio affidamento psichico, né avrebbe il suo nucleo in obblighi di informazione; piuttosto, essa sarebbe la cornice entro cui nascerebbero obblighi di conservazione a carico del medico e a favore del paziente. Tali obblighi di conservazione, in particolare, renderebbero responsabile il medico che, con la sua attività, recasse danno al paziente, e non quello che prescrivesse semplicemente una cura inutile o compisse un'operazione altrettanto inutile⁶⁸.

⁶⁷ Si tratta di un avvertimento dello stesso C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 681.

⁶⁸ Si consideri, a tal riguardo, il recente intervento di C.-W. CANARIS, *Il 'contatto sociale' nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 7, secondo cui la questione «se il medico dipendente di un ospedale possa essere chiamato a rispondere nei confronti di un paziente secondo le regole della responsabilità contrattuale, nonostante non abbia

A fronte di questa proposta dottrinale, vari studiosi hanno invece reputato, in tutte queste ipotesi, aquiliana la responsabilità.

Così, per sovvenire alle esigenze di tutela proprie dei casi di danno meramente patrimoniale e, in particolare, alla responsabilità derivante da inesatta informazione, si è fatta applicazione di quegli orientamenti – già prima richiamati – in tema di rilevanza dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale.

In un noto saggio⁶⁹, si è proposto di forgiare un nuovo tipo di responsabilità aquiliana, basato sull'affidamento. Tra i connotati specifici di questa forma di tutela, ricostruita proprio a partire dalla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1338 c.c. (mancata

concluso con quest'ultimo alcun contratto» trova soluzione negativa nel § 311 II BGB, salvo tutt'al più il caso in cui «una clinica avesse guadagnato un paziente facendo leva sulla particolare competenza di un medico, con il consenso di quest'ultimo, o se un medico, nel corso di conversazioni intrattenute con il paziente, lo avesse influenzato oltre la misura usuale e consona a un medico dipendente da una clinica»; si confrontino ora queste affermazioni con la tesi di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 475, secondo cui può sussistere una responsabilità per violazione di un'obbligazione senza prestazione nel caso «del medico che non sia obbligato alla prestazione nei confronti del paziente, ma che certo per il suo *status* professionale è in grado di suscitare in quest'ultimo [un] 'affidamento in misura rilevante'» (l'autore continua richiamando il § 311 BGB, sostenendo che la dottrina tedesca non ha ancora messo a frutto fino in fondo la categoria dell'obbligazione senza prestazione; v. anche 468 ss.). Sorge sin d'ora un dubbio: la conservazione, cui il medico sarebbe secondo questa tesi obbligato, assomiglia in realtà a una prestazione (mentre il danno può essere imputato causalmente al medico solo in virtù di una posizione di garanzia, trattandosi di una condotta omissiva): ma su questo v., più ampiamente, nel § 8.

⁶⁹ F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., 539 ss. (in replica v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 498). Il saggio è oggi anche in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, 321 ss. Al riguardo v. pure E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 248 ss. e 265, e EAD., *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2425 ss. Busnelli rilevava, nel suo saggio (che veniva pubblicato nel 1991), come negli stessi anni pure in Germania si stesse abbandonando la soluzione contrattuale o pseudo-contrattuale per sanzionare gli illeciti afferenti alla zona 'tra contratto e torto', con preferenza per un inquadramento extracontrattuale. Venivano citati allora gli studi di von Bar e di Picker. Sennonché, il legislatore tedesco ha, nel 2002, dato la sua preferenza alle tesi contrattualistiche.

informazione circa le cause di invalidità del contratto da concludere), si è annoverata l'esistenza di un affidamento incolpevole di un destinatario ragionevolmente prevedibile.

Più precisamente, tale responsabilità richiederebbe «un collegamento», anche «ricostruibile *ex post*» tra «chi fornisce l'informazione e i terzi destinatari ... dell'informazione secondo il canone della ragionevole prevedibilità». Il «criterio generale di imputazione» sarebbe sempre la «colpa» (pur con accorgimenti per le prestazioni di cortesia, o per quelle implicanti problemi di speciale difficoltà, nonché per i casi in cui risulta applicabile il principio *res ipsa loquitur*).

E si conclude: l'affidamento incolpevole «orienta la selezione nel senso della qualificazione dell'interesse lesa».

Come si sarà inteso, le due diverse opinioni richiamate corrispondono ad altrettanti modi di intendere la responsabilità precontrattuale e ad altrettante forme di affidamento ritenute giuridicamente rilevanti. Da un lato, l'affidamento è quello generico e oggettivo e si collega alla peculiare relazione che si intesse tra le parti, tanto da far ritenere che essa assuma la forma di un rapporto giuridico di protezione (di un'obbligazione senza prestazione). Dall'altro, l'affidamento è puntuale e soggettivo e risulta essere l'oggetto della tutela (benché sia ovvio che ciò avvenga anche in virtù del tipo di relazione che si crea tra le parti).

Ancora: per una tesi, il contatto sociale qualificato domina una vasta area, ritenuta necessariamente attratta alla contrattualità; per l'altra, è la tutela aquiliana che offre tutela anche nel caso di danni (altrimenti) meramente patrimoniali.

Quanto alla giurisprudenza italiana, essa – invertendo i termini logici – ha dapprima rifiutato la teoria dell'obbligazione senza prestazione in ambito precontrattuale, per adoperarla, non senza taluni scostamenti dalla tesi di chi aveva proposto questa

figura⁷⁰, in ambiti estranei a quello delle trattative: e, tra l'altro⁷¹, per fondare la responsabilità del medico dipendente da una casa di cura verso il paziente⁷², dell'insegnante per il danno che un alunno si procura da sé⁷³, della banca girataria nei confronti di tutti i soggetti interessati al rispetto delle regole previste dall'art. 43 l. assegno per aver pagato un assegno non trasferibile a una persona non legittimata⁷⁴.

Recentissimo è invece il *revirement*, in base al quale la Suprema Corte ha condiviso la tesi della natura contrattuale – sotto forma di violazione di una obbligazione senza prestazione – della *culpa in contrabendo*. E altrettanto recente è un (secondo⁷⁵) intervento

⁷⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 706.

⁷¹ Per ampie citazioni giurisprudenziali, anche con riferimento ad altri utilizzi giurisprudenziali dell'obbligazione senza prestazione, L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., 29 ss. e, più di recente, F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, 112 ss.

⁷² Soprattutto Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 446, con nota di A. DI MAJO; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455, con nota di A. PALMIERI.

⁷³ Sin da Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di F. DI CIOMMO.

⁷⁴ Anzitutto con Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. it.*, 2008, 864, con nota di L. BUFFONI.

⁷⁵ Prima della legge Bianco-Gelli era stato il decreto Balduzzi a qualificare come extracontrattuale la responsabilità del medico dipendente dalla casa di cura (cfr. art. 3, comma 1, l. 189/2012, di conversione del d.l. 158/2012). Contro questo tentativo positivo si era espressa la dottrina, facendo notare che non spetta al legislatore l'operazione di qualificazione. Ciò è senza dubbio vero: ma è anche vero che il legislatore, ponendo le disposizioni, declina le istanze sociali (tanto quelle che emergono tramite la *bona fides*, quanto quelle poste alla base del sistema aquiliano), imponendo agli interpreti di ricostruire il sistema normativo entro lo steccato semantico delle disposizioni. Di talché va ammesso che un qualche rilievo qualificatorio, benché indiretto, lo abbia anche l'intervento legislativo: ma su questo v. meglio nel § 9. In dottrina, sul decreto Balduzzi, v. C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1988; D. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1018 ss.; M. FACCIOLI, *La*

positivo, volto, nelle intenzioni del legislatore, a precludere alla giurisprudenza la qualificazione della responsabilità del medico dipendente da una casa di cura verso il paziente come contrattuale⁷⁶.

Insomma, parrebbe che, in virtù di una rivoluzione giurisprudenziale e di una modifica legislativa, l'ordinamento italiano riduca oggi la distanza che lo separava da quello tedesco, riconoscendosi oggi la sussistenza di un'obbligazione senza prestazione nell'ambito delle trattative, ma non nel rapporto tra medico dipendente della struttura ospedaliera e paziente. Resta, per vero, la profonda differenza che corre tra la *culpa in contrahendo* tedesca e la responsabilità precontrattuale italiana: la prima, tradizionalmente costruita come *Vertrauenshaftung* e comunque tutta incentrata sulla violazione di obblighi di informazione (e quindi sull'aver fatto scorrettamente nascere o l'aver scorrettamente mantenuto in vita un affidamento soggettivo altrui); la seconda, descritta come violazione di obblighi di protezione nascenti nell'ambito di una relazione connotata da un affidamento oggettivo alla lealtà della controparte.

5. *La responsabilità precontrattuale e l'affidamento (sintesi e rinvio)*

Di fronte a questa differenza di inquadramenti, e prima ancora di passare a considerare il tema dell'estensione della responsabilità precontrattuale nella relazione prenegoziale e al di

quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 97 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, 367 ss.

⁷⁶ Art. 7, comma 3, l. 24/2017. In dottrina v. G. ALPA, *'Ars interpretandi' e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, 728 ss.; R. CALVO, *La 'decontrattualizzazione' della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 453 ss.

fuori di essa, risulta necessario che io sintetizzi brevemente quella tesi che, come anticipato, ho altrove sostenuto⁷⁷, proprio relativamente al rapporto tra responsabilità precontrattuale e affidamento. Difatti, è evidente come sia la ricerca del fondamento della *culpa in contrabendo* a condizionare le opinioni circa la sua ampiezza oggettiva (e soggettiva), così come quelle relative all'esportabilità del modello che vi è alla base al di fuori dell'ambito delle trattative.

La prima delle osservazioni da compiere (e che qui riassumo) riguarda la buona fede⁷⁸. Quando si parla di *bona fides* si richiamano, in realtà, una serie di regole sociali, ossia poste sul piano della coscienza collettiva. Esse, per utilizzare una distinzione propria della filosofia del diritto⁷⁹, sono sia *regulative rules*, sia *constitutive rules*: ossia, sono sia regole che direttamente disciplinano un fenomeno, sia regole che attribuiscono un valore deontologico convenzionale a un fatto, che ne eccede la sua materialità. Così, le regole precontrattuali sono del primo tipo; quelle relative

⁷⁷ Cfr. nt. 1. Il contenuto di questo paragrafo riassume lo scritto indicato, ove dunque le tesi trovano un compiuto svolgimento.

⁷⁸ Sterminata la bibliografia sul punto. Qui si vedano soprattutto, per il collegamento che ipotizzano tra affidamento e buona fede, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 77, e F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, 148. Cfr. però L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.)*, Pisa, 1970, 32 (ma v. pure 68 s., nt. 115, ed EAD., voce *Buona fede*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 173), secondo cui la buona fede non si riduce al 'reciproco affidamento' (collegato però soprattutto al 'principio dell'affidamento' come antitesi rispetto al 'principio della volontà' e al dovere di astensione dal creare o non correggere falsi affidamenti: così C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 211). Sull'«affidamento reciproco», che veniva evocato anche dalla Relazione al codice civile, al § 557, v. pure A. DI MAJO, *La sub art. 1175 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 289, secondo cui la formula non vuol dire nulla, o comunque è nebulosa, e G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., 13 s.

⁷⁹ Per tutti M. IORI-A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014, 111. Ma la distinzione è di J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *Philosophical Review*, 1955, 13 ss.

all'interpretazione e alla ricostruzione del contratto sono del secondo tipo (le regole di condotta, in tal caso, richiedono di individuare il complessivo assetto di interessi posto dai contraenti⁸⁰).

Ai nostri fini è sufficiente soffermarsi sul precontratto. In tale ambito è facile avvedersi di come, sul piano sociale, si formino regole volte a determinare quale condotta le parti debbano seguire. Si tratta di regole, per lo più sorte in seno ai commerci (ai rapporti, per così dire, d'affari⁸¹) che, storicamente, hanno preteso di venire sanzionate giuridicamente⁸²; e che tale sanzione hanno ricevuto.

In effetti, non è da ritenere che il rinvio alla buona fede, da parte del legislatore, sia indice di una improvvisa giuridicizzazione di criteri etici o morali. Piuttosto, è sul piano del fatto che le istanze sociali spingono per la giuridicità di certe regole: e a tali istanze l'ordinamento giuridico, che è esso stesso un fenomeno sociale⁸³, non resta certo sordo. Per di più, una volta che queste regole siano state accolte nel sistema giuridico, la coscienza collettiva ne assorbirà il rilievo giuridico.

⁸⁰ Il che – vale la pena di anticiparlo sin d'ora – delegittima una delle critiche alla responsabilità per affidamento, fondata sulla violazione di un rapporto (là si prendeva a riferimento l'obbligazione senza prestazione): e, precisamente, quella avanzata C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 852.

⁸¹ Torna attuale quello spunto di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 279 s., su cui ci si era soffermati e che ancora si riprenderà.

⁸² Si pensi all'origine dei contratti di buona fede romani (su cui v. A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 56 ss.); ma si pensi anche all'origine stessa della responsabilità per *culpa in contrabendo*, in un'epoca in cui i giuristi nelle loro opere richiamavano a ogni pie' sospinto l'idea di *Rechtsgesühl* e la *bona fides* dei commerci (per tutti v. L. GOLDSCHMIDT, *Recensione* a F. REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, Wien, 1868, in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1869, 335).

⁸³ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 56 s.

A fronte di questo, non va sottaciuto certo il ruolo dell'ordinamento, nell'armoniosa collaborazione dei suoi vari formanti: ruolo che è quello di offrire la migliore declinazione delle regole sociali, inserendole in categorie. Così il sistema giuridico decide, in modo razionale e comunicabile, l'*an* e il *quomodo* delle regole giuridiche di buona fede.

Due sono, in particolare, i livelli a cui avviene tale declinazione. Uno più generale, che è quello dei principi, i quali possono orientare in una direzione anziché in un'altra tutto un insieme di regole di buona fede: ad esempio, una società che dia più valore alla solidarietà aumenterà i doveri informativi precontrattuali. E un ordinamento che pone al suo apice una disposizione, come l'art. 2 Cost., si caratterizza per essere espressione di una società solidale. L'interprete sarà portato, quindi, a individuare il baricentro della buona fede precontrattuale proprio tenendo conto di questo principio generale⁸⁴.

Da un punto di vista più particolare, è proprio il gioco di convergenze e divergenze, che spesso assume le forme della categoria, a consentire di rinvenire la regola di buona fede adatta alle circostanze⁸⁵. Il che richiede di inserire le disposizioni di legge in un sistema normativo armonioso, fondato sulle categorie giuridiche.

Non è da credere, infine, che le regole di buona fede siano prive di una fattispecie: esse, infatti, sono comunque norme

⁸⁴ Il che non deve condurre all'idea per cui la buona fede è un parametro endo-ordinamentale, giacché l'ordinamento giuridico provvede solo a declinarla, ai due livelli di cui si dice nel testo. La contraria opinione è diffusa nella dottrina soprattutto contemporanea: v. ad esempio M. BARCELLONA, *Clasole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 30

⁸⁵ Quel gioco di convergenze e divergenze che è al fondo del pensare per categorie, anche in una visione moderna dell'ordinamento giuridico, in cui la dogmatica trova il suo spazio accanto all'ermeneutica. Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, *passim*.

giuridiche. Sennonché, i margini dell'interprete per la loro ricostruzione sono ampi, soprattutto là dove esse discendano direttamente dalla clausola generale di buona fede e non si trovino cristallizzate in disposizioni di legge (cfr. l'art. 1338 c.c. rispetto all'art. 1337 c.c.⁸⁶). Ma non si tratta di margini illimitati: non solo perché vi è comunque un riferimento (sociale), ma anche perché quest'ultimo è declinato entro un sistema giuridico armonioso e razionale.

Né si può credere che la buona fede non abbia fattispecie, giacché essa è norma del caso concreto. La precettività, di per sé, non può mai essere concreta, ossia sorta assieme al fatto; essa si basa per forza di cose su una regola preesistente che la fonda (sia essa una *regulative rule* o una *constitutive rule*). Semmai, potrà affermarsi che la regola preesistente sia, dal punto di vista sociale, vaga⁸⁷: ma giuridicamente è inevitabilmente recuperata la sua precisione (all'esito dei procedimenti ermeneutici cui si è accennato).

Data questa premessa, ci si potrà chiedere quale sia la nota caratterizzante la responsabilità precontrattuale. Storicamente, talune tesi la rinvencono in un peculiare affidamento oggettivo (nella lealtà altrui); altre, invece, in una serie di affidamenti soggettivi⁸⁸.

Qualsiasi sia la prospettiva che si segua, deve ammettersi che la tipica relazione precontrattuale è, da un punto di vista sociale,

⁸⁶ Sulla posizione preminente della seconda disposizione sulla prima v. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, 1566 s.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 63 s.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 22.

⁸⁷ Socialmente le regole di buona fede si fondano su *patterns* (modelli tipici), che si integrano o da cui la situazione concreta si distanzia ora più, ora meno. Da ciò discende la vaghezza delle regole di buona fede dal punto di vista sociale, ove esse rispondono a criteri tipologici.

⁸⁸ Cenni sopra, nei §§ 2 e 4.

disciplinata da regole di buona fede che chiedono d'essere sanzionate giuridicamente. Si tratta di un dato che non richiede d'essere spiegato: o, meglio, che può essere proficuamente indagato dai sociologi, ma che il giurista si deve limitare ad apprendere. Il suo rilievo, per l'interprete giuridico, sta semplicemente nel fatto che dev'essergli cucita sopra una categoria idonea e opportuna (e, così, razionale)⁸⁹.

Ma questa peculiare conformazione della relazione precontrattuale non ne esaurisce la connotazione. Va anche sottolineato come il rapporto che si crea con le trattative, per forza di cose, assuma anche un normale rilievo psichico. Nelle trattative i contraenti *sanno* che stanno trattando: a differenza, ad esempio, dei casi di *negotiorum gestio*, in cui una parte del rapporto che si crea può ben essere all'oscuro di tutto⁹⁰.

⁸⁹ La necessità che la forma giuridica rispetti la sostanza del fenomeno è spesso ripetuta da C. CASTRONOVO nei suoi scritti dedicati all'obbligazione senza prestazione (v. tra tutti *La nuova responsabilità civile*³, cit., 460 ss.). La convinzione si fonda implicitamente sul fatto che il fenomeno, in sé e per sé, abbia un rilievo deontologico e non solo ontologico.

⁹⁰ E la distinzione è sottolineata, benché ad altro fine, dallo stesso C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 705, che osserva come la 'prestazione senza obbligazione', secondo taluni autori scambiata dalla giurisprudenza con l'obbligazione senza prestazione (A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 450), sia la *negotiorum gestio*, in cui manca un affidamento. Sennonché, ammessa la rilevanza solo oggettiva dell'affidamento, riesce difficile spiegare perché esso non vi sia anche in questo quasi-contratto. La spiegazione è probabilmente questa: la buona fede, come generalissima regola sociale, non impone solo il *sum cuique tribuere* (v. oltre nel testo), ma anche l'*alterum non laedere* (nel cui ambito, però, la buona fede cambia nome) e, soprattutto, l'*honeste vivere*. Oggi quest'ultimo principio si declina in vari istituti quasi-contrattuali, tra cui la *negotiorum gestio*, e nelle varie fonti di interessi legittimi, di cui diremo oltre nel testo. V'è, ovviamente, una eterogeneità tra gli stessi: ad esempio, la *negotiorum gestio* richiede un fatto compiuto senza partecipazione del *dominus* dell'affare, mentre l'affidamento precontrattuale impone la creazione di una situazione affidante e la concessione stessa dell'affidamento.

Presupposto delle trattative è – anche qui, naturalisticamente – uno stato psichico: o, meglio, uno stato psichico apparente all'esterno.

Nelle trattative⁹¹, una parte crea una situazione di fatto che è idonea a suscitare una credenza dell'altra parte: in particolare, una parte può proporre di entrare in una trattativa. E la controparte può allora entrare in trattativa. Così facendo, mostrerà all'esterno, quanto meno all'apparenza, di fidarsi del fatto che la sua controparte sta svolgendo una trattativa su un certo oggetto (via via più individuato) e con una certa propensione (alla conclusione del contratto).

Si tratta di uno stato di affidamento soggettivo che risulta essere il perno attorno a cui ruota tutto il rapporto precontrattuale. Per avvedercene, distinguiamo le posizioni delle due parti della trattativa.

Dal lato di chi crea la situazione affidante, emerge esteriormente un fatto psichico. La trattativa c'è, poi, anche se tale soggetto in realtà agisse maliziosamente (pure ove ciò venisse riconosciuto)⁹² e pure se non avesse creato consapevolmente la situazione affidante (purché ciò non fosse in concreto riconosciuto dalla controparte).

Dal lato di chi concede l'affidamento, emerge di nuovo un fatto psichico. Se l'affidamento effettivamente non vi è ad alcun

⁹¹ Secondo F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 20, «la semplice dichiarazione di voler entrare in trattative è da ritenersi irrilevante, potendo la persona cui è rivolta non aderirvi»; «occorre che a tale dichiarazione faccia seguito l'altrui fiducia nella serietà dell'invito, fiducia che rappresenta veramente la circostanza determinante che dà avvio alle trattative, e perciò rappresenta l'ulteriore presupposto che, insieme con l'offerta, integra il fatto costitutivo dell'obbligo di buona fede».

⁹² Più precisamente, se la controparte riconoscesse la mancanza d'intenzione negoziale, nulla cambierebbe nel rapporto, salvo che ciò non fosse così evidente da rendere la relazione, per l'appunto, extranegoziale.

grado (non si sa di fare una trattativa)⁹³, non vi può essere protezione alcuna, salvo che risulti un'apparenza contraria (non superata dall'effettivo riconoscimento di controparte dell'assenza di una 'concessione' di affidamento⁹⁴).

Sin dal primo istante della trattativa, dunque, nasce questo affidamento soggettivo in capo a una parte o a entrambe (giacché la comunicazione dell'avvio della negoziazione lo farà nascere anche in capo all'altra, se non sorto immediatamente). E durante tutta la trattativa esso si sviluppa, muta, cambia aspetto, senza però

⁹³ Stante il rilievo che la tesi di quest'autore assumerà nel prossimo paragrafo, v'è subito da prendere posizione su una critica di M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento*, cit., 199. Lo studioso nota, al fine di dimostrare che l'affidamento oscilla in modo ambiguo tra oggettività e soggettività, come in una trattativa un soggetto potrebbe non fidarsi della sua controparte. Quest'ipotesi sottende una duplice casistica: un soggetto può non fidarsi e trattare maliziosamente oppure trattare seriamente. Della prima già si è detto. Quanto alla seconda v'è da sottolineare come in tal caso manchi di regola un danno; non difetta però un affidamento tutelato.

⁹⁴ Nel caso in cui un soggetto non si accorga di stare trattando (di dare l'apparenza di trattare), in modo riconosciuto dalla sua controparte, escluderei che vi sia una trattativa: o, meglio, che nei suoi confronti vi sia la protezione offerta dalla responsabilità precontrattuale (si pensi all'ipotesi in cui Caio, all'insaputa di Tizio, invii una lettera a firma di Tizio con cui invita Mevio a trattare indicando alcuni dati personali, che Mevio, dopo aver accettato di trattare, diffonda: non si tratterà di responsabilità precontrattuale). Solo là dove un soggetto non si renda conto di concludere un contratto (errore ostativo relativo all'*an* del vincolo), si porrà un problema di relazione precontrattuale (sempre ove non si ritenga radicalmente nullo questo negozio), da risolversi ritenendo presente soltanto un affidamento oggettivo e solo protettivo (non pretensivo negativo). Solo qui la protezione nasce da una situazione di fatto (la conclusione del contratto) cui è estraneo ogni elemento psichico (vi è un'apparenza, ma è riconosciuto dalla controparte che è solo tale e che non corrisponde a una realtà psichica). Ma il caso, oltre a non porre problemi di individuazione, può dogmaticamente inquadrarsi al di fuori dell'affidamento pretensivo negativo da contatto: esso, infatti, presenta molte analogie con l'ipotesi del debitore che risulta tutelato da un rapporto di protezione (a mio avviso: interesse legittimo protettivo) nei confronti del creditore (tanto più che ciò avviene anche ove quest'ultimo non sia davvero tale, ma creda di esserlo o si finga creditore).

mai difettare: sempre, cioè, le parti manifestano, e in buona parte anche sono consapevoli, di trattare.

L'esatta identificazione di questo affidamento soggettivo, sinora descritto solo nei suoi tratti essenziali, è di massimo rilievo per comprendere quando vi sia una scorrettezza precontrattuale.

Ad esempio, una parte si fiderà del fatto che l'altra sia, in un certo momento della trattativa, propensa entro certi limiti a concludere il contratto⁹⁵. Se così non è, perché la trattativa è maliziosamente o colposamente condotta, la parte si sarà fidata inutilmente e potrà chiedere un risarcimento del danno per le spese fatte e le occasioni perse. Ancora: là dove vi sia una interruzione dalle trattative per una ragione che ormai, secondo correttezza, dovrebbe dirsi preclusa, l'affidamento apparirà *ex post* non veridico: o, per meglio dire, sarà tale retroattivamente sin dal momento in cui quella ragione di interruzione dalle trattative doveva considerarsi esclusa. Anche qui, la parte che ha fatto sorgere l'affidamento e l'ha mantenuto in vita dovrà risarcire i danni.

La scorrettezza, in tutti questi casi, non deriva da una mancata comunicazione in sé considerata o da un recesso ingiustificato dalle trattative. Essa, infatti, deriva dalla violazione di una regola, che impone di non far sorgere affidamenti non veridici⁹⁶. Si tratta di una regola che si rinnova di momento in

⁹⁵ Così si abbraccerebbero in una sola ipotesi fattispecie diverse, come quella della trattativa condotta maliziosamente o colposamente e quella del 'recesso ingiustificato' (e infatti v. E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus 'culpa in contrahendo'*, Berlin, 1980, 164).

⁹⁶ Se derivasse, invece, dalla contraddittorietà della seconda condotta rispetto alla prima, la tutela sarebbe giocoforza positiva: in altri termini, risulterebbe risarcibile il danno arrecato dal recesso, potendosi valutare come sarebbe proceduta la trattativa senza lo stesso (e v., per una proposta non troppo dissimile, sicuramente inaccoglibile in Italia, D. MAZEAUD, *Réparation des préjudices précontractuels: toujours moins...?*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 2963 ss.). Si tratterebbe, insomma, di un caso di *positiver Vertrauensschutz*, che ricorderebbe da vicino la *Verwirkung* e l'*exceptio doli generalis*. Su queste v. rispettivamente F. RANIERI, *Rinuncia tacita e 'Verwirkung'. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971 (la cui tesi, a mente della quale l'ordinamento italiano non

momento durante la trattativa e che può essere violata da una condotta difforme.

Lo stesso poi vale in altre situazioni: in particolare, là dove l'oggetto dell'affidamento sia erroneo, perché una parte crede di trattare su un contratto diverso rispetto a quello per cui sta negoziando. In tal caso la non veridicità non si abbina sempre e comunque alla responsabilità di controparte: è necessario che aver creato la situazione affidante sia scorretto. Lo è, ad esempio⁹⁷, ove un soggetto si avveda di un errore altrui e non lo corregga, là dove la correttezza imporrebbe di avvertire la controparte: in questo caso la situazione affidante deriva dalla somma di una certa situazione di fatto, dal riconoscimento dell'errore altrui e da un certo lasso di tempo trascorso senza aversi correzione del medesimo.

Anche qui la scorrettezza non è nella mancata informazione, ma nel creare e mantenere in vita un certo affidamento non veridico. La regola di buona fede, dunque, non può venire descritta come obbligo di informare (del resto, l'obbligo darebbe luogo a una pretesa di prestazione, che qui sicuramente manca), ma

conoscerebbe la *Verwirkung* e soddisferebbe le stesse esigenze di tutela tramite la rinuncia tacita, è accettata da M. SESTA, *Recensione a F. RANIERI, Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 824, e invece rigettata da voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 729; sul divieto di *venire contra factum proprium* v. F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007, e F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis' e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 77 ss.) e A.A. DOLMETTA, voce *'Exceptio doli generalis'*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1997, 1 ss. (e pure in *Banca Borsa tit. cred.*, 1998, 147 ss.); F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311 ss.; G. MERUZZI, *L'exceptio doli' dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 429 ss.; F. VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis'*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 529 ss.

⁹⁷ C. ROSSELLO, sub *art. 1428 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 47 s.

semmai come divieto di far nascere o mantenere in vita un certo affidamento.

Tale regola è sempre violata istantaneamente e si rinnova di continuo; essa, inoltre, non è una regola di responsabilità oggettiva quanto al criterio di imputazione, benché al suo interno abbiano un rilievo il dolo o la colpa. Essi, però, costituiscono elementi della sua fattispecie⁹⁸, e non già – per l'appunto – criteri di imputazione dell'inadempimento (o della violazione) di un obbligo⁹⁹. Ad esempio, la correttezza impone di non mantenere in vita l'affidamento erroneo di cui poc'anzi s'è detto: e tale regola ha in sé un elemento di dolo. Se l'errore fosse stato riconoscibile, ma non riconosciuto, allora non sarebbe stata violata alcuna regola di correttezza. Se, però, vi fosse stato un obbligo di informazione lesivo colposamente, di nuovo si sarebbe dovuta dire sussistente una slealtà: ma, a ben vedere, più che di obbligo di informazione e di lesione colposa dovrebbe parlarsi di una scorrettezza insita nell'aver creato o mantenuto in vita un particolare affidamento soggettivo erroneo, in una situazione in cui la buona fede imponeva di farlo nascere non erroneo.

Molto vi sarebbe ancora da dire: ma non è possibile indugiare su questi profili. Converrà rivolgere l'attenzione, invece, alla relazione in cui nasce questo affidamento soggettivo almeno apparente.

Là dove sussiste il peculiare affidamento soggettivo di cui s'è detto non può non esistere anche una relazione precontrattuale, di cui il primo è anzi epifenomeno. E tale relazione è dominata da un

⁹⁸ V., anche se non del tutto in termini e soprattutto ad altri fini, L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 271 s.

⁹⁹ Si potrà fornire la prova della non imputabilità di questa condotta solo in casi davvero di scuola: ovvero dimostrando che a causa di un sequestro di persona non si è potuta fornire l'informazione che avrebbe impedito la nascita o il mantenimento di un affidamento erroneo. L'esempio è di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 271.

dovere di comportarsi in buona fede, secondo lealtà: sia con riferimento all'affidamento soggettivo già menzionato, sia con riferimento agli altri beni preesistenti della controparte.

In altri termini, allorché nasce quello specifico affidamento soggettivo tipico delle trattative, le parti saranno entrate in quella relazione peculiare d'affari, dominata dalla buona fede, in cui ciascun soggetto può confidare nel rispetto della correttezza da parte dell'altro soggetto.

Di fronte a una tale relazione è evidente la carenza delle categorie aquiliane, che non riuscirebbero a tenere conto della sua complessità¹⁰⁰. Da un lato, si perderebbe la necessaria connessione tra rimedi diversi (giacché anche quelli previsti per i vizi del consenso debbono dirsi volti alla tutela dell'affidamento soggettivo). Dall'altro lato, l'applicazione della responsabilità extracontrattuale risulterebbe poco opportuna, se solo si tiene

¹⁰⁰ E ciò anche ove si adotti un'interpretazione ampia della responsabilità aquiliana, in cui si ricomprendano – ad esempio – sia i conflitti occasionali, sia quelli modal (le espressioni sono di M. BARCELONA, *Strutture della responsabilità e 'ingiustizia' del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 450; v. pure ID., *Trattato*, cit., 165 ss.). La ragione, dunque, non sta tanto (o solo) nei limiti del sistema di tutela aquiliano, quanto nella preferenza per una forma giuridica diversa, più idonea alla relazionalità tipica del precontratto. Lo si avverte se si considera un'ipotesi che – a mio avviso – vede la presenza della stessa posizione giuridica tipica delle trattative: l'interesse legittimo. Nel diritto amministrativo è altamente probabile che l'interesse legittimo vada considerato unitariamente, nel rapporto che esso fonda tra due soggetti in vista della possibile conservazione o della possibile acquisizione di un bene della vita. La contraria opinione (v. ad esempio E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, Torino, 2001, 956 s., seguendo in parte L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 37), comporta una sorta di sgretolamento dell'interesse legittimo, il quale si limiterebbe a fornire all'art. 2043 c.c. i criteri per il risarcimento di un bene della vita. Ciò non è accettabile, ove si ammetta che l'interesse legittimo descriva un rapporto giuridico e esprima (in sé e per sé) le regole di questo rapporto, permettendo di sistematizzare i vari rimedi offerti al privato (tra cui, fra l'altro, hanno un rilievo primario quelli caducatori, assistiti da un effetto conformativo).

conto che nella relazione precontrattuale il risarcimento richiede semplicemente l'accertamento della violazione di una regola di buona fede.

La responsabilità aquiliana, in altri termini, non si presta bene, come categoria, a descrivere il fenomeno in parola, in cui v'è una relazione disciplinata da regole in continuo divenire; una relazione che, per quanto avente il suo centro in un affidamento soggettivo, è connotata dall'aspirazione delle parti a un bene della vita finale (la conclusione del contratto). La prospettiva extracontrattuale non riesce a tenere conto di questa ricchezza, che può tradursi anche in un peculiare regime rimediale¹⁰¹.

A dire il vero, però, non risulta del tutto ammissibile nemmeno richiamare la responsabilità contrattuale per violazione di obblighi. E, questo, più che altro perché l'idea stessa di obbligo di protezione – positivizzata in Germania, ma non in Italia – può risultare non del tutto convincente. L'obbligo, di per sé, può essere inadempito; esso ha giocoforza ad oggetto una condotta di un soggetto definibile come prestazione. Viceversa, là dove si parli di protezione non si tratta di guardare all'inadempimento, ma alla semplice violazione di una regola (ossia, di verificare se vi sia stata una condotta difforme da un paradigma); non si tratta di imporre

¹⁰¹ L'esempio più semplice è quello della discriminazione contrattuale, in cui un soggetto non può ritrarsi da una trattativa solo per intento discriminatorio. In tal caso sulla semplice protezione (anche riferita a una possibile, per così dire, prestazione – la conclusione del contratto –, che è sempre protetta solo in negativo) si innesta una parte pretensiva, per cui una parte delle trattative potrà negare la conclusione del contratto, ma non per quella specifica ragione, andando altrimenti incontro a un risarcimento di un interesse che dev'essere positivo. Cfr. B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 186 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 207 ss.; D. MAFFEIS, *Il divieto di discriminazione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, 1590 ss. Per una decisione in questo senso v. Corte giust. 10 aprile 1984, in C-14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*.

una prestazione, ma di evitare che vi sia un certo comportamento causativo di danno.

Per rendersene conto, è d'uopo guardare al rapporto obbligatorio di prestazione.

Nell'ambito di questo la buona fede svolge – ove si voglia aderire alla tesi che le attribuisce una funzione 'costruttiva'¹⁰² – il ruolo di arricchire la condotta debitoria, così come l'interesse finale creditorio. A dire il vero, questa prospettiva, basandosi implicitamente sul fatto che la buona fede 'arricchisce' una struttura altrimenti 'povera' dell'obbligazione, può anche essere rovesciata. Abbandonato il formalismo legale¹⁰³, la buona fede effettivamente non appare più essere quella clausola che integra o corregge, ma è semmai quella clausola che individua *tutto* ciò che è dovuto, in virtù dell'interpretazione e della ricostruzione della fonte negoziale: a cominciare proprio da quella 'prestazione in senso stretto' che parrebbe da un altro punto di vista venire solo

¹⁰² Per le varie tesi, tra tanti, v.: per la buona fede 'ricostruttiva' U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 73 ss.; per la buona fede come 'criterio di valutazione *ex post*' U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 14 ss., spec. 18; per la buona fede 'integrativa' C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 366 ss.; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 284 ss.; A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., 316 ss. È da avvisare che la dottrina italiana, pur accogliendo in parte la nozione di obbligo di protezione, non ammette generalmente quella di obbligo accessorio (v. E. MOSCATI, *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, 69 ss.).

¹⁰³ E soprattutto superata quella «scarsa considerazione generalmente riservata ai riferimenti normativi alle regole della correttezza e della buona fede» (così ancora U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 159).

arricchita *ex fide bona*¹⁰⁴. È ovvio, poi, che nel caso (modellato su questo) di obbligazione avente fonte nella legge, il discorso si sposterà, giacché al fondo della fonte obbligatoria legale vi sarà il più delle volte proprio una *regulative rule* già appartenente alla buona fede (si pensi alla *negotiorum gestio*); anche ove così non sia (si immaginino obblighi di diritto pubblico), la correttezza giocherà il suo ruolo già a monte (benché sotto un altro nome), in chiave di interpretazione e ricostruzione della norma di legge, al fine di farne discendere l'obbligo per il debitore di compiere una condotta complessa.

Di conseguenza, si dovrà dire che la buona fede individua *tutta* la condotta debitoria complessa, cui il soggetto passivo è tenuto. E la individua richiedendo che sia realizzato un risultato entro un certo termine, corrisponda esso a un'attività diligente oppure a un esito materiale precisamente individuato. La condotta attiva mancante darà luogo a un'assenza di adempimento; quella inesatta a un inesatto adempimento. In entrambi i casi il creditore potrà agire per la condanna del debitore all'esecuzione di quella condotta o all'adempimento sanante (salvo il risarcimento del danno per il ritardo)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ La prospettiva integrativa e correttiva rimanda a una più antica visione strutturalista, in cui la buona fede fungeva da 'valvola d'apertura' (F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956). Ammessa una prospettiva funzionalista del diritto dei contratti (com'è oggi chiaro, in virtù proprio dell'importanza della buona fede e della causa), fondata sugli interessi, la buona fede finisce per corrispondere, più che a una 'valvola d'apertura', proprio e direttamente a quel diritto sorto dal fatto che le categorie giuridiche declinano, tramite l'operare equilibrato dei tre formanti (legislatore, dottrina e giurisprudenza). A questo punto, l'idea di obblighi accessori o di protezione diviene volta più che altro a guardare in modo analitico il fenomeno obbligatorio: con il rischio, però, di perderne l'unitarietà, fornita dal riferimento all'unico obbligo, quello di prestazione (corretta). Di recente v. C. PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in *Tratt. Garofalo*, I-2, Padova, 2014, 661 ss.

¹⁰⁵ Sul tema – immenso – della responsabilità contrattuale è qui sufficiente rinviare a G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918,

La buona fede, nell'individuare tale condotta complessa, pone anche regole che vietano determinate condotte, in quanto causative di danno: in altri termini, fa sì che la pretesa del creditore sia a una certa condotta che non causi quei danni che la buona fede stessa impone di evitare¹⁰⁶. Le regole in questione cambiano di momento in momento, senza dar vita a obblighi, ma solo sanzionando una condotta difforme da un modello.

È in queste che si può rinvenire un momento autenticamente protettivo: che, per l'appunto, non viene veicolato da obblighi¹⁰⁷,

209 ss. e 313 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 593 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 185 ss., 280 ss., 367 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 87 ss.; ID., voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988 1054 ss.; TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 ss.; S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 539 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, II, Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, 42 ss. (spec. 74 ss.); G. VISINTINI-L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 153 ss.; G. VISINTINI, sub art. 1218 c.c.², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 27 ss.; C.M. BIANCA, sub art. 1218 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 1 ss. e 80 ss. V. pure C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1 ss.

¹⁰⁶ Ma se la buona fede conforma il rapporto in base alla sua fonte e se il rispetto della buona fede è già implicito in quest'ultima, anche la protezione che essa assicura ai beni preesistenti del creditore, a ben vedere, non deriva dalla legge, ma semplicemente dalla stessa fonte da cui nasce il credito, sia essa la legge oppure il contratto. Ovviamente, quest'assunto richiede anche di accettare le tesi secondo cui la buona fede integrativa, ex art. 1375 c.c., non è altro che uno dei mezzi ordinamentali per 'svolgere' il complessivo senso già insito nel patto (v. anche U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., 132). *Contra* L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 65, secondo cui le *Schutzpflichten* avrebbero comunque sempre origine legale e non contrattuale; v. lo stesso C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., 4, il quale, nel proporsi di dimostrare l'«origine legale degli obblighi di protezione», e non contrattuale, aggiorna una precedente opinione (su cui v. ID., *Obblighi di protezione*, cit., 135 s., nt. 48; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 369; A. DI MAJO, sub artt. 1173-1320 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 125 s., nt. 15). È probabile che, a complicare il discorso, stiano usi non omogenei dei termini 'legge' e 'contratto'

¹⁰⁷ Sul concetto di obblighi di protezione v., oltre agli autori già citati e con riguardo al solo dibattito italiano, F. BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim.*

se si ammette che la condotta debitoria pur nella sua complessità è inscindibile in vari momenti obbligatori di protezione, i quali – privati del nesso funzionale che li lega e che li lega soprattutto alla prestazione intesa in senso stretto – perderebbero di senso¹⁰⁸. Tra l'altro, tali obblighi dovrebbero reputarsi sorti ed estinti istantaneamente, in contrasto proprio con l'idea di obbligo.

Tali regole protettive – a volersi porre in questa prospettiva – attengono a una condotta commissiva che risulta vietata (il debitore Tizio non deve rivelare i segreti del creditore Caio di cui è venuto a conoscenza nell'adempimento); solo in tanto in quanto esse si sovrappongono alla prestazione in senso stretto, potranno imporre (e non solo vietare) una (diversa) condotta commissiva (il giardiniere Tizio non deve usare prodotti sul prato di Caio che risultino dannosi per l'erba)¹⁰⁹.

dir. proc. civ., 1960, 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 222 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, 86 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 88 ss. e 97 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 64 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 175 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 42 ss.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit.; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il 'mobbing'*, Milano, 2004, 24 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 109 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 232 s.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 90 ss. e 176 ss.; S. TAGLIAPIETRA, *La prestazione. Strutture e contenuti dell'obbligazione*, Padova, 2013, 93 ss.; L. ROVELLI, voce *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1989, 426 s.

¹⁰⁸ Il fatto è che finché si resta nella prospettiva della prestazione e delle modalità di attribuzione della stessa (anche non causative di danni a beni 'altri', e anche senza una vera e propria sovrapposizione tra prestazione e conservazione), è semplice comprendere perché vi sia un precetto interno all'obbligazione non contenente un dovere di prestazione. Allorché si perde questo riferimento, si finisce per dover ammettere che anche i singoli obblighi di protezione impongono una prestazione. Ma, allora, più che obblighi di protezione si tratterà di obblighi di prestazione conservativa. Sul punto v. pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 147.

¹⁰⁹ Non ritengo che solo nel primo caso la buona fede individui regole corrispondenti a modalità di attribuzione della prestazione. Una volta intesa in senso ampio, come

Nel primo caso, infatti, a venire vietata è la condotta lesiva. Nel secondo caso, invece, è imposta, più che una condotta commissiva, l'omissione da un certo modo di svolgere la prestazione in senso stretto: sennonché, essendo doverosa quest'ultima, si finisce per richiedere una diversa condotta di prestazione in senso stretto.

In entrambi i casi di protezione, la buona fede pone regole istantanee, che in ogni momento mutano e che vengono violate – se vengono violate – di momento in momento. La loro lesione, tramite una condotta difforme, concreta un inesatto adempimento: di talché, alla stessa potrà applicarsi l'art. 1218 c.c. Una volta lesa la regola di buona fede, il suo rispetto diviene, per così dire, impossibile. Da ciò discende la facoltà di attivare i rimedi risarcitori.

A seconda dei casi, nella fattispecie della regola di buona fede che impone l'astensione da una condotta potrà esservi la colpa o il dolo, oppure potrà esservi l'astensione semplice da una condotta materiale non identificata quanto all'elemento soggettivo (o solo parzialmente identificata quanto allo stesso). La violazione di queste regole darà vita a una responsabilità *ex art. 1218 c.c.*; si potrà anche offrire, allora, la prova della non imputabilità dell'impossibilità (*rectius*, della violazione, momento dopo momento), salvo ovviamente che il rilievo dell'elemento soggettivo non sia già tutto intrinseco alla prova della violazione della regola di condotta¹¹⁰.

corrispondente all'interesse del creditore a ottenere una condotta debitoria corretta (una certa attività svolta secondo correttezza senza che siano arrecati quei danni a beni altri del creditore che la correttezza impone di evitare), la prestazione ingloba in sé sia ciò che è prestazione in senso stretto, sia ciò che è protezione, trattandosi comunque di condotte che il debitore deve tenere per soddisfare lo stesso interesse (inteso in senso complesso).

¹¹⁰ La differenza attiene, dunque, alla specifica regola di volta in volta rilevante, ricordando ora le obbligazioni di mezzi, ora quelle di risultato (ferma restando

Prima della violazione di tali regole, è possibile tutt'al più – in previsione proprio della loro trasgressione – agire tramite una inibitoria¹¹¹ oppure tramite il rifiuto della prestazione in senso stretto e la condanna ad adempiere correttamente, a seconda che vi sia una maggiore o minore sovrapposizione tra prestazione in senso stretto e protezione.

l'erroneità di questa contrapposizione, da più parti notata: da ultimo F. PIRAINO, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 83 ss.). In dottrina, per il caso di obbligazione senza prestazione a carico del medico, nel primo senso 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, 878; nel secondo invece C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., 5.

¹¹¹ Inibitoria preventiva (*Unterlassungsklage*); ma è anche ammissibile quella successiva (*Beseitigungsklage*). Entrambe, poi, oggi sono assistibili dalle misure compulsorie di cui all'art. 614-bis c.p.c. In generale, sulla possibilità di estendere l'inibitoria al di fuori delle ipotesi testualmente contemplate dal legislatore v. C. RAPISARDA SASSOON, voce *Inibitoria*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 481 ss.; C.M. BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 134 ss. Sull'inibitoria v. poi anche: M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 315 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., 144 ss. La dottrina civilistica ha sinora affrontato il problema chiedendosi se sia possibile chiedere l'adempimento in natura degli obblighi di protezione. Si pronunciano in senso favorevole A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., 322, nonché S. MAZZAMUTO, *Il 'mobbing'*, cit., 36 s. (e ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 136 ss.); *contra*, invece, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 677 (in realtà, distinguendo i casi in cui il «vincolo» è «di durata», e il «rapporto [è] destinato a proseguire nonostante l'intervenuto pregiudizio»). Viceversa, nota KREBS, *Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten*, München, 2000, 548: «gegen die Klagbarkeit [degli obblighi di protezione] spricht das Interesse des Schutzpflichtigen an der Wahrung seiner Freiheitssphäre, zu der auch ein pflichtwidriges, die andere Seite möglicherweise schädigendes Verhalten gehört». La diversa soluzione si giustifica a seconda del rilievo che si voglia dare, anziché alla conservazione mera, alla «promozione» (così già F. BENATTI, *'Culpa in contrabendo'*, in *Contratto e impresa*, 1987, 304; ma l'idea è poi ripresa soprattutto da Mazzamuto, con riguardo all'art. 2087 c.c.): solo la finalità promozionale, associandosi alla maggiore vicinanza tra le parti e al più elevato «Präventionsbedürfnis des Geschützten» – KREBS, *Sonderverbindung*, cit., 549 – può giustificare limitazioni della libertà della controparte, e quindi anche condotte attive.

In talune ipotesi le regole di buona fede protettive, in virtù di una specifica situazione che si traduce in una sorta di posizione di garanzia, possono imporre una condotta attiva e non solo omissiva (ad esempio, ove venga consegnato un bene come modello nell'ambito di una prestazione d'opera e questo debba essere restituito). In tal caso l'inibitoria potrà ridondare – là dove non vi sia che una condotta futura conforme a buona fede – in un'azione di condanna, venendo assorbita dall'azione di esatto adempimento.

In tutti questi casi ci avvediamo che le regole protettive abbisognano del riferimento a una prestazione: non sono mai 'pure', costituendo semmai modalità di quest'ultima (intesa in senso ampio e complesso). Anche l'azione *ex art. 1218 c.c.* trova legittimazione nel fatto che la violazione di tali regole concreta, per forza di cose, un adempimento inesatto.

Se passiamo invece a considerare la relazione precontrattuale, in questa la protezione è davvero pura. Essa avviene mediante regole di buona fede che sanzionano condotte difformi da un modello: sia questo il far nascere o il mantenere un affidamento oppure il tenere condotte lesive di beni 'altri' della controparte (commissive o, di nuovo in virtù di quella sorta di posizione di garanzia di cui s'è detto, che si presenta allorché un soggetto si sia deliberatamente assunto uno specifico rischio rispetto a un bene, anche omissive).

Di talché, non si può certo parlare di obblighi di protezione, mancando una prestazione più estesa di cui il momento protettivo è una modalità. Non è possibile, cioè, parlare di inesatto adempimento, ma solo di violazione pura di una regola di buona fede.

Di fronte all'impossibilità di avvalersi del rapporto obbligatorio, la proposta è di cercare nell'ordinamento una diversa posizione giuridica che funga da cornice a queste regole di buona fede pure, anche sistematizzandole entro una categoria che

conferisca ordine ai vari rimedi (e che, come ogni situazione giuridica, costituisca un centro di agglutinazione).

E, questa, può venire rinvenuta nell'interesse legittimo¹¹²; anzi, in una delle diverse varianti di questa situazione giuridica soggettiva. Vediamo, allora, quali esse siano.

Anzitutto, si dà il caso dell'interesse legittimo pretensivo positivo, in cui un soggetto può (*können*) confidare in un'attività

¹¹² Varie sono le tesi sostenute in tema di interesse legittimo, soprattutto dalla dottrina pubblicistica. Talune vi rinvergono una posizione solo processuale (in senso vario: G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1965, rist., 357 ss.; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, originariamente in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, e oggi in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 9; ID., *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1957, 42 s.; E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*⁵, Torino, 1969, 108; E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950, 58 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*³, Padova, 1997, in particolare 155). La posizione è oggi in declino, giacché pare ai più che l'interesse legittimo dia vita a un rapporto sostanziale. Tra questi, vi è chi rinviene nell'interesse legittimo quale interesse alla legittimità dell'azione della p.a., lasciando sullo sfondo il bene cui davvero il privato aspira (per esempio, la facoltà di edificare nel caso di permesso di costruire, la proprietà di un edificio nell'ipotesi di espropriazione); vi è poi chi, invece, valorizza proprio l'interesse finale del privato, e attorno a esso modella l'interesse legittimo. Quanti ai primi, v. (con posizioni sempre varie) E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937; ID., *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 13 ss.; E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 619 s.; E. CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 348; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*⁵, 1, Napoli, 1989, 107 s.; Re. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*³, Milano, 1974, 573 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*⁹, Torino, 2010, 73 s.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*⁴, Padova, 1959, 227 e 233; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 163; F.G. SCOCA, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 7 e 10; con riguardo ai secondi v. invece G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, 52, e soprattutto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, Bologna, 1994, 94, secondo cui l'interesse legittimo è interesse a un bene della vita, che si distingue dal diritto soggettivo solamente quanto a modalità di tutela, e cioè a «grado (consistenza) e forme della protezione».

altrui che a sua volta potrebbe eventualmente attribuirgli un bene della vita senza arrecare danno ai suoi beni preesistenti. La tutela non è certa, ma incerta, nel senso che non è detto che il bene della vita sarà fornito: ma quel che è sicuro è che il soggetto passivo del rapporto dovrà comportarsi secondo buona fede nell'attribuire o meno tale utilità.

Si tratta, insomma, di una protezione eventuale di un bene della vita, assicurata nei limiti della buona fede (che, nell'ambito del diritto amministrativo, funge da chiave per richiamare la normativa di azione pubblicistica: essendo 'corretto' verso il privato agire nel rispetto della legge). Ove quest'ultima non venga rispettata, si potrà agire o per pretendere un'attività che non la violi o, se ormai fosse divenuta inattuale la tensione al bene della vita (o quest'ultimo non fosse più attribuibile), per risarcire il danno.

Il modello di queste relazioni è l'interesse legittimo pretensivo pubblicistico (ad esempio, quello a ricevere l'aggiudicazione in una procedura di gara pubblica) e l'obbligo (che obbligo non sarebbe) di negoziare in buona fede in diritto privato. Tale interesse legittimo offre una tutela che, per quanto parziale ed eventuale, opera secondo una logica di spettanza, di accrescimento della sfera giuridica, e non già di mantenimento¹¹³.

In secondo luogo, va menzionato l'interesse legittimo protettivo, in cui il soggetto tutelato confida in un'attività altrui che potrebbe eventualmente non arrecargli danno. Anche qui la tutela è incerta, giacché è possibile reagire solo contro quei danni compiuti mediante condotte scorrette. Non è tutelata l'aspirazione a un bene della vita, ma solo e soltanto la preesistente sfera di un soggetto.

¹¹³ Cfr. nel diritto amministrativo G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 245 ss.

I modelli, in questo caso, sono l'interesse legittimo oppositivo di diritto pubblico, con cui un privato resiste a un potere della p.a. che può privarlo di un'utilità che è già sua (si pensi all'espropriazione), e la posizione del debitore o di chi è in stato di soggezione nel diritto privato.

Il soggetto tutelato può reagire contro quelle condotte che, oltre ad arrecargli danno, sono scorrette: e può farlo ora con rimedi caducatori (si pensi all'annullamento del provvedimento amministrativo o pure anche di certi atti di esercizio di diritti

potestativi privati¹¹⁴) oppure risarcitori (come avviene, ad esempio, ai sensi dell'art. 1207, comma 2, c.c.¹¹⁵).

¹¹⁴ Il discorso incrocia il tema dei diritti potestativi e dell'abuso del loro esercizio. Sui diritti potestativi v. E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1897, 32; L. CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1960, 354 ss.; G. MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig.*, V, Torino, 1968, 737; di recente A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 13 ss. e 23 ss.; sull'abuso del diritto in queste ipotesi v. soprattutto la nota sentenza Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2671, su cui v. G. D'AMICO, *Recesso 'ad nutum', buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, 11 ss.; F.F. GALGANO, *'Qui suo iure abutitur neminem laedit'?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311 ss.; F. MACARIO, *Recesso 'ad nutum' e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2009, 1577 ss.; M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, 69 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto 'distingue frequenter'*, *ivi*, 147 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, *ivi*, 203 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 341 ss.; G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010* diretto da A. D'Angelo e V. Roppo e coordinato da A.M. Benedetti, Torino, 2011, 49 ss. La dottrina si è, come noto, interessata anche della tutela nei confronti dei poteri privati, soprattutto in un certo periodo storico (v. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, il quale cerca un fondamento che legittimi le autorità private che, altrimenti, sarebbero lesive del principio di uguaglianza, e lo rinviene «rispetto agli incapaci» nello «stesso principio di eguaglianza», mentre nel caso dei gruppi «nella possibilità dei singoli di concorrere alla decisione»; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, di cui v. soprattutto le conclusioni alle pagine 292 ss.; v. poi anche L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su 'poteri privati' ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1981, 259 ss.; M. DELL'UTRI, *Poteri privati*, cit., 303 ss.; M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.). Sarebbe impossibile, in questa sede, verificare in quali occasioni sorge un interesse legittimo protettivo: è sufficiente, qui, rinvenirvi la situazione giuridica per offrire tutela a debitore e a colui che versa in stato di soggezione (ossia, entro cui far operare le regole di buona fede a rilievo risarcitorio ed eventualmente i rimedi caducatori).

¹¹⁵ Sulla *mora credendi* e sulla cooperazione creditoria, più in generale, v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, rist., 77 ss. (secondo il quale, come noto, il creditore ha l'obbligo di cooperare; in questa tesi L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 68, ha visto il primo tentativo «di revisione critica della struttura dell'obbligazione»); G.

All'interesse legittimo pretensivo positivo e protettivo si accennerà anche oltre. Per il momento notiamo come il rapporto precontrattuale abbia in parte i caratteri dell'una e dell'altra figura.

Per avvedercene, dobbiamo anzitutto distinguere una parte pretensiva e una parte protettiva nella relazione precontrattuale: l'una, inerente al bene della vita cui la parte mira (la condotta dell'altro soggetto di consenso alla conclusione del contratto); l'altra, inerente alla tutela dei beni altri del soggetto tutelato. Questi due nuclei corrispondono vagamente a quelli del credito, già indicati come prestazione in senso stretto e protezione (entrambi rientranti nel concetto vastissimo di prestazione in senso lato, corrispondente all'interesse creditorio a ottenere una certa condotta debitoria che tra l'altro non arrechi quei danni ai suoi beni che la correttezza impone di evitare).

A differenza di quanto avviene nel credito, però, la parte pretensiva non riceve tutela in natura o per equivalente in positivo. Anche i rimedi in forma specifica che sono previsti (quelli caducatori: annullamento del contratto) servono semmai a eliminare un contratto non voluto, e non già a ottenere il bene della vita (essi sono privi, del resto, di qualsiasi effetto conformativo, di cui godono invece i rimedi caducatori relativi al provvedimento

CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964 (secondo cui la cooperazione del debitore è un onore); L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 194 ss.; L. BIGLIAZZI GERI-U. NATOLI, 'Mora accipiendi' e 'mora debendi'. *Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, 23 ss.; G. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, 91 ss. (che, sulla scia di Falzea, si esprime – *ivi*, 100, nt. 19 – contro l'idea che la mancata cooperazione del creditore concreti un 'abuso', essendo, a suo dire, la violazione di un obbligo che non può coincidere con l'area di diritto del creditore), e pure ID., *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-I, Milano, 2009, 204 ss.; M.F. CURSI, *La mora del creditore*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010, 803 ss.

amministrativo che illegittimamente non concede un bene della vita).

In altri termini, nella sfera pretensiva la buona fede non tutela nemmeno parzialmente ed eventualmente l'acquisizione di un bene della vita, essendo centrale solo la protezione da un affidamento non veridico e fatto nascere o mantenuto scorrettamente. Se a tale tutela negativa se ne sostituisse una (parziale o totale) positiva si farebbe divenire questa posizione un interesse legittimo pretensivo positivo o un diritto di credito¹¹⁶.

Lo stesso vale però anche per la sfera protettiva, ove la tutela è da condotte difformi dalla buona fede che ledano un bene preesistente. Si tratta di una reazione a condotte giocoforza attive, salvo – come s'è detto – quelle ipotesi in cui, in virtù di una particolare situazione, la buona fede non richieda a un soggetto di interrompere, attivamente, un autonomo decorso causale o comunque di mutare uno stato di fatto che potrebbe ledere i beni della sua controparte.

Ne deduciamo che, pur essendosi al cospetto di una posizione giuridica che contiene due nuclei (come il credito e, possiamo aggiungere, come l'interesse legittimo pretensivo positivo), nella relazione precontrattuale la buona fede tutela sempre e soltanto la preesistente sfera del soggetto.

Ora, si può allora ipotizzare che per descrivere la relazione precontrattuale sia applicabile una peculiare figura: l'interesse legittimo pretensivo negativo. Esso è descrivibile come l'affidamento (oggettivo e tendente a un fatto futuro) in un'attività della controparte che potrebbe eventualmente far ottenere un bene della vita senza arrecare danno ai beni preesistenti. Questo affidamento è tutelato solo nei limiti della buona fede e in negativo.

¹¹⁶ Sono possibili, entro certi limiti, degli ibridi: ossia rapporti precontrattuali nel cui ambito vi è una tutela in positivo. Si pensi nuovamente al già citato caso di discriminazione contrattuale.

Tale situazione giuridica, come il credito, si compone di una parte pretensiva e di una protettiva: la prima, relativa al bene che si spera un domani di ottenere, ricalcato sull'affidamento soggettivo, è protetta però solo in negativo (con risarcimento parametrato a ciò che si è perso per essersi fidati, e non in positivo, ossia con risarcimento di ciò che non si è ottenuto¹¹⁷); la seconda, inerente ai beni preesistenti, proietta la tutela aquiliana in una prospettiva relazionale.

Tale posizione giuridica viene violata allorché non sono rispettate le regole di buona fede 'pure' che entro questa cornice dimorano, sviluppandosi e mutando di continuo. Essa è interamente soddisfatta, invece, allorché è attribuito il bene della vita finale (la condotta di conclusione del contratto). L'interesse finale solo eventualmente protetto, come si è detto, è proprio quello alla condotta altrui di attribuzione del bene della vita (via via più specificato) senza che siano arrecati danni a beni altri che la correttezza vuole siano evitati. Dunque, l'interesse si definisce basandosi sull'affidamento soggettivo di volta in volta rilevante (privato del riferimento alla 'propensione' altrui a concludere il contratto).

La tutela offerta, a sua volta, è quella risarcitoria per i danni arrecati da condotte scorrette, siano esse inerenti all'affidamento soggettivo o ai beni altri. Inoltre, può essere ammesso anche un rimedio caducatorio se è stato concluso un contratto.

¹¹⁷ Così sarebbe se la contraddittorietà di chi fa nascere un affidamento, in realtà erroneo, fosse tutelata in positivo, come avviene ad esempio con la convalida tacita del negozio annullabile.

6. *Precisazioni sull'affidamento precontrattuale: natura della responsabilità e fondamento della relazione*

Dopo questa sintesi, e prima di passare a verificare il ruolo del contatto sociale e dell'affidamento oltre la responsabilità precontrattuale, varrà la pena di rispondere ad alcuni quesiti che le pagine precedenti potrebbero aver aperto. In particolare, è utile domandarsi se la responsabilità che deriva dalla violazione dell'interesse legittimo pretensivo negativo sia contrattuale o meno¹¹⁸ e quale sia esattamente il fondamento di questa posizione giuridica.

La risposta al primo interrogativo non è scontata, potendo l'interesse legittimo richiamare quel *tertium genus* di responsabilità che Canaris in Germania, ma anche vari autori in Italia, hanno ritenuto connotare rispettivamente la *Vertrauenshaftung* e la responsabilità precontrattuale¹¹⁹. Altri studiosi si oppongono fermamente a questa tesi, ritenendo che le forme di responsabilità nel nostro ordinamento sono solo due. Il dibattito ha anche un riscontro pratico: chi predica la 'terza via' giunge ad ammettere che

¹¹⁸ «Con la nozione di 'responsabilità contrattuale' si indicano due cose: l'accadimento per cui si è 'fatti' responsabili, e le conseguenze di tale responsabilità» (A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 1; sulla responsabilità contrattuale di recente anche S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015).

¹¹⁹ Cfr. R. SACCO, '*Culpa in contrahendo*' e '*culpa aquiliana*'; '*culpa in eligendo*' e *apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 86 (in seguito l'autore ha accolto la tesi aquiliana); M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 107 ss. (spec. 117 ss.); V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1270. Di recente un cenno in tal senso in C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giur.*, 2016, 1504 ss. Ci si è anche chiesti se il dibattito sulla natura della responsabilità non si colleghi proprio alla eterogeneità della casistica che si fa afferire alla *culpa in contrahendo* (cfr. G. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2017, 335 ss.). Ne deriverebbe, però, più che una natura 'altra' della responsabilità precontrattuale, una natura 'ibrida'.

la disciplina della responsabilità debba essere in parte quella contrattuale, in parte quella extracontrattuale, sempre ricavata per analogia dal modello più consono¹²⁰.

Si è già detto come le singole regole di buona fede precontrattuali facciano nascere, nel caso di violazione, un risarcimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. Tale violazione, però, non assume le forme dell'inesatto adempimento, non potendo per altro verso nemmeno parlare di un adempimento: per cui l'art. 1218 c.c. viene applicato solo analogicamente¹²¹.

Resta poi il fatto che le regole di buona fede che si presentano 'allo stato puro' non si inseriscono mai in un rapporto obbligatorio, per cui manca anche, e necessariamente, la facoltà di farne valere il mancato rispetto tramite un'azione di condanna. Viceversa, nel caso del credito la regola di protezione sovrapposta all'obbligo di prestazione è attivabile rifiutando la prestazione e chiedendone l'adempimento (è il caso del giardiniere già esposto). Parimenti, la regola di protezione di stampo attivo (derivante da una situazione di fatto in cui un soggetto si sia assunto una sorta di posizione di garanzia rispetto a un bene della controparte) viene tutelata senza problemi tramite l'azione di adempimento (è l'esempio del bene consegnato e da restituire).

Viceversa, nell'interesse legittimo non si potrà mai dare un'azione di vero e proprio adempimento. A essere orientata al futuro sarà solo un'azione inibitoria, là dove ammessa. Anche

¹²⁰ Da ultimo C.-W. CANARIS, *Die Reichweite*, cit., 220 s.

¹²¹ Per l'applicazione diretta dell'art. 1218 c.c. agli obblighi di protezione v. L. MENGONI, *La parte generale*, cit., 286. Per l'applicazione analogica v. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 503, nt. 200, e, quanto all'obbligazione senza prestazione, ID., *Ritorno*, cit., 707; v. pure F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 678. Sopra si era detto che nel credito, a differenza di quanto avviene nell'interesse legittimo, la violazione della buona fede concreta sempre inesatto adempimento, contro cui si può agire sicuramente ai sensi dell'art. 1218 c.c., applicato in via diretta.

quando la regola di buona fede richieda un'attività (e non una omissione), che appaia essere l'unica conforme a buona fede, e si possa ritenere che la regola stessa perduri nel futuro, la sua tutela sarà di stampo inibitorio e solo per il principio di effettività potrà atteggiarsi a condanna: divenendo azione, per così dire, di pseudo-adempimento (è l'ipotesi della restituzione del bene che si sia consegnato per un certo tempo e non si sia poi restituito).

Di fronte a queste considerazioni, all'interrogativo proposto sembra doversi dare una risposta complessa. La responsabilità non è contrattuale, se con ciò si intende la violazione di un'obbligazione (necessariamente di prestazione)¹²². Lo è, però, se si tiene conto che sarà sempre l'art. 1218 c.c. a venire adoperato, in un modo analogo a quanto avviene nell'ambito della parte protettiva delle obbligazioni: ma non del tutto identico, giacché cambiano i presupposti.

Quel che è diverso, inoltre, è la complessiva tutela, il complessivo assetto rimediale che l'interesse legittimo assicura: ciò che ridonda, inevitabilmente, anche sull'assetto della responsabilità e sul risarcimento del danno (basti pensare, per chi l'ammette, alla pregiudizialità tra rimedi caducatori per la conclusione di un contratto viziato e risarcimento del danno per scorrettezza precontrattuale).

In conclusione: la responsabilità è da violazione dell'interesse legittimo ed è assoggettata all'art. 1218 c.c., oltre che, più in generale, alla disciplina della responsabilità contrattuale, in quanto compatibile.

A questo punto, però, apparirà evidente come il dibattito in parola sconti una certa eterogeneità delle varie posizioni tra loro. La responsabilità in parola è contrattuale, perché questo è l'unico

¹²² Come noto, la responsabilità contrattuale riguarda l'inadempimento delle obbligazioni di qualsiasi fonte (L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1072).

modello che l'interprete rinviene nel codice (oltre a quello aquiliano, sicuramente inapplicabile). Non lo è però direttamente, ma analogicamente; non lo è per inadempimento di un obbligo (nemmeno come inesatto adempimento di un'obbligazione, come avviene nel caso di violazione delle regole protettive che sorgono nell'ambito di un rapporto obbligatorio), ma per violazione di una regola pura.

Quel che può confondere le idee, probabilmente, più che il modo di operare della responsabilità è la fonte della stessa (dell'obbligazione risarcitoria)¹²³. Se si guarda a questa, in effetti, la responsabilità in parola non è contrattuale, perché non riguarda la violazione di un'obbligazione: e il fatto che vi si applichi l'art. 1218 c.c. non può far venire meno le differenze che discendono dalla diversa fonte della responsabilità (la posizione giuridica violata).

Di talché, soprattutto in un'epoca come quella attuale in cui si riduce l'importanza dell'obbligazione a favore del contratto, pare che l'accento vada posto più che sulla responsabilità, sulla diversa essenza delle relazioni che nascono da questo o da quel contratto, di quelle che nascono *ex lege*, di quelle che non sono nemmeno obbligatorie. Guardando la diversa fonte, e quindi alla luce della diversa *ratio* (sia la *ratio contractus* o la *ratio legis*), si può verificare la presenza di una relazione vivificata in modo differente: dal che derivano conseguenze notevoli anche in punto di responsabilità (si

¹²³ Qualcosa di simile è intuito dal legislatore comunitario, se è vero che il reg. CE 864/2007, pur ascrivendo la responsabilità precontrattuale a quella aquiliana, la regola in un capo a parte, assieme ad arricchimento ingiustificato e *negotiorum gestio*, e richiamando la legge del contratto concluso o che sarebbe stato concluso. Sul punto, però, non v'è da fare confusione: una cosa è la fonte della relazione (contratto o legge); un'altra la fonte dell'obbligazione risarcitoria (inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione; violazione dell'interesse legittimo; fatto illecito).

pensi al problema del risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale)¹²⁴.

Passiamo, a questo punto, a considerare più da vicino il fondamento della relazione precontrattuale: solo così facendo, infatti, si potrà poi comprendere *quando* sorga davvero un interesse legittimo pretensivo negativo.

La nascita dell'affidamento soggettivo deriva, certamente, dalla specifica situazione in cui le parti si trovano ad agire.

In altri termini, dal punto di vista sociale sussistono alcune situazioni che, per la loro natura, impongono il rispetto di regole di buona fede avvertite come necessariamente dotate di sanzione giuridica: regole di correttezza, cioè, che non si limitano a vigere in un ambito di cortesia, ma che postulano una sanzione giuridica.

Queste situazioni, per concretizzarsi, non si basano su una mera vicinanza dalle parti: esse sono contraddistinte da una qualche forma – come abbiamo visto – di affidamento soggettivo.

Non può certo ritenersi, però, che sia da questo affidamento soggettivo che si origini la protezione offerta dalla buona fede, che a sua volta viene recepita (in senso tecnico) dal diritto e da esso declinata entro specifiche categorie.

¹²⁴ Il che, però, a ben vedere vale anche all'interno delle stesse obbligazioni: la cui diversa fonte (oltre che la *ratio* della medesima, sia essa la *ratio contractus* o la *ratio legis*) incide sulla vita dell'obbligazione e quindi anche sul modo di operare della responsabilità (anche nel rapporto con gli altri rimedi). Si pensi, su tutti al problema del danno non patrimoniale contrattuale, su cui v. almeno S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012., 437 ss.; L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 475 ss.; F. MACARIO-C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Introduzione al dibattito*, *Contr.*, 2010, 701 ss.; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, *ivi*, 720 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, *ivi*, 736 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Persona e mercato*, 2010, spec. 188; già M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.

L'affidamento soggettivo è, viceversa, quel presupposto per ammettere che le parti sono entrate in una specifica relazione, che di per sé è regolata dalla buona fede. In altri termini, la situazione affidante che un soggetto crea e l'affidamento soggettivo che l'altro soggetto concede non sono che il presupposto concreto per la creazione di una specifica relazione tra le parti.

Vi sono, dunque, due nuclei dell'affidamento: l'uno, astratto, in base al quale risulta ammesso un peculiare affidamento soggettivo; l'altro, concreto, che corrisponde proprio a tale affidamento soggettivo.

La particolarità sta nel fatto che la concretizzazione del piano astratto si fonda su un fatto psichico (o, meglio, sull'apparente presenza di tale fatto psichico) che, a sua volta, è tale proprio perché in astratto è ammesso che sia tale. In altri termini, il perno della responsabilità precontrattuale – l'affidamento soggettivo – esiste perché socialmente è ammesso che esista; nondimeno, deve sussistere in concreto (almeno in forma apparente, senza che la controparte si accorga del contrario) perché si dia l'esistenza stessa di una trattativa (e lo stesso vale per la presenza di un'apparente situazione affidante, della cui eventuale non veridicità la controparte non sia a contezza).

Ma non è tutto.

Si è detto che la relazione precontrattuale è dominata dalla buona fede; e si è pure detto che la buona fede, come disciplina di correttezza sociale, può tendere a divenire giuridica già sul piano sociale, e che di fronte a questa disciplina sociale vaga e informe l'ordinamento provvede alla migliore declinazione (nell'*an* e nel *quomodo*), formando regole precise giuridicamente rilevanti.

Si è poi detto che l'affidamento soggettivo è il centro della responsabilità precontrattuale, e che esso nasce con un certo oggetto e si sviluppa durante le trattative. Ora, tale affidamento soggettivo è connotato da una certa propensione di controparte a

concludere il contratto. Siffatta propensione, a sua volta, individua il margine entro cui la controparte non può ritrarsi dalla trattativa senza commettere una scorrettezza.

Se congiungiamo le due osservazioni, possiamo trarne un corollario¹²⁵.

Colui che si fida soggettivamente, sin dall'inizio della trattativa, si trova in uno stato di fiducia che tiene conto della protezione del suo affidamento offerta dalla buona fede; anzi, da quella buona fede che è socialmente percepita come idonea alla giuridicità.

Certo, si tratta di uno stato di fiducia normale e apparente, che in concreto può mancare. E, altrettanto certamente, non è richiesta una percezione nitida, ma semmai vaga e tale da avere ad oggetto gli interessi che emergono dal fatto (non già la loro declinazione giuridica precisa).

Non è però da sottacere questo rilievo dell'affidamento, come fatto psichico che normalmente riproduce la concretizzazione delle regole di buona fede. Anzi, allargando il discorso si può anche ritenere che l'affidamento soggettivo, per quanto limitato a un solo profilo (alla trattativa che si sta svolgendo), si associ psichicamente a una percezione (vaga) dell'affidamento oggettivo: giacché solo tenendo conto di questo, e della natura della relazione, è possibile per un soggetto assumere uno stato psichico collimante con l'affidamento soggettivo (che – lo ripeto – tiene conto anche della sua tutelabilità *ex fide bona*).

¹²⁵ Fermo restando che l'intreccio tra soggettività e oggettività dell'affidamento spiega sin d'ora i dubbi di E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., 419 s., secondo cui non sarebbe chiaro «ob der Geschädigte einen Anspruch erhalten soll, weil er vertraut hat oder weil er vertrauen durfte» (tra l'altro, parrebbe meglio parlare di un *können*, essendo il *dürfen* solitamente associato alla liceità; ma è anche vero che lo stesso termine *facultas* abbraccia sia il *können* che il *dürfen*; cfr. U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, 122).

Ma, allora, ne dobbiamo trarre che anche l'affidamento oggettivo è riprodotto in concreto dalle parti della trattativa (per quanto il vero e proprio affidamento sia poi quello soggettivo)¹²⁶.

È facile rinvenire, a questo punto, molte similitudini tra il concetto di affidamento soggettivo precontrattuale e quello di volontà contrattuale. In entrambi i casi la stessa esistenza sociale di tali concetti (dell'affidamento e della volontà) richiede di ammettere che i soggetti parte della relazione, *normalmente* (ma non sempre necessariamente), abbiano psichicamente contezza dei 'valori' che creano.

La differenza, semmai, sta nel fatto che nel caso di affidamento il valore, che promana dal fatto concreto, non eccede deontologicamente il fatto stesso; viceversa avviene nel caso della volontà¹²⁷. Nel primo caso, d'altro canto, viene creata una situazione affidante (o per lo meno l'apparenza della stessa, non disconosciuta in concreto) che ha di per sé un valore e viene concesso su questa base un affidamento corrispondente (in modo quanto meno apparente, senza che in concreto si riveli una diversa realtà)¹²⁸. Nel secondo, invece, le parti pongono dei concreti elementi linguistici o materiali, cui delle convenzioni astratte danno modo di produrre delle regole; e li attivano creando quanto meno un'apparenza di volontà in tal senso, che in determinati casi può

¹²⁶ In questo senso sembra ancora modernissima l'intuizione di K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung*, cit., 507 s.

¹²⁷ V. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, *passim*; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, *passim*; A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, 276 ss.

¹²⁸ Probabilmente la relazione precontrattuale è da escludere anche quando entrambe le parti creano apparenze (della situazione affidante e della concessione di affidamento), ma ambedue siano inconsapevoli di ciò.

essere sconfessata (secondo una logica ben diversa da quella dell'affidamento)¹²⁹.

Dobbiamo concludere nel senso che la relazione precontrattuale si fonda su un affidamento oggettivo che è vagamente riprodotto – secondo un criterio di normalità – nella psiche dei soggetti tutelati (per quanto poi, al fine dell'instaurazione della relazione, siano sufficienti delle apparenze). Insomma: l'affidamento oggettivo è tale anzitutto perché è (normalmente e vagamente) anche psichico, benché poi psichicamente esso serva soprattutto da sfondo su cui l'affidamento soggettivo si innesta.

Di certo ciò non vuol dire che le parti della trattativa debbano conoscere l'intensità delle regole di buona fede che regolano il loro rapporto (il che può riflettersi tutt'al più sull'effettivo affidamento soggettivo). Nondimeno, vi è necessità che sia creata una situazione affidante e che la parte tutelata conceda l'affidamento, ossia entri con consapevolezza in quella relazione. D'altro canto, allorché vi sia consapevolezza della natura della relazione, vi sarà

¹²⁹ La vicinanza ha portato taluni autori tedeschi di inizio Novecento a ritenere che le trattative inizino con un atto negoziale o contrattuale di creazione di un rapporto di protezione (H. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, *Jb. Jb.*, 1921, 258 ss.; H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., 118 ss.; Hein. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, in *LZ*, 1923, 543 s.). La tesi poteva essere accolta sulla base di un concetto molto oggettivizzante di interpretazione del negozio (§ 157 BGB), e ancora però lasciava dei dubbi (giacché, come si è detto, diverso è il modo di funzionare dell'affidamento dalla volontà). Oggi in Germania taluni autori la riproducono con riferimento alle cortesie, ritenendo che in taluni casi le parti non si obblighino a una prestazione, ma solo a una protezione. Cfr. D. WILLOWEIT, *Schuldverhältnis und Gefälligkeit*, in *JuS*, 1984, 914 ss.; ID., *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln*, in *JuS*, 1986, 106 (ma già ID., *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlin, 1969, 95 s., testo e nt. 67); pure W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, Berlin, 2006, 22. Più indietro nel tempo, cfr. H. KALLMEYER, *Die Gefälligkeitsverhältnisse: Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, Göttingen 1968, 85 ss. (soprattutto 101 ss.). Aprono a un contratto senza obblighi primari di prestazione (in cui inquadrare taluni rapporti di cortesia) K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*⁹, München, 2004, 401.

necessariamente anche quella (pur vaga) della sua tensione alla giuridicità (se difettasse la seconda, vorrebbe dire che il soggetto è entrato in una relazione diversa), giacché entrambe si appuntano sulla stessa socialità¹³⁰.

Contro questa tesi si potrebbero riprodurre alcune critiche, che una nota dottrina ha elevato nei confronti dell'affidamento fonte di obbligazione. Non sarà inutile passarle in rassegna e provare a replicarvi, verificando se l'approccio che si è sin qui scelto possa evitarle.

Si è detto, in particolare, che la buona fede non può essere in pari tempo regola di condotta e comportamento oggetto di un comando normativo; in modo analogo, si è evidenziato come l'affidamento non può essere in pari tempo fonte dell'obbligazione e oggetto di tutela legale, né contestualmente fonte del rapporto e regola del medesimo¹³¹.

Di fronte a queste obiezioni può evidenziarsi, nella prospettiva che si è sostenuta, come la buona fede sia essa stessa un comando, appartenendo sempre alla sfera del dover essere (quel dover essere già sociale che richiede la sanzione giuridica e che il

¹³⁰ Né si dica che questa tesi tende allo psicologismo: semplicemente, la trattativa non è un fenomeno esterno alla psiche delle parti, per cui va rinvenuta tramite criteri soggettivi. La loro oggettivizzazione si fonda sulla semplice apparenza della situazione affidante e sulla sufficienza di una concessione d'affidamento fondata sulla consapevolezza vaga della situazione. Al di fuori, del resto, mancherebbe la necessità di tutelare sia l'affidamento soggettivo (che non vi sarebbe), sia i beni altri (che non sarebbero stati esposti a un rischio particolare). Mancherebbe, quanto a questi ultimi, quello che per Canaris è il presupposto della *Anvertrauenshaftung*: l'ingresso delle parti nel traffico giuridico e l'esposizione consapevole dei beni al rischio.

¹³¹ M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 190 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 268. Un'argomentazione parzialmente diversa, ma in fin dei conti assimilabile, è in E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., 420 s. (secondo cui l'affidamento non può essere criterio per selezionare le *Sonderverbindungen*, giacché, se così fosse, «die Sonderhaftung kraft Sonderverbindung wird dann einerseits zwar aus dem Vertrauen begründet; dieses haftungsbegründende Vertrauen aber wird andererseits nur eben im Fall einer Sonderverbindung bejaht»), e in C. VON BAR, *Vertrauenshaftung*, cit., 500.

diritto recepisce, in senso tecnico, e declina entro categorie). E si tratta di una sfera del dover essere che in sé e per sé racchiude la differenza rispetto ad altre ipotesi, giacché, come si è detto, la buona fede è regola di condotta sociale che talvolta si ispessisce a tal punto da reclamare una giuridicità.

Inoltre, l'affidamento non può ritenersi fonte dell'obbligazione, perché un'obbligazione non vi è. Ma l'affidamento non è nemmeno fonte delle regole di buona fede, che di certo lo precedono. E non è nemmeno causa della relazione di interesse legittimo precontrattuale, che discende semmai dalla peculiare situazione di fatto.

Semmai, i dubbi possono apparire là dove si consideri che l'affidamento stesso è quell'elemento concreto cui si collega la specifica protezione precontrattuale. Ma, da un lato, va ribadito che l'affidamento soggettivo può sorgere perché una situazione è ritenuta socialmente idonea a farlo sorgere; dall'altro, che, ove ciò avvenga, la relazione si sarà creata *ex lege*¹³².

¹³² Nell'ottica dell'obbligazione senza prestazione, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 468, nt. 58, risponde alla critica di Maggiolo e già Checchini (e v. allora già ID., C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 1235, e F. BENATTI, *'Culpa in contrahendo'*, 304) ritenendo che «la buona fede ... è sintomatica dell'esistenza di un rapporto obbligatorio ed è espressione sintetica degli obblighi di protezione in cui consiste. La fonte del rapporto è perciò sempre la legge, come lo è in relazione agli altri fatti, indicati dall'art. 1173 c.c. come fonti dell'obbligazione, ma che in realtà sono soltanto il presupposto (di fatto, appunto) sul quale la legge e solo essa è in grado di produrre effetti giuridici. Nel caso del rapporto precontrattuale e, più in generale, dell'obbligazione senza prestazione, il fatto in coerenza con il quale la legge fa nascere gli obblighi sinteticamente espressi sul piano linguistico dalla buona fede è l'affidamento». Questa spiegazione subisce però, di nuovo, la critica di quanti ritengono che l'affidamento nulla identifichi (v. oltre nel testo). Quanto al riferimento alla legge, esso va inteso probabilmente nel dinamico rapporto tra formanti come ordinamento giuridico: nel cui ambito, a sua volta, tramite forma razionale il fenomeno deontico già sociale che si denomina 'buona fede'. Tale forma razionale, rientrando in diverse categorie, induce a

Per meglio dire, sarà la buona fede, come insieme di regole sociali, a individuare quelle situazioni ‘d'affari’ in cui si presenta una relazione più intensa. E l'ordinamento giuridico, grazie alle categorie elaborate dai giuristi, potrà individuare quando ciò comporti la creazione di un rapporto giuridico che funga da cornice a regole di buona fede, senza che la tutela dei privati sia demandata alla responsabilità aquiliana.

Il che conduce a confermare proprio l'opinione secondo cui «il dovere di buona fede» deve «applicarsi a una relazione sociale individuata sulla base di sue caratteristiche obiettive». Salvo, però, dover anche aggiungere che ciò non può non avvenire in virtù della riproduzione concreta di questa relazione sociale, la quale a sua volta postula, secondo un criterio di normalità, uno stato psichico delle parti, un affidamento soggettivo in cui si riflette necessariamente anche quello oggettivo.

Vi sono altre critiche sollevate contro la tesi dell'affidamento¹³³.

La più importante di queste gioca tutta sul fatto che un affidamento sussiste anche nella responsabilità contrattuale e in quella aquiliana, per cui fondare una responsabilità su tale elemento, specialmente ove la si estendesse oltre l'area precontrattuale, finirebbe per annullare le differenze tra categorie¹³⁴.

L'obiezione, sollevata in termini analoghi in Germania e in Italia, riprende le critiche al contatto sociale, per farne derivare una

distinguere la responsabilità per violazione degli interessi legittimi dalla semplice responsabilità aquiliana e da quella per inadempimento dell'obbligazione.

¹³³ Sebbene noti giustamente E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., 421, che tutte codeste critiche riflettono un'unica obiezione: quella per cui l'affidamento non è criterio selezionatore di una specifica forma di responsabilità.

¹³⁴ L'obiezione assume toni differenti nelle varie trattazioni. Ad esempio, M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 199 ss., rileva come vari rapporti suscitino una fiducia nella lealtà altrui.

demolizione dell'intera *Vertrauenshaftung* e della responsabilità derivante da violazione o lesione dell'affidamento.

Anche a esse può replicarsi.

L'affidamento aquiliano o quello contrattuale (relativo al credito) sono infatti diversi dall'affidamento precontrattuale¹³⁵: l'uno, perché non è in alcun modo legato a un affidamento soggettivo che ne sia perno; l'altro, perché veicolato da una pretesa. Ancora: il primo si fonda proprio sull'assenza di relazione (dunque, si estende a tutta l'area non altrimenti coperta dalla responsabilità per inadempimento dell'obbligazione o per violazione dell'interesse legittimo); il secondo, invece, si basa sulla presenza di una specifica relazione in cui v'è un obbligo di prestazione¹³⁶.

Semmai, questa critica ne nasconde un'altra, che si potrebbe riprodurre contro ogni tesi che nella relazione precontrattuale veda un rapporto.

¹³⁵ C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., 415: «daß diese in engem Zusammenhang mit dem Gedanken des Vertrauens- und Verkehrsschutzes steht, ist zwar sicher richtig, doch müßte man so gesehen folgerichtig bei nahezu jeder rechtlichen Regelung den 'Geltungsgrund' im Vertrauensprinzip erblicken, wodurch dieses jeden unterscheidenden Wert verliere»; v. anche C.-W. CANARIS, *Die Reichweite*, cit., 221 s., nonché W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II³, cit., 133

¹³⁶ E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., 422, richiama poi il contratto che prevede un obbligo di informare, che fonda un affidamento e per questo non sarebbe distinguibile dalla responsabilità per affidamento. A ben vedere, ciò non è del tutto vero: anzitutto, perché vi è un obbligo di prestazione. In secondo luogo, giacché la fiducia è protetta, per così dire, in positivo (risarcendo non solo i danni arrecati dalla falsa informazione, ma anche la differenza con la condizione patrimoniale in cui il creditore si sarebbe trovato con una informazione corretta). In terzo luogo, giacché la fiducia è qui proprio nell'informazione, e non (come vedremo oltre) nell'attuale attività altrui improntata a diligenza nel fornire un'informazione (così, invece, nel caso di informazioni fornite al di fuori di un obbligo da soggetti particolarmente qualificati): il che, tra l'altro, sottende anche una più ampia 'legittimità' di questo affidamento, che non richiede a chi riceve l'informazione di controllarla (solo ove essa sia palesemente sbagliata si potrà immaginare l'applicazione dell'art. 1227 c.c.).

Il rischio che tali tesi sottendono è quello di non precisare in modo definito alcun criterio per selezionare i casi di rapporto da quelli di non rapporto¹³⁷. Per di più, la sola esistenza di regole di buona fede non pare soddisfacente come parametro, giacché far dipendere l'esistenza di un rapporto dalla sua intensità sembra piuttosto vago¹³⁸.

Da un lato, infatti, rinvenire una relazione di cornice esclude che, al di fuori di essa, le regole di buona fede siano sanzionate. Dall'altro lato, v'è, per lo meno in astratto, il rischio contrario e opposto che entro la cornice si diano talune regole di buona fede che appaiano preferibilmente sanzionate solo sul piano sociale. Di fronte a questa rigidità, si potrebbe supporre che sia preferibile una ricostruzione in termini interamente aquiliani, che non si servirebbe dell'idea di rapporto giuridico di cornice e lascerebbe l'interprete libero di valutare, volta per volta, la presenza di un danno ingiusto o, sotto vari *escamotages* verbali, di un danno arrecato per il tramite di una condotta illecita.

Se si vuol rispondere a tali obiezioni, è imprescindibile individuare un criterio (diverso o che comunque superi la critica dell'insufficienza di ogni parametro volto a rilevare meramente l'intensità di un rapporto); inoltre, v'è da rispondere all'ultimo dubbio indicato, valutando se esso sia fondato in concreto e se comunque si possa trovare una soluzione pratica appagante.

¹³⁷ E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., 421.

¹³⁸ A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 266.

7. *L'affidamento e il contatto fattuale: a) contatti negoziali*

La centralità dell'affidamento, sorto in base a un contatto, lascia dunque aperta una questione essenziale: quando può dirsi sussistente un contatto sufficiente a far nascere una tale relazione.

Alcuni presupposti, a questo punto dell'indagine, appaiono evidenti.

Il contatto deve riguardare la futura conclusione di un contratto. Più nel dettaglio, dev'esservi un'aspirazione di una parte (o di ambedue le parti, allorché si diano i presupposti dell'affidamento in capo a entrambe) alla conclusione di un certo futuro contratto (affidamento in un'attività altrui futura, protetta nei limiti della buona fede e solo in negativo); tale aspirazione corrisponde inevitabilmente a un attuale affidamento soggettivo (nel fatto che la controparte stia trattando con riguardo a certo contratto e con un certo grado di propensione a concluderlo).

Ciò detto, non risulta facile creare un criterio univoco per dare una risposta al nostro problema, a causa di una serie di criticità cui si è già accennato, e che ora vanno meglio individuate.

Per chiarirle, possiamo anzitutto considerare un caso 'semplice', per poi valutare la distanza di altre fattispecie. In questo paragrafo guarderemo al contatto volto alla conclusione di un contratto, mentre nel prossimo estenderemo oltre lo sguardo, verso i contatti, per così dire, non precontrattuali.

Orbene: vi è sicuramente una relazione precontrattuale nella fase finale delle trattative relative a un contratto sinallagmatico di ingente valore. È questo il *Kern* dell'art. 1337 c.c.

Si potrebbe allora supporre che a determinare la nascita di una relazione precontrattuale sia l'ingresso in una fase avanzata delle trattative. Così, però, di certo non è: basterebbe rievocare l'art. 1718, comma 4, c.c., che una nota dottrina valorizzava, per

rendersi conto che anche il nostro ordinamento ammette un'idea simile a quella tedesca di *Anbahnung*¹³⁹.

E, però, nemmeno la soluzione contraria – qualsiasi contatto volto alla futura conclusione del contratto fa sorgere una relazione precontrattuale – sembra soddisfacente. La promessa di Tizio di prestare un libro all'amico Caio difficilmente potrebbe dirsi sufficiente a far entrare le parti in una tale relazione precontrattuale.

Spostando il discorso dal piano esemplificativo a quello dogmatico, due sono le difficoltà che pesano sul discorso.

Anzitutto, non è la propensione della controparte a concludere il contratto l'elemento su cui appuntare la relazione precontrattuale: per cui anche in presenza di un debole affidamento soggettivo (proprio perché la controparte mantiene un amplissimo ambito di manovra nell'interrompere le trattative) può esservi una relazione precontrattuale. Un contatto esplorativo per l'acquisto di beni di ingentissimo valore pone le parti di certo in una tale relazione.

In secondo luogo, non è possibile fare riferimento solamente alla correttezza per verificare se è sorta una tale relazione precontrattuale. Se si ripensa all'esempio del comodato del libro ciò emerge con chiarezza: da un certo punto di vista potrebbe ritenersi sorto un affidamento soggettivo, pur rilevante solo su un piano che intuitivamente verrebbe definito di cortesia, di amicizia, di affetto (in una parola: a-giuridico).

Quest'ultimo profilo appare di primaria importanza: le regole di buona fede, più volte richiamate, non reclamano sempre di essere giuridicizzate; già a livello sociale ve ne sono talune che, viceversa, sono percepite come semplicemente di cortesia.

¹³⁹ L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 279, ne faceva discendere, come si ricorderà, che il «fatto costitutivo» del rapporto precontrattuale non è l'instaurazione delle trattative, ma la nascita di «un affidamento obiettivo dell'altra parte».

Il problema della relazione precontrattuale – come già accennato – è che, finché non sorge, non si dà la possibilità di rendere rilevanti giuridicamente le regole di buona fede (se non come norme di protezione in via aquiliana); allorché è sorta, parrebbe rendere rilevanti tutte le regole di buona fede, anche quelle a rilievo solo di cortesia.

Se così è, sembrerebbe che la prospettiva del rapporto giuridico finisca per creare un'eccessiva rigidità. Ma anche questa perplessità può essere superata.

Già dal punto di vista sociale la relazione che appaia assoggettarsi a regole giuridiche entra tutta in una peculiare dimensione, affrancandosi dalla semplice cortesia. In altri termini, se una relazione appare giuridica, ciò avviene tendenzialmente per ogni suo profilo.

Ammettere, dunque, la prospettiva di un rapporto al cui interno vigono regole di buona fede, demandando alla responsabilità aquiliana la tutela dei privati al di fuori di questi casi, non è contraddittorio, proprio perché là dove una relazione appaia giuridicamente rilevante, e non solo socialmente, essa acquisisce per intero un tenore differente.

Spetta al legislatore e alla dottrina, allora, rinvenire un criterio per selezionare queste relazioni che si sono fatte giuridiche: in cui, cioè, la buona fede non richiede più per sé una sanzione sociale, ma una giuridica. Al di fuori, saranno sempre e solo le norme aquiliane di protezione (secondo la tesi più condivisibile in tema di responsabilità extracontrattuale¹⁴⁰) a fornire tutela; all'interno del rapporto, nondimeno, eventuali regole che non aspirino alla

¹⁴⁰ Il che esclude, a ben vedere, un vero e proprio 'stacco' tra la prospettiva del rapporto e quella aquiliana a-relazionale. Sia in una prospettiva, sia nell'altra, vi sono tecniche e meccanismi per rispondere adeguatamente alle istanze sociali, collocandole entro categorie dogmatiche che rendano le *rationes* delle decisioni comunicabili.

giuridicità non potranno essere ritenute di buona fede (di una buona fede idonea alla giuridicità)¹⁴¹.

La ricerca di questo criterio impone di rinvenirlo tramite l'osservazione sociale e la declinazione del dato sociale stesso entro categorie giuridiche razionali, che inseriscano il dato positivo di legge entro un sistema complessivamente armonico. Per tale via, si può notare come l'ispessimento della buona fede, dell'affidamento oggettivo, che cambia il tenore della relazione e la fa essere dominata da regole di buona fede che reclamano la giuridicità, vi sia allorché la relazione stessa esce da una dimensione solo di cortesia, di affetto, di amicizia, per entrare in una commerciale.

Ove ciò non avvenga, le regole che presiedono alla relazione saranno di stampo a-giuridico (non reclameranno la giuridicità). Ovviamente non si esclude che anche tale rapporto possa produrre conseguenze giuridiche (si pensi al caso in cui Tizio inviti a cena l'amico Caio solo per arrecargli un danno, non presentandosi all'appuntamento, o all'ancor più facile ipotesi in cui Tizio distrugga un bene di Caio): ma, al tempo stesso, la cifra originaria del rapporto non è certo la giuridicità.

Viceversa, qualora si presenti una relazione tra le parti che aspiri alla giuridicità, esse non sono più estranee tra loro, né sono assoggettate alle regole di cortesia, amicizia, affetto; allo stesso modo, il rapporto appare essere disciplinato in tutto e per tutto da regole giuridiche che si distinguono da quelle proprie della responsabilità aquiliana (anche là dove tutelano i beni preesistenti delle parti).

¹⁴¹ Un esempio potrà aiutare a chiarire il discorso. Tizio e Caio, amici da una vita, entrano in trattative: Caio vuole comprare un appartamento di Tizio. Quest'ultimo assicura al primo che il contratto verrà concluso, prima ancora di definirne gli estremi. Sorge un affidamento: ma è un affidamento giuridicamente rilevante? Probabilmente, vanno distinti due nuclei: quello dell'affidamento protetto dalle regole dell'amicizia e quello giuridicamente tale.

Il criterio che si rinviene non è ulteriormente scomponibile: nel senso che l'individuazione della *ratio* che ne è socialmente (o sociologicamente) al fondo può essere utile per chiarirlo, ma non consente di modificarlo. Esso è, infatti, un parametro prodotto dalla socialità, che il giurista si limita ad accettare e che deve semmai declinare al meglio entro categorie precise.

E tale criterio non può che essere proprio quello già espresso da decenni dalla dottrina italiana (e in particolare da quella dottrina che per prima ha reputato sorgere, nella fase precontrattuale, un rapporto di protezione tra le parti): la relazione deve presentare una natura 'd'affari' o 'del traffico'¹⁴².

Non è sufficiente, a tal riguardo, che le parti entrino in rapporto con riferimento a un futuro contratto, giacché in varie circostanze ciò potrebbe non collegarsi a una maggiore intensità della relazione: si pensi al caso del comodato prima citato. È necessario, invece, che il rapporto sia commerciale, ossia non accidentale, non estemporaneo e disinteressato, non legato a connotati d'amicizia o simili.

Ovviamente, un criterio così vago finisce per essere poco utilizzabile: per cui, esattamente come nella distinzione tra contratti e accordi di cortesia, va specificato mediante l'individuazione di parametri più precisi, di cui il giudice può accertare la presenza nel concreto.

Anzitutto, una relazione precontrattuale giuridicamente rilevante vi è sempre nel momento stesso di conclusione del contratto: che si ricada in un ambito d'affari in tal caso è fatto palese proprio dal contestuale perfezionamento di un vincolo giuridico (quale esso sia). Rinvenire un rapporto precontrattuale, in tale ipotesi, sarà necessario quanto meno per veicolare attraverso

¹⁴² È la tesi di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 280, di cui già s'è detto.

esso il risarcimento *ex art.* 1338 c.c. e per il caso di vizi del consenso.

In ogni contratto, dunque, vi sarà un rapporto precontrattuale quanto meno contestuale alla sua conclusione: il che è del tutto razionale, se si ammette che è questo stesso rapporto che veicola non solo il risarcimento dei danni per il perfezionamento di un contratto non voluto, ma anche l'annullabilità del vincolo stesso, e ciò valga per qualsiasi contratto.

La seconda ipotesi è, invece, quella delle vere e proprie trattative, ossia di quell'attività comunicativa delle parti volta a permettere una decisione sull'*an* e sul *quomodo* del vincolo contrattuale¹⁴³. Tale fase può fisiologicamente mancare in un contratto: quando, però, vi è, essa riflette esattamente lo stesso connotato di serietà del contratto.

Deve trattarsi di una vera e propria trattativa, e non di un discorso esplorativo, di un mero proposito di trattare in futuro o anche di una promessa di concludere un contratto gratuito (che non è per forza di cose una trattativa). È preferibile, infatti, ricorrere a una nozione abbastanza ristretta di 'negoziazione', cui si colleghi inscindibilmente la natura 'd'affari' della relazione: non basterà un semplice colloquio relativo a un contratto, né l'affermazione di volerlo concludere (Tizio dice all'amico Caio che gli venderà un suo vecchio telefono cellulare), ma sarà necessario che le parti discutano delle condizioni economiche del contratto stesso. Ciò che avviene, ad esempio, là dove Tizio e Caio considerino talune clausole di un contratto di donazione di un

¹⁴³ Nella nozione classica di 'trattative' esse «costituiscono una fase precedente ed eventuale rispetto alla vicenda formativa del contratto ..., e si identificano con tutte le attività di relazione – sondaggi e progetti, avvisi ed informazioni – che si rendono opportune, se non indispensabili, al fine del giudizio di convenienza, e dunque della decisione, sulla stipula dei contratti di una certa importanza»; così R. SCOGNAMIGLIO, *sub art. 1337 c.c.*, cit., 200, e già ID., *sub art. 1326 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 81. V. pure V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 168.

immobile che il primo conferirà al secondo; non, invece, là dove Tizio prometta alla moglie Caia di regalarle un anello in occasione del loro anniversario.

Queste due ipotesi sono, a ben vedere, quelle che lo stesso art. 1337 c.c. distingue. Non è insensato compiere questa differenziazione, proprio perché la seconda fase è solo eventuale¹⁴⁴: ma, quand'è presente, dà vita inevitabilmente a una relazione precontrattuale.

Al di fuori di queste fattispecie, in cui vi è sempre un contatto precontrattuale d'affari (qualsiasi sia il contratto che le parti mirano a concludere), una relazione precontrattuale nascerà in ogni caso in cui il rapporto tra due parti, oltre a sorgere in vista del perfezionamento di un contratto, si stabilisca in virtù di un contatto del traffico giuridico. In particolare, sarà tale ogni contatto che si innesta al di fuori di un ambito amichevole: lo è l'invito di un negoziante a fornire un documento d'identità per concludere

¹⁴⁴ Cfr. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 43 ss. (e poi G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 5), per il quale in la «formazione», «a differenza della trattativa ... è uno stadio più avanzato».

un certo contratto¹⁴⁵, non lo è invece la promessa di Tizio di prestare un suo libro a Caio¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Anche al di fuori di una trattativa: così, sarà responsabile (anche precontrattualmente il negoziante che diffonda poi i dati in modo scorretto (oppure, nel caso dell'art. 1718, comma 4, c.c., il mandatario che danneggi i beni ricevuti). Il profilo, a dire il vero, riveste qualche importanza maggiore nel diritto amministrativo: là dove, nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, si può immaginare che accanto all'interesse legittimo pubblicistico (pretensivo positivo) ne nasca uno privatistico (pretensivo negativo), salvo addirittura non voler ritenere che lo stesso interesse legittimo pubblicistico ponga accanto all'anima pretensiva positiva una pretensiva negativa (il che darebbe risposta a molti crucci che si pongono in punto di giurisdizione, ratificando dogmaticamente la volontà legislativa di attrarre alla giurisdizione amministrativa – ad oggi, definita esclusiva – tutta la fase della procedura a evidenza pubblica). Ebbene: in quest'ambito è dibattuto se vi sia una responsabilità della p.a. che emani un bando e poi (legittimamente) lo revochi o lo annulli in autotutela, prima dell'aggiudicazione, così tradendo l'affidamento nell'utilità del contatto prenegoziale (mentre è sicuro che dopo l'aggiudicazione vi sia una responsabilità precontrattuale dell'ente che torna sui suoi passi). La questione pende oggi di fronte all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato 24 novembre 2017, n. 5492, in www.giustizia-amministrativa.it). A tal riguardo, la tesi restrittiva fa leva sul fatto che mancherebbe una vera e propria trattativa e quindi difetterebbe il presupposto per l'attivazione dell'art. 1337 c.c. A ciò si può ribattere proprio richiamando la sufficienza di un contatto negoziale. Altro è, semmai, chiedersi se la p.a. tradisca davvero l'affidamento soggettivo ove revochi o annulli il bando: ma la questione richiede, in questo caso, non già di verificare se è sorta una relazione precontrattuale, ma quale sia esattamente l'oggetto dell'affidamento soggettivo (in particolare dal punto di vista della 'propensione' di controparte a concludere il contratto). In generale, sulla responsabilità precontrattuale della p.a., v. di recente G.C. SALERNO, *Responsabilità precontrattuale o responsabilità per violazione dei principi della funzione? La tutela della buona fede fra responsabilità precontrattuale e violazione dei principi della funzione*, in *Dir. ec.*, 2017, 379 ss. V. pure G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995; A. LIBERATI, *La responsabilità pre-contrattuale e la p.a.*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, a cura di A. Liberati, con la collaborazione di A. Reggio d'Acì e M. Reggio d'Acì, Torino, 2009, 10 ss.; O.M. CAPUTO, *Illegittimità del bando e affidamento risarcibile dell'aggiudicatario*, in *Urb. app.*, 2013, 93 ss. (in nota a T.A.R. Campania-Napoli 3 ottobre 2012, n. 4017, che applicava il 'contatto sociale' alla c.i.c.).

¹⁴⁶ Anche il § 311 II n. 2 BGB richiede qualcosa in più, oltre alla mera *Anbahnung*: cfr. R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 371, secondo cui «die

A tal riguardo, come preannunciato, possono svilupparsi una serie di indici simili (ma non identici) a quelli relativi alle cortesie contrattuali¹⁴⁷: d'altro canto, così come per queste ultime si tratta di verificare se è sorto un vincolo giuridico, anche nel caso dell'affidamento l'interprete deve valutare se, nonostante la proiezione della relazione su un contratto, il contatto sia ancora del tutto estemporaneo o comunque esterno a una dimensione d'affari.

E, allora, il contatto apparirà essere precontrattuale ove sorga tra estranei, sia serio e non superficiale, sia relativo a beni di un qualche minimo valore economico e sia prodromico a uno scambio (e non già a un contratto di liberalità).

Vertragsanbahnung setzt mindestens voraus, dass eine Partei Aktivität zum Zweck eines späteren Vertragsabschlusses entfaltet hat, ferner, dass dies seitens einer anderen Partei zur Kenntnis genommen und mit der Absicht, später möglicherweise einen Vertrag zu schließen, darauf in einer Weise reagiert wird, dass sie der anderen Seite eine 'Möglichkeit zur Einwirkung' gewährt bzw. ihre Rechtsgüter der anderen 'anvertraut'. Ad ogni modo, l'ipotesi classica tedesca, che è quella collegata ai *Warenhausfälle*, è nel nostro ordinamento di scarsa rilevanza, giacché le regole di protezione solo occasionalmente connesse con la trattativa (come quelle in virtù delle quali un negoziante deve evitare i danni ai clienti che entrano nel suo locale commerciale) in Italia con tutta probabilità non afferiscono alla *culpa in contrabando*. Nondimeno, a fronte di una tesi abbastanza restrittiva quanto all'individuazione della trattativa (v. prima nel testo), si rivela l'importanza anche nel sistema italiano dell'*Anbahnung* (si pensi a tutti i contratti non preceduti da una specifica attività diretta a valutarne la convenienza). Resta poi fermo che, più si espande l'ipotesi delle vere e proprie trattative, più si riduce l'ambito dell'altra, e che – al contrario – la *Anbahnung* può ricomprendere le vere e proprie trattative, se si ammette che il carattere 'd'affari' di entrambe si basi su elementi di rilievo sociale analoghi.

¹⁴⁷ Il tema è particolarmente studiato in Germania, dal punto di vista dei criteri per la ricerca del *Rechtsbindungswille*. Cfr. in particolare la nota decisione BGH 22 Juni 1956, in *NJW*, 1956, 1313 s. In dottrina v. P. SCHWERDTNER, *Der Ersatz*, cit., 1674; K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., 400; M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., 315 s.; R. BORK, *Allgemeiner Teil*⁸, cit., 264; E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 32; D. OLZEN, sub § 241 BGB, cit., 160 ss.; H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille*, in *AcP*, 1976, 445.

In questo modo è possibile creare una perimetrazione per il rapporto precontrattuale, che assicuri al giudice un sufficiente spazio di discrezionalità per valutare quando esso si sia costituito e che, al tempo stesso, renda comunicabile (e quindi controllabile) la *ratio* della sua decisione.

Prima di guardare oltre il contatto negoziale, varrà la pena di porsi un'ultima domanda (passando idealmente dal § 311 II nn. 1 e 2 BGB al § 311 III): in particolare, è opportuno chiedersi se nel nostro ordinamento partecipino alla responsabilità precontrattuale anche i terzi.

L'interrogativo non può che riguardare la nascita di un interesse legittimo (o, per chi preferisca l'altra qualificazione, di un'obbligazione senza prestazione) anche a carico di terzi e a favore delle parti della trattativa (intesa qui in senso lato, come relazione precontrattuale). Difatti, se nei confronti dei terzi valesse l'applicazione della tutela aquiliana, si potrebbe parlare di responsabilità precontrattuale solo da un punto di vista temporale (come responsabilità nascente nella fase delle trattative), e non in un'ottica di qualificazione giuridica.

V'è da chiedersi, più specificamente, se una tutela particolare nei confronti dei terzi nasca durante le trattative e quale ne sia l'esatta natura (in che tipologia di interesse legittimo si ricada, stando alla prospettiva qui assunta).

Alla prima domanda dà una risposta, oggi, il diritto tedesco, che come già visto al § 311 III BGB ammette che nasca un rapporto di protezione tra le parti del futuro contratto e i terzi, a patto che questi ultimi abbiano suscitato un particolare affidamento nei loro confronti e abbiano notevolmente influenzato la conclusione del contratto.

Il BGB quindi dà soluzione positiva al quesito, benché mediante un criterio quantitativo (e per ciò stesso apparentemente incerto). Quanto all'Italia, la risposta positiva è possibile se si

ritiene che l'art. 1337 c.c., nel parlare di 'parti', non richiami solo quelle del futuro contratto: soluzione che in dottrina appare incerta¹⁴⁸, ma che in sé e per sé persuade.

Vi sono almeno due elementi, che possono essere tratti dal sistema, tali da suffragare quest'opinione.

¹⁴⁸ Contrari all'allargamento della nozione di parti sono A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 45 (secondo cui il «dovere di comportamento secondo buona fede non può che fare capo alle parti, o loro rappresentanti o loro mandatarî»); F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 85; U. CARNEVALI, *In tema di c.d. responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corriere giur.*, 1989, 1004; G. PATTI, sub art. 1337 c.c., cit., 26, nonché, più di recente, V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 167. Viceversa, chi, come C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², Milano, 2000, 159, testo e nt. 8, configura la responsabilità precontrattuale come tutela aquiliana della libertà negoziale non ha difficoltà nell'ammetterne la sussistenza anche in capo al terzo (così pure P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 512 ss., il quale però ne trae argomento per sottolineare l'irrilevanza della qualificazione della responsabilità come davvero precontrattuale o meramente aquiliana, alla luce della tesi che comunque riconduce la prima alla seconda). Tuttavia, il vantaggio così realizzato è solo apparente, giacché queste stesse tesi non chiariscono *quando* e *come* i terzi rispondano per lesione della libertà negoziale (per quanto mantengano una certa duttilità nel verificarlo). La tesi tradizionale è fatta propria, seppur con alcuni distinguo, da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 517 ss. L'opinione opposta è sostenuta, tra gli altri, da V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1268 s.: «non è, dunque, la conclusione (eventuale) del contratto che individua (*ex post*) il riferimento soggettivo della disposizione, ma è il coinvolgimento e la partecipazione nelle vicende che precedono o possono precedere il contratto che giustificano l'assoggettamento alla regola di comportamento, imponendone il rispetto»; già F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teor. gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 892, secondo cui nell'art. 1337 c.c. «sono chiamati 'parti' anche i soggetti, che partecipano alle trattative e che, come tali, non sono necessariamente anche contraenti». V. pure G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 21 (secondo cui la diversa tesi risponde a un vero e proprio «pregiudizio»). Nella dottrina tedesca v. L. DIERS, *Ersatzansprüche Dritter bei 'culpa in contrahendo'. Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an der Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?*, Welver im Kreis Soest, 1962, 7 ss., e E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus 'culpa in contrahendo'*, Berlin, 1980, 15 ss.; dopo la *Modernisierung* v. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*², Tübingen, 2012, 217 ss. Di recente si è ampiamente soffermato sul problema in esame L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, spec. 125 ss.

Da un canto, infatti, vedremo a breve come anche l'informazione rivolta a un destinatario specifico o prevedibile in particolari circostanze fondi un interesse legittimo (per chi preferisce una diversa qualificazione: un'obbligazione senza prestazione)¹⁴⁹. Da un altro canto, l'ipotesi di interferenza di un terzo nelle trattative assomiglia, in taluni casi, a quella di interferenza di un terzo in un rapporto obbligatorio (si pensi all'induzione all'inadempimento), che con tutta probabilità non va inquadrata nella responsabilità aquiliana, ma ipotizzando la presenza di una relazione protettiva (nell'ottica qui sposata, un interesse legittimo protettivo del creditore verso il terzo)¹⁵⁰.

Soprattutto, però, v'è da tener conto del fatto che, a prescindere dalle inefficienze che la tutela aquiliana può presentare con riguardo a questo ipotesi, là dove il terzo entra nelle trattative davvero egli crea una relazione comunicativa con l'una o con l'altra parte che, secondo un criterio di normalità, mette in grado lui e (almeno uno tra) i futuri potenziali contraenti di comprendere l'interferenza stessa¹⁵¹.

¹⁴⁹ A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 307, evidenzia la connessione tra il tema in parola e il dolo del terzo.

¹⁵⁰ Ciò non deve stupire: più in generale, la lesione del credito già in Roma poneva problemi di tutela, per il suo dimorare tra contratto e torto (cfr. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 99 s.), e ancor oggi è classificata tra i casi di pura perdita patrimoniale (cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 21 ss.).

¹⁵¹ Il che consente sin d'ora di precisare che parte delle trattative può essere solo il terzo che è o appare essere a conoscenza della trattativa in corso (salvo che la parte con cui entra in relazione non riconosca che non ne è minimamente consapevole). A questi elementi va equiparata anche la previsione o la prevedibilità, secondo ragionevolezza, di una futura trattativa. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 169 («importante è che, la scorrettezza, ancorché temporalmente preceda la trattativa, sia funzionalmente mirata a questa e al relativo contratto»; l'autore, però, si riferisce a contatti tra le stesse parti che poi inizieranno una trattativa per concludere tra loro il contratto); A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 277, secondo il quale vi può essere anche *c.i.c. in incertam personam*. L'esempio è quello di un'attività dolosa diretta «a convincere una pluralità di persone dell'opportunità di concludere un contratto a certe condizioni».

Resta, però, il problema notevole della ricerca di un criterio.

Ove li si volesse raggruppare, i casi in cui i terzi possono partecipare alle trattative potrebbero essere raccolti attorno ad alcuni nuclei tipici: ad esempio, distinguendo chi convince una parte a smettere di trattare o a ingannare la controparte (eventualmente anche tramite violenza) e chi fornisce alla controparte, direttamente o su incarico dell'altra parte, un'informazione erronea.

A essere centrale è sempre la nascita di una relazione. Nel primo caso essa è derivante dall'interferenza altrui nella trattativa, dovuta non già a un comportamento materiale (ad esempio: uccisione dell'altro trattante), bensì a una condotta comunicativa. Nel secondo caso il fulcro, invece, è l'informazione diretta alla controparte della trattativa.

In entrambi i casi il criterio, in virtù del quale può dirsi effettivamente sorto un rapporto, dovrebbe essere – ancora una volta – quello del contatto d'affari. È tale il contatto voluto dal terzo che, da un lato, eserciti una pressione rilevante su una parte, nell'ambito di una previa relazione precontrattuale che già sia tale oppure in vista di una tale relazione; dall'altro, induca a compiere certe scelte nell'ambito di una tale relazione già esistente o che con tutta evidenza sorgerà in futuro.

Solo ove ciò avvenga il terzo, tramite la sua influenza rilevante, partecipa in qualche modo di quell'ispessimento della correttezza tipico della fase precontrattuale, di quella sua tensione alla giuridicità. Egli agisce su scelte rilevanti e serie, per cui subisce l'applicazione di una stringente disciplina *ex fide bona*. Il parametro, benché quantitativo, non risulta eccessivamente incerto, giacché si appunta su due dati facilmente rilevabili: l'esistenza o la futura esistenza di una trattativa e l'intensità dell'interferenza su questa. Ove la prima costituisca una relazione precontrattuale e la seconda sia sufficientemente forte da far supporre che il terzo, per

l'appunto, 'entri' nella trattativa, si sarà costituito un rapporto precontrattuale con lo stesso terzo, a favore di una o di entrambe le parti del futuro contratto.

Quanto alla sua natura, l'interesse legittimo di cui si va cercando il fondamento non può essere pretensivo negativo. Verso i terzi le parti non hanno alcuna aspettativa: non vogliono, difatti, ottenere utilità (sebbene, da un diverso punto di vista, possa dirsi che anche fornire un'informazione corretta costituisce un bene della vita, oggetto di un'aspirazione delle parti: ma, per questa via, si giunge a qualificare diversamente il rapporto con il terzo, nei termini di quella responsabilità per false informazioni non derivante da inadempimento di un'obbligazione, su cui ci intratterremo oltre).

Verso i terzi, a ben vedere, le parti sono protette solo e soltanto in negativo: ossia, la buona fede impone soltanto condotte di astensione da un'interferenza dannosa nelle trattative. L'interesse legittimo, dunque, dev'essere – stando alla distinzione che si è proposta – protettivo, come quello del debitore verso il creditore.

Tale posizione giuridica consente, nell'esempio di debitore e creditore, al primo di reagire a qualunque condotta scorretta dannosa del secondo, da questo posta in essere in tale veste (o comunque in rapporto di causalità con tale veste, e non solo di occasionalità), sia tale condotta corrispondente a un atto d'esercizio del credito, sia invece esterna a questo, ma pur sempre scorretta e causativa di danno. Nei confronti del terzo partecipe alle trattative, la parte di un futuro contratto che è tutelata da un interesse legittimo protettivo può chiedere il risarcimento del danno per ogni condotta al tempo stesso lesiva e scorretta.

Il che è del tutto logico, se si pensa che la situazione giuridica di protezione può nascere mentre il soggetto attivo ne è all'oscuro: così, ad esempio, là dove il terzo convinca la controparte a

interrompere trattative ormai avanzatissime (nel qual caso, tra l'altro, il risarcimento potrà avere ad oggetto l'interesse positivo).

8. b) *contatti pseudo-negoziati*

Ci si potrebbe, a questo punto, chiedere se il contatto che si è indagato si presenti anche fuori dalle trattative e ivi possa fondare rapporti di protezione (interessi legittimi pretensivi negativi). Non v'è altra via, per verificarlo, che enucleare dalla relazione precontrattuale i tratti distintivi e verificare se essi si presentino anche altrove, ricorrendo allora a un'interpretazione analogica.

Per tale ragione la tesi che richiede, affinché sorga un rapporto di protezione, un peculiare affidamento oggettivo, inteso come facoltà di fare affidamento sul rispetto della buona fede dovuta alla relazione sorta tra le parti, non è del tutto convincente, giacché oblitera il fatto che il contatto di cui s'è detto ha sempre al centro uno stato psichico normale.

Il punto va chiarito.

L'opinione menzionata – che è poi quella che ha dato vita alla teoria del contatto sociale qualificato in Italia¹⁵² – ritiene

¹⁵² Di recente la teoria del contatto sociale qualificato ha dato vita a un appassionato dibattito. A criticarla è stato dapprima A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., 92 ss., riprendendo la discussione tedesca e notando come in tale sistema giuridico non si sia mai accolta l'idea di contatto sociale fonte di obblighi di protezione. Ha replicato poi C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 133 ss. (ove, tra l'altro, l'illustre autore sostiene che anche l'area della cortesia sia abbracciata in Italia dall'obbligazione senza prestazione). Di nuovo è intervenuto A. ZACCARIA, *'Contatto sociale' e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *juscivile*, 2017, 185 ss. (ma v. pure ID., *La natura della responsabilità per 'culpa in contrabendo' secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344 ss., nonché A. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra [regole di] fattispecie e [regole di] procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 814 ss., testo e nt. 14, ID., *Il contatto sociale*, cit., 2565 ss., e F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 187 s.).

sufficiente, affinché nasca un'obbligazione senza prestazione, semplicemente una relazione che sia così intensa da essere regolata dalla buona fede (da una buona fede giuridicamente rilevante): e la rinviene allorché «la stessa qualificazione professionale genera inevitabilmente un'affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale»; «affidamento dal quale, in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità regime del torto aquiliano»¹⁵³.

Il punto critico di questa ricostruzione non è tanto il circolo cui dà vita, come afferma chi le imputa di non chiarire quando vi sia un contatto sociale qualificato: tale dubbio, infatti, si supera facilmente, se si ritiene che il criterio richiamato (di stampo sociale e recepito dall'ordinamento normativo) sia collegato a un particolare ispessimento delle regole di buona fede, che permettono (giocoforza) un affidamento altrettanto alto nel loro rispetto.

Viceversa, la difficoltà sta nel fatto che il contatto qualificato al fondo di questa tesi è eccessivamente ampio, non limitandosi a intercettare ipotesi dominate da un affidamento che è anche psichico (anzitutto come affidamento soggettivo). Infatti, ciò che crea la specifica relazione precontrattuale è un particolare contatto fattuale, in cui un soggetto, sulla base di una situazione affidante, si fida concretamente, e si fida nell'ambito di una relazione precontrattuale che percepisce come tale. Il contatto sociale qualificato, invece, fa sorgere obbligazioni senza prestazione tipicamente in casi in cui l'affidamento è unicamente oggettivo e nasce senza alcuna consapevolezza del soggetto tutelato (si pensi,

¹⁵³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 482, con riferimento al caso del medico dipendente verso il paziente.

per restare a casi tipicamente di obbligazione senza prestazione da contatto sociale qualificato, all'alunno consegnato dai genitori alla scuola, senza conoscere l'identità dell'insegnante, oppure al paziente che viene sedato prima di un'operazione e non sa quale medico lo opererà)¹⁵⁴.

Ritenere che in queste ipotesi nasca un interesse legittimo pretensivo negativo, del tipo di quello precontrattuale, non è possibile, proprio perché non sarebbe ammissibile un'analogia che partisse dall'art. 1337 c.c. Né, d'altro canto, si potrebbe depurare l'interesse legittimo in parola dalla centralità dell'affidamento soggettivo: non solo esso ne costituisce il fulcro, ma esso è anche quel prisma in cui si riflette la natura 'commerciale', 'd'affari', della specifica relazione, che la innalza alla giuridicità.

Ciò non toglie che possano sussistere altri interessi legittimi, di altro tipo, la cui fonte non abbia a che fare con il contatto fattuale tipico delle trattative, ma semmai con contatti di stampo diverso: e che, in questo modo, si riesca a descrivere tramite una forma giuridica relazionale anche una situazione che non presenta tratti di analogia con quella tipicamente precontrattuale. Ma allora l'analogia dovrà muovere da altri punti di immersione positivi dell'interesse legittimo¹⁵⁵: il che apre un tema assai ampio, che sarà più opportuno svolgere nel successivo paragrafo.

¹⁵⁴ A dire il vero, C. CASTRONOVO, *La relazione*, cit., 69, e già ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., 482, sottolinea che il contatto sociale da cui nasce l'obbligazione senza prestazione è «funzionale, cioè originariamente volto a uno specifico fine». La presenza di un generico fine, tuttavia, non equivale alla sussistenza di un affidamento soggettivo (relativo a un fatto presente) che in sé e per sé contiene indicazione della finalizzazione dell'intero rapporto.

¹⁵⁵ I propugnatori del contatto sociale ritengono che esso faccia nascere obblighi in virtù dell'art. 1173 c.c. (obbligazioni sorte per ogni atto o fatto ritenuto idoneo dall'ordinamento), sostenendo che vi possano essere fonti atipiche di obbligazioni «idonee a generare un rapporto obbligatorio in conformità a quanto previsto dall'ordinamento giuridico» (v. S. ROSSI, voce *Contatto sociale [fonte di obbligazione]*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento*****, Torino, 2010, 351, nt. 30). La tesi è suggestiva

Per il momento v'è semmai da chiedersi se un interesse legittimo da contatto, analogo a quello precontrattuale, non si presenti anche fuori dalle trattative: il che richiederà di verificare se non si diano altre ipotesi di affidamento soggettivo nascente nell'ambito di una relazione d'affari, sufficientemente seria per essere elevata tutta alla giuridicità (ed essere descritta nelle forme di una situazione giuridica).

Non è facile rispondere a tale quesito, né formulare un parametro che distingua con precisione le fattispecie idonee a far nascere un interesse legittimo pretensivo negativo (la difficoltà è in larga parte sovrapponibile a quella che incontra chi si dedica al tema delle cortesie contrattuali). In via di prima approssimazione, i casi cui potrebbe applicarsi il predetto ragionamento analogico sono quelli delle promesse non vincolanti e delle prestazioni compiute al di fuori di un vincolo obbligatorio (purché, beninteso, diano vita a relazioni che si possano qualificate come 'd'affari': criterio vago e pre-giuridico, che richiede un'ulteriore declinazione in più precisi parametri).

Effettivamente, in almeno due ipotesi il nostro ordinamento non fa nascere vincoli obbligatori (di prestazione) da un accordo, per ragioni tecniche; e, ciononostante, appare necessario sanzionare giuridicamente le regole di buona fede che ne nascono (sebbene non dal punto di vista della pretesa in senso proprio).

(e potrebbe finanche applicarsi, *a fortiori*, agli interessi legittimi), ma non del tutto convincente, giacché non spiega quando vi sia la conformità all'ordinamento giuridico. L'art. 1173 c.c., infatti, non pare essere una clausola generale, ma solo una norma definitoria e riassuntiva, che spinge l'interprete a cercare altrove la fonte della specifica obbligazione (di protezione, o – nell'ottica qui accolta – dello specifico interesse legittimo). E, per tale operazione, valgono le indicazioni su cui ci si è soffermati nel testo.

Il primo caso intercetta quei rapporti di cortesia¹⁵⁶ che, pur essendo trattati come tali dall'ordinamento italiano, nascondono una potenziale promessa giuridicamente vincolante, tanto che in altri ordinamenti sono qualificati come contratti gratuiti. È infatti noto come il nostro sistema giuridico, a differenza ad esempio di quello tedesco, non ritenga vincolanti in linea generale le promesse gratuite di *facere*, salvo quando esse non coincidano con un mandato o con un contratto reale¹⁵⁷. Al di fuori, è probabile che si richieda la forma – insolita e poco probabile – dell'atto pubblico donativo finanche per l'esistenza giuridica di questi accordi, altrimenti relegati all'area delle semplici cortesie.

Questa scelta – a parte l'asimmetria che vi è quanto al caso di mandato, spiegabile solo dal punto di vista della storia del diritto – ha una sua razionalità di fondo. Nei contratti gratuiti di *facere*, privi di uno scambio interno, spesso mancano finanche le convenzioni

¹⁵⁶ Su cui v. A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 2002, 84 ss.; G. GHEZZI, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 1048 ss.; V. PANUCCIO, voce *Prestazioni di cortesia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 268 ss.; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia*, cit., 425 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 8 ss.; L. SANTORO, *L'atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzarese, Milano, 2008, 225 ss.; L. BARCHIESI, '*Gentlemen's agreement*', in *Il nuovo contratto* diretto da P.G. Monateri, E. Del Prato, M.R. Marella, A. Somma, C. Costantini, Bologna, 2007, 461 ss.

¹⁵⁷ Ma anche in Germania parte della dottrina, appostata su di una posizione intransigente, ha finito per ravvisare nella ricerca del *Rechtsbindungswille* niente più che una finzione da eliminare: v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II³, cit., 91 (seguito da Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., 741 e poi 750 ss.; per Flume «was den angeblichen 'Rechtsbindungswillen' anbetrifft, so handelt es sich um eine reine Fiktion» e i dati oggettivi, di cui spesso il BGH fa uso per verificare se le parti si sono volute vincolare, dovrebbero essere utilizzati, piuttosto, per decidere circa l'esistenza in concreto di obblighi di diligenza); D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*¹⁰, München, 2010, 86 («regelmäßig jedoch haben die Parteien über die Rechtsbindung nicht wirklich nachgedacht. ... So bleibt der Rechtsbindungswille vielfach eine Fiktion ohne reale Grundlage»); D. WILLOWEIT, *Abgrenzung*, cit., *passim* (spec. 30 ss. e 44 ss.), e, adesivamente, H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft*, cit., 440 e 443.

linguistiche per obbligarsi: in altri termini, è difficile non solo sapere se, in un certo caso, si sia dato vita a un vincolo giuridico, ma anche, a monte, se ci si possa obbligare volontariamente in quest'area. Troppa è l'ambiguità linguistica perché il legislatore possa far pendere il giudizio in un senso o nell'altro.

Ciò non toglie che, in certi casi, la promessa induce a fidarsi: e quest'affidamento si instaura nell'ambito di una relazione che, per sua natura, può essere ritenuta 'd'affari' e reclamare, quindi, la nascita di una cornice giuridica volta a sanzionare, altrettanto giuridicamente, le regole di correttezza che la disciplinano.

Il criterio che permette di distinguere queste ipotesi non può che essere quello in base al quale la promessa – se lo si ammettesse – potrebbe dirsi vincolante (quello stesso criterio, cioè, che opera nel caso di mandato). Si dovrà allora guardare all'importanza della prestazione, al suo valore economico, all'estraneità delle parti tra loro e alla loro professionalità, e via dicendo¹⁵⁸: insomma, si dovrà guardare al fatto per estrarne, secondo ragionevolezza e normalità, una regola.

Anche da questo punto di vista il criterio dell'affidamento appare preferibile a quello della volontà. Il primo, infatti, opera oggettivamente, e la soggettività tutt'al più può escludere che una parte si sia in concreto fidata. Il secondo, invece, non solo rimanda alla soggettività, ma soprattutto nel caso di accordo liberale tende a spostare il baricentro ermeneutico verso il promittente (proprio in virtù della natura liberale del patto): di talché, per evitare una *fiction* insopportabile bisognerebbe dare prevalenza nell'interpretare l'accordo al suo modo di intendere la dichiarazione ambigua;

¹⁵⁸ Per K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung*, cit., 506, «entscheidend dafür, ob und welche Schutz-, Erhaltungs-, Erklärungs- oder Unterlassungspflichten entstehen, ist in jedem Abschnitt der Verhandlungen der Grad des Vertrauens, das gefordert und gewährt wird». V. pure W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 653, e G. BACHMANN, sub § 241 BGB, cit., Rn. 125.

senonché, così facendo, è ovvio che si negherebbe finanche la stessa vincolatività del contratto.

Di conseguenza, appare congrua la decisione dell'ordinamento di non rinvenire, in questi casi, altrettanti contratti, demandando la tutela al principio di affidamento. Ad esempio, nel caso in cui un soggetto prometta a un amico di accompagnarlo gratuitamente a un importante appuntamento di lavoro, così inducendolo a non preferire altri mezzi di trasporto, potrà immaginarsi che tale promessa fondi una relazione di interesse legittimo pretensivo negativo.

Non sarà inutile chiedersi come offra la sua tutela questa situazione giuridica, allorché sia sorta al di fuori dell'area precontrattuale e nell'ambito di un rapporto in senso lato di cortesia (ma pur sempre di rilievo giuridico¹⁵⁹).

L'interesse legittimo da contatto, anche in questi casi, tutela nella sua parte pretensiva l'affidamento nel fatto che la controparte è propensa con certezza a fornire, o sta già fornendo, un bene della vita¹⁶⁰.

Allorché la controparte non svolga quell'attività senza addurre una giusta causa, l'affidamento si rivelerebbe retroattivamente non veridico; lo stesso avverrebbe se l'attività non fosse svolta esattamente¹⁶¹. In ambedue i casi si potrebbe chiedere

¹⁵⁹ D'altro canto, sull'applicazione della responsabilità precontrattuale alle cortesie v. in Germania H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß*, in *AcP*, 1967, 400. Per l'Italia v. A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 259 ss., anche per rimandi bibliografici. Prospettiva opposta in R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 106.

¹⁶⁰ A dire il vero, anche per queste ipotesi potrebbe ammettersi una sorta di previa pseudo-trattativa, ma si tratterebbe di casi-limite, che possono essere tralasciati.

¹⁶¹ In Germania Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., spec. 753, ha fondato la *Vertrauenshaftung* non tanto sulla dichiarazione errata, quanto sulla promessa 'giusta', «ernstlich gemeint», e «auch so verstanden». Su questi profili v. pure G. HOHLOCH, *Vertrauenshaftung*, cit., 2373. Più di recente F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, 'contatto sociale' e doveri di protezione 'autonomi'*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 139 ss., ha ravvisato nelle

il risarcimento dell'interesse negativo, nei limiti dell'interesse positivo (non soddisfatto)¹⁶², e decurtando quando si sia comunque ottenuto (si pensi a una prestazione solo parzialmente inesatta).

Nel nostro esempio, se il soggetto che ha promesso il trasporto omettesse di comunicare di non volerlo più svolgere per una giusta causa, e poi non lo eseguisse, oppure lo eseguisse male, dovrebbe risarcire i danni alla controparte: precisamente, dovrebbe metterla nella situazione in cui si sarebbe trovata se non fosse sorto l'affidamento dovuto alla promessa altrui. In tal caso il soggetto

prestazioni di cortesia obblighi di protezione autonomi: e, cioè, non solo in base alla loro esecuzione, ma anche in virtù di una promessa affidante; tuttavia il criterio che sceglie l'autore è più vasto di quello che si propone nel testo. Al contrario A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 259, sostiene che «nella fattispecie in questione sussiste invece soltanto una speranza che la parola data dalla controparte venga mantenuta pur nella piena coscienza che colui il quale ha assunto l'impegno è libero, giuridicamente, di non mantenerlo».

¹⁶² È evidente invece la differenza dal *promissory estoppel*, che consente una tutela per così dire in positivo (pur variamente modulata). Su esso v., oltre al notissimo caso Hoffman v. Red Owl Stores, E.A. FARNSWORTH, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in 87 *Col. Law Review*, 1987, 236 ss.; R.E. SCOTT, *Hoffman v. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance*, in 68 *Ohio State Law Journal*, 2007, 72 ss.; v. pure il § 90 del Restatement [Second] of Contracts del 1979, su cui M.E. BECKER, *Promissory Estoppel Damages*, in 16 *Hofstra Law Review*, 1987, 131 ss., mentre dal punto di vista dell'analisi economica del diritto v. A. KATZ, *When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, in 105 *Jale Law Journal*, 1996, 1249 ss., ove si argomenta l'idea per cui il *promissory estoppel* configurerebbe una regola economicamente efficiente solo nel caso in cui il potere contrattuale non sia in mano a colui che riceve l'offerta (già 1256 s. e poi 1277; per ulteriori considerazioni sulla connessione di questo principio con i problemi della carenza di informazione v. 1289 ss.). Fuori dalla dottrina americana v. P.S. ATIYAH, *Consideration and Estoppel: the Thawing of the Ice*, in 38 *Modern Law Review*, 1975, 65 ss.; Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., 742 ss.; P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività nella promessa*, Bari, 2009, 19 ss. A una «rete di protezione, costituita da una teoria dell'affidamento», e modellata sulla «vicende del *promissory estoppel*», fa riferimento G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, 247. V. infine anche il recente studio di C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 49 ss.

avrebbe cercato un vettore sul mercato e sarebbe giunto all'appuntamento di lavoro in tempo: e il danno dovrà essere risarcito proprio con riguardo al diverso, ipotetico, decorso causale.

È evidente la somiglianza di questa tutela con quella prevista, ad esempio, per il contratto di mandato¹⁶³, quanto al caso di rinuncia del mandatario. La distinzione, in punto di interesse protetto (interesse negativo o positivo), tende tra l'altro ad appiattirsi in un sistema di concorrenza perfetta¹⁶⁴.

Ciò vale, dunque, per quelle che potremmo definire 'promesse di cortesia' (o a rilievo solo sociale). Il secondo gruppo di casi che viene in luce segue invece una logica parzialmente diversa.

In esso la mancanza di vincolo giuridico non deriva (o non deriva solo) dalla natura di cortesia dell'accordo (in senso lato: come non giuridicità dell'accordo vincolante, fonte di obbligazioni), ma addirittura dalla mancanza di un accordo che costituisca un programma per il futuro.

Il caso classico, posto all'attenzione della dottrina tedesca, è quello della responsabilità per false informazioni¹⁶⁵. Qui il

¹⁶³ Non vi è così tanta distanza tra un contratto vincolante, che ammette un recesso per giusta causa in virtù del suo *Interessenlage* tipico, e la responsabilità per lesione dell'affidamento, se non con riguardo al *quantum* da risarcire (interesse positivo o negativo). La vicinanza lascia emergere chiaramente l'origine, da processi evolutivi sociali e razionali, di queste regole di buona fede (le une *constitutive rules*, le altre *regulative rules*). V. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II³, cit., 87.

¹⁶⁴ Cfr. P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 639.

¹⁶⁵ Cfr. per tutti C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 130; ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., 492 s.; F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., 539 ss. La responsabilità per false informazioni si scinde in numerose ipotesi più particolari. Sugli intermediari finanziari e sulla loro responsabilità per false informazioni v. qui per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 531 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., 88 ss. (per l'intermediazione finanziaria) e 111 ss. (per la mediazione); E. PASSARO, *Contratto, torto*

e persona: 'itinerari' normativi e giurisprudenziali tra intermediazione finanziaria e obblighi d'informazione, in *'Liber amicorum'* per Francesco D. Busnelli. *Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 479 ss. Sulla responsabilità da prospetto v. in particolare G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, 3 ss. (per la tesi precontrattuale, ma non in ogni circostanza: talvolta la responsabilità si atterrebbe a oggettiva); G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986 (tesi precontrattuale 'piena'); P. JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadrimestre*, 1986, 283 ss. (per la responsabilità aquiliana); C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 517 ss. (il quale esclude che la responsabilità verso gli intermediari sia precontrattuale, salvo il caso di «concorso nella condotta lesiva»; ciò non toglie che, anche verso tali soggetti, vi sarebbe un'obbligazione senza prestazione; v. soprattutto la nt. 163). In giurisprudenza v. Cass. 11 giugno 2010, n. 14056, in *Danno resp.*, 621, con nota di G. AFFERNI («si configura un'ipotesi di violazione del dovere di *neminem laedere*»). Si può poi accostare, a questa casistica, l'ipotesi delle lettere di *patronage* deboli, che a suo tempo ha riscosso molta attenzione presso la dottrina: la quale, in parte, ha proprio fatto riferimento alla responsabilità precontrattuale. Sul tema v. G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 11 s.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1268 s.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 377 ss.; F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., 570; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 247; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, 1060 ss.; A. DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 45 s. Tra le monografie dedicate alle lettere di *patronage* v. F. DI GIOVANNI, *Le lettere di 'patronage'*, Padova, 1984; A. MAZZONI, *Le lettere di 'patronage'*, Padova, 1986. Sulla responsabilità della Consob cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 523 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., 109 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 274 s. In giurisprudenza v. Cass. 23 marzo 2011, n. 6681, in *Resp. civ. prev.*, con nota di V. CALDERAI, che ammette una responsabilità – aquiliana – della Consob (v. al riguardo B. ANDÒ, *Responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza sugli intermediari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1126 ss.; B. ZUFFI, *Omessa vigilanza sui mercati finanziari: è davvero da escludersi la possibilità di una condanna della Consob per responsabilità contrattuale [magari, in futuro, con 'class action']?*, in *Corriere giur.*, 2011, 1278 ss.); per la responsabilità aquiliana già Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2001, I, 1139 (che discettava ancora, più che di interesse qualificato alla vigilanza come implicitamente sembrerebbe fare oggi la Suprema Corte, di diritto all'integrità patrimoniale e alla libertà contrattuale; cfr. le considerazioni di M. PASTORE, *Consob e omessa vigilanza: un modello di responsabilità in via di definizione*, in *Danno resp.*, 2011, 1175 ss., e, però, in senso diverso E. CALEVI, *Diritto all'integrità patrimoniale e responsabilità civile della Consob*, in *Giur. it.*, 2011, 2274 ss.).

rinvenimento di una volontà contrattuale è ancor più fittizio¹⁶⁶, giacché di certo chi fornisce l'informazione non conclude, tramite essa, un contratto.

Viceversa, si può ritenere che anche la responsabilità per false informazioni operi nel nostro ordinamento proprio in base al solito duplice presupposto: da un lato, la creazione della situazione affidante, anche semplicemente tramite la comunicazione dell'informazione; dall'altro lato, la concessione dell'affidamento.

Quest'ultimo, a sua volta, non è alla veridicità dell'informazione (che nessuno garantisce come tale)¹⁶⁷; semmai, esso è al fatto che la controparte fornisca un'informazione frutto di una indagine diligente: in altri termini, l'affidamento, la cui veridicità è protetta dalla buona fede, è quello (ragionevole) nel fatto che la controparte abbia fornito un'informazione che crede essere vera.

La violazione che produce risarcimento passa anche qui per la non veridicità dell'affidamento. A loro volta, le discipline che

¹⁶⁶ Nell'ordinamento tedesco talune decisioni giurisprudenziali hanno risolto casi di informazioni comunicate dalle banche immaginando la conclusione *stillschweigend* di contratti. Esse sono state criticate in dottrina, anche a prescindere da una più generale disapprovazione della teoria del *Rechtsbindungswille*. E, in effetti, appare davvero artificiosa la ricostruzione proposta, che ravvisa nel comportamento delle parti un contratto che di sicuro manca, difettando la volontà di porre una qualsiasi regola di comportamento; cfr. C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., 47 ss., ma già ID., *Die Vertrauenshaftung*, cit., 425; v. poi il noto saggio di W. LORENZ, *Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von G. Paulus, U. Diederichsen und C.-W. Canaris, München, 1973, 618, ove si parla di *blutleere Fiktionen*.

¹⁶⁷ *Contra* C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., 812 (in critica alla più volte citata opinione di Ha. Stoll), nonché U. RUFFOLO, *Lettres de patronage' e responsabilità aquiliana*, in *Dir. impr.*, 1984, I, 467. Naturalisticamente è vero che ci si fida dell'informazione: ma questo sottende una fiducia nell'attività altrui. Giacché, poi, l'affidamento soggettivo è un concetto ricalcato su quello psichico, ma comunque normativo, non v'è ragione per distinguere il caso di informazioni fornite al di fuori di un rapporto contrattuale da quello di prestazioni di tipo diverso.

presuppongono da parte del privato un controllo dell'informazione prima di fidarsi di essa¹⁶⁸ in realtà escludono che egli possa contare soggettivamente sulla condotta diligente altrui. In altri termini, la ricezione dell'informazione impedisce di ritenere che la controparte l'abbia fornita sulla base di un'indagine attendibile ogni qual volta – a seconda dei casi – l'erroneità dell'informazione sia evidente o facilmente rilevabile: l'affidamento sarebbe, infatti, irragionevole (o, a voler ritenere diversamente, sarebbe colposo e quindi mancherebbe la scorrettezza).

Più difficile è comprendere esattamente quando le false informazioni diano vita a una responsabilità non aquiliana, ma da violazione di un interesse legittimo: ovvero, a voler preferire altre ricostruzioni del modo di operare del sistema aquiliano e di quello 'contattuale', quando le false informazioni producano responsabilità anche in virtù della semplice colpa di chi le ha fornite oppure in virtù della violazione di un'obbligazione senza prestazione (degli obblighi di protezione nascenti nel suo ambito).

I problemi sono molti, e non possono essere certo risolti in questa sede: si pensi alla distinzione tra informazione amichevole e informazione fornita da un professionista, tra quella avente un destinatario determinato e quella rivolta a una pluralità di soggetti. E, d'altro canto, si tenga anche conto che per talune ipotesi di informazioni false è la legge a dettare il regime di responsabilità, lasciando aperto il dubbio circa la presenza di una norma di protezione aquiliana oppure di un rapporto giuridico (nel cui ambito agirebbe la norma in parola).

Alcuni criteri che possono risultare accettabili sono quelli della professionalità di chi fornisce l'informazione e della

¹⁶⁸ Cfr. il recente art. 35-*bis* che il reg. UE 462/2013 ha inserito nel reg. CE 1060/2009 (su cui v. P. MONTALENTI, *Le agenzie di 'rating': appunti*, in *Giur. comm.*, 2013, 511 ss.; F. GRECO, *La responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di 'rating' nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1452 ss.).

ragionevole prevedibilità dei soggetti destinatari¹⁶⁹. D'altro canto, tali parametri riproducono, con i dovuti adattamenti, il principio di fondo, che è quello dell'esistenza di una relazione d'affari: la quale manca nel caso di informazione estemporanea di un soggetto non qualificato¹⁷⁰ o di diffusione dell'informazione a un pubblico indifferenziato¹⁷¹.

Quanto alla tutela, anche qui essa deve avere ad oggetto l'affidamento soggettivo: ossia, ammontare a tutto ciò che si è perso per aver confidato nella veridicità dell'affidamento soggettivo e, tramite questa, nell'informazione: in particolare, saranno risarcibili i danni che in mancanza dell'informazione non sarebbero occorsi, ma anche tutto ciò che non si è ottenuto a causa dell'informazione stessa (si pensi al caso in cui un soggetto avrebbe chiesto un parere a un consulente, cui non si è rivolto, così perdendo un'opportunità di guadagno).

È evidente che questo interesse legittimo è di stampo pretensivo negativo: si risarcisce ciò che si è perso in virtù di un affidamento soggettivo inutile o dannoso. Il che potrebbe far

¹⁶⁹ La dottrina declina variamente questo criterio (ovviamente all'interno della più vasta tesi di volta in volta preferita). V. F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., 561 ss., e spec. 566 s.; V. CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 347 s.; C. VON BAR, 'Negligence', *Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fabrlässigekeitshaftung für reine Vermögensschaden in der neueren Entwicklung des 'Common Law'*, in *RabelsZ*, 1992, 425.

¹⁷⁰ Si tratta dell'ipotesi dei consigli amichevoli.

¹⁷¹ Il che, probabilmente, esclude l'ipotizzabilità di una serie di interessi legittimi dei privati nei confronti delle agenzie di *rating*, nel qual caso manca una relazione differenziata. Sul punto v. C. RINALDO, *'Rating' incongrui e tutele del mercato*, Milano, 2017, *passim*; M. MARIANELLO, *La responsabilità dell'agenzia di 'rating' nei confronti dei terzi risparmiatori*, in *Resp. civ.*, 2008, 635 ss.; G. FACCI, *Le agenzie di 'rating' e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 2008, 164 ss.; A. MAIETTA, *La responsabilità delle società di rating*, in *Danno resp.*, 2015, 836 ss.; M. BUSSANI, *Le agenzie di 'rating' fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1337 ss.; M. SAPONARO, *Il danno da 'rating': se e come le agenzie sono tenute a rispondere*, in *Danno resp.*, 2013, 177 ss.; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contratto e impresa*, 2011, 764 ss.

sorgere dei dubbi, giacché spesso le informazioni di cui si parla riguardano trattative che altri può iniziare o ha già iniziato: per cui il danneggiante dovrebbe rispondere anche per violazione di un interesse legittimo da interferenza nella trattativa, ossia protettivo.

In fin dei conti, infatti, risarcire chi ha creduto nella veridicità di un affidamento soggettivo e, di conseguenza, di un'informazione vuol dire porlo nella condizione in cui sarebbe stato senza quell'affidamento soggettivo: ossia, senza quell'informazione e, tutt'al più, con una più esatta reperita sul mercato. Risarcire, invece, chi ha subito gli effetti di un'informazione sbagliata vuol dire rimmetterlo nello stato in cui si sarebbe trovato senza quell'informazione: ossia, dis informato o tutt'al più meglio informato. In entrambe le circostanze rileva, poi, per escludere ogni obbligazione risarcitoria, il giudizio controfattuale: ci si chiederà se l'affidamento non veridico o l'informazione errata non abbia avuto alcuna efficienza causale sulla scelta di continuare la trattativa o concludere il contratto.

Le due forme di responsabilità da inesatta informazione, dunque, operano in modo simile: di talché, più che domandarsi se esse si cumulino, andrebbero collegate, in modo tale che possano offrire una analoga tutela. Ciò consente, dunque, anche di trarre utili indicazioni per l'individuazione (reciproca) delle modalità di funzionamento¹⁷².

Passati in rassegna i due gruppi di casi di contatto pseudo-negoziale, resta un ultimo interrogativo cui rispondere.

Il grande rilievo dell'affidamento soggettivo parrebbe imporre di ritenere che un medico che opera per cortesia (si badi: non in quanto dipendente da una casa di cura con cui il paziente ha concluso un contratto) o un avvocato che assiste un amico

¹⁷² E va collegato anche il, pur diverso, criterio alla base della responsabilità verso il terzo in caso di contratto con effetti protettivi.

gratuitamente rispondano solo nei limiti dell'interesse negativo (la diversa condizione in cui un soggetto si sarebbe trovato se non si fosse inopinatamente fidato e avesse ricercato sul mercato la prestazione).

La prospettiva, però, non convince appieno.

V'è da tenere conto che, in taluni casi di relazioni, pur prive di un obbligo di prestazione, il soggetto passivo del rapporto non solo fa sorgere un affidamento soggettivo, ma sulla base di questo induce la controparte a conferirgli certi beni che *già* fanno parte del suo patrimonio, al fine di una loro conservazione. In tal caso, cioè, la parte pretensiva della posizione giuridica coincide con la conservazione di un bene che è già del soggetto attivo.

A rigore, la tutela dovrebbe commisurarsi all'interesse negativo anche in questi casi. Tuttavia, in queste stesse ipotesi il soggetto passivo è stato investito di un bene, inserendosi in un diverso decorso causale (la controparte avrebbe potuto cercare un altro medico, un altro avvocato, oppure avrebbe potuto non sottoporsi ad alcun intervento per sua scelta). Per tale ragione, egli finisce per essere tenuto, in virtù delle regole di buona fede relative alla protezione dei beni altrui, a non ledere i beni stessi: tra cui quelli che gli sono stati assegnati. La non lesione, a sua volta, richiede qui una condotta attiva di buona fede, giacché, assumendosi l'onere in parola, il soggetto di cui si parla ha finito per rivestire rispetto ai beni assegnatigli una sorta di posizione di garanzia.

Non per questo la posizione giuridica diviene, da interesse legittimo pretensivo negativo, un credito. Piuttosto, è da ritenere che esso divenga un interesse legittimo pretensivo positivo. Tale situazione giuridica non impone al suo soggetto passivo di agire in modo preciso per soddisfare l'interesse della controparte; piuttosto, gli impone di agire entro un ventaglio di opzioni, che

possono anche non soddisfare tale interesse, ma che risultano essere tutte conformi a buona fede.

L'esempio che si era, a suo tempo, proposto era quello dell'interesse del partecipante alla gara pubblica, che non ha diritto all'aggiudicazione, ma può contare su una condotta della p.a. corretta (che in quel caso vuol dire, in virtù del richiamo che la buona fede fa alle norme di azione amministrative, conforme al diritto pubblico); in mancanza potrà reagire contro il provvedimento illegittimo (imponendo alla p.a. di riaprire il procedimento tenendo conto del giudicato) o chiedere il risarcimento del danno (per le *chances* perse di ottenere il bene della vita).

È evidente la somiglianza con i casi di cortesie di cui si parla adesso: il medico o l'avvocato che debbono conservare un bene della vita altrui non sono tenuti ad agire in un certo modo, ma devono quanto meno fare in modo che il loro intervento non peggiori la situazione. Di fatto, questo non può voler dire solo 'conservare': la posizione di garanzia nasconde, dietro alla *fictio* causale dell'omissione, un dovere di attivarsi (quando il decorso causale di per sé cagionerebbe danno) e di attivarsi bene¹⁷³. Di talché, si dirà che la condotta conforme a buona fede è quella che evita peggioramenti; essa non è dovuta, tanto che il medico o l'avvocato potranno farsi sostituire per tempo, senza dover risarcire alcunché.

¹⁷³ Per questa via può spiegarsi perché taluno in dottrina abbia visto nell'obbligazione senza prestazione del medico più che altro una prestazione senza obbligazione (fermo restando il diverso ambito di rilievo di questa figura e dell'interesse legittimo da contatto, che si è ristretto ai soli casi di 'cortesìa'). Cfr. A. DI MAJO, *L'obbligazione*, cit., 449 s. (ma v. pure ID., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 74 ss., e ID., *L'obbligazione 'protettiva'*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 1 ss.); A. NICOLUSSI, *Sezioni*, cit., 874; A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3338 ss. In senso contrario C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 706, ma già ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., 486 ss.

In mancanza di una condotta corretta il risarcimento sarà calcolato in positivo, e non in negativo: si dovrà verificare, cioè, come il soggetto sarebbe stato se vi fosse stata una condotta conforme a buona fede. Per di più, anticipatamente il soggetto attivo potrà agire anche in via inibitoria di fronte al pericolo di futura scorrettezza altrui; se, poi, una sola sia in futuro la condotta conforme a buona fede, egli potrà addirittura agire per la condanna, in via di azione di pseudo-adempimento. Proprio tale facoltà è oggi prevista, d'altro canto, per l'interesse legittimo pubblicistico (all'art. 34, comma 1, lett. c], cod. proc. amm.), ove si sia esaurita la discrezionalità della p.a. (e dunque solo una sia la condotta ammessa dall'ordinamento). Tra l'altro, trattandosi di regole positive di buona fede (che impongono una condotta attiva e non omissiva), l'onere della prova della mancata violazione si deve spostare in capo al soggetto che è tenuto al loro rispetto.

Non deve ritenersi, però, che la nascita di un interesse legittimo pretensivo positivo nelle ipotesi di cui s'è detto si colleghi al particolare *status* di chi presta per cortesia (promette di eseguire o già esegue). Infatti, i connotati della fonte dell'interesse legittimo sono diversi: è richiesta la nascita di un affidamento soggettivo (un qualsiasi affidamento soggettivo, anche al di fuori di una relazione d'affari¹⁷⁴), cui si colleghi l'attribuzione di un proprio bene della vita (attribuzione materiale o immateriale).

Così, si ispireranno a principi comuni i casi del trasporto in automobile¹⁷⁵ o dall'affidamento di un bambino a una *baby sitter* o della consegna di un oggetto affinché sia riparato¹⁷⁶; in tutte le

¹⁷⁴ Semmai l'intensità della relazione muterà l'onere di diligenza del soggetto passivo.

¹⁷⁵ Anche questa ipotesi è nota. In dottrina v. da ultimo C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 699 (e in critica L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 391 s.); v. pure G. MERSSON, *Zur Haftung bei Gefälligkeitsfahrten*, in *DAR*, 1993, 87 ss.; H. HIRTE-M. HEBER, *Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im Straßenverkehr*, in *JuS*, 2002, 241 ss.

¹⁷⁶ La tutela sorge sin dal momento in cui un soggetto prende in carico su di sé il bene altrui (ossia, dal momento della promessa o della consegna, a seconda dei casi). Ad

ipotesi la proto-prestazione (‘pretensione’) tutelerà i beni della vita già esistenti nel patrimonio di chi li conferisce (in senso lato, comprensivo di tutti gli interessi afferenti), e non già l’affidamento soggettivo nel ricevere la prestazione.

Infatti, la posizione giuridica di tutela pretensiva nasce in virtù non tanto di un affidamento soggettivo, quanto di un’attribuzione ad altri di beni in virtù di un affidamento soggettivo (per una finalità in senso lato conservativa: di custodia o di riparazione o di cura). Per tale ragione l’affidamento soggettivo non verrà tutelato (in negativo, come solitamente avviene), salvo che in determinati casi non si imponga una sua (ulteriore) protezione, autonoma e indipendente.

Per cui, ad esempio, colui che offre un trasporto in automobile per una partita di calcio non risponderà che in caso di incidente e lesione dell’integrità. Viceversa, chi offre il trasporto per un appuntamento di lavoro della massima importanza risponderà anche ove non voglia più eseguire tale trasporto (e risarcirà l’interesse negativo), oltre che nel caso di incidente e lesione dell’integrità altrui (e, allora, dovrà risarcire tutto ciò che la controparte ha perso a causa della condotta non conforme a buona fede)¹⁷⁷.

esempio, nel caso del medico essa nasce sin da quando egli acconsente di curare. Nell’ipotesi (irreale) in cui un solo medico al mondo sappia svolgere un intervento, e le parti ne siano consapevoli, l’assunzione della pseudo-posizione di garanzia e, quindi, la nascita dell’interesse legittimo pretensivo positivo deriverebbe probabilmente dall’inizio della cura (prima, tutt’al più, si potrebbe rinvenire un affidamento soggettivo potenzialmente tradito, da risarcire gioco-forza solo con riguardo alle spese inutilmente sostenute).

¹⁷⁷ A ben vedere, quando il legislatore ha considerato giuridicamente rilevanti accordi come quelli di deposito o di comodato, si è rifatto a una logica quanto meno analoga (e vi ha però voluto rinvenire un contratto, e non già solo un affidamento). Nel primo caso vi è un soggetto che compie un servizio entrando in rapporto con un bene altrui da custodire (e dunque da conservare), dovendo dunque agire in buona fede. Nel caso di comodato chi consegna il bene è tenuto ad avvertire dei vizi: come, presumibilmente,

In fin dei conti, i principi che sono al fondo di tutte queste osservazioni sono solo due: in base al primo, chi promette di fare o fa, non deve ledere l'affidamento soggettivo e i beni altrui preesistenti; in base al secondo, chi promettendo di fare o facendo prende su di sé dei beni altrui preesistenti che vengono esposti a rischio, deve agire in modo corretto, finché non decida di non agire (e in tal caso dovrà comunque evitare il pregiudizio derivante da una decisione improvvisa).

Sempre, però, la giustificazione della posizione giuridica che abbiamo esaminato consiste in un affidamento soggettivo (solo in alcuni casi necessariamente connesso all'attribuzione ad altri dell'onere di custodire, riparare o curare).

9. *L'affidamento e il contatto legale*

Come anticipato, aver riconosciuto che l'interesse legittimo da contatto fattuale copre un'area, in fin dei conti, non molto ampia non esaurisce il tema di ricerca: lo sposta, semmai, oltre il vero e proprio contatto sociale.

Due sono le osservazioni da compiere.

Anzitutto, va ammesso che molteplici siano le situazioni in cui pare crearsi una relazione descrivibile mediante la categoria dell'interesse legittimo. Il che potrebbe far supporre che si debba lasciare mano libera alla sensibilità dell'interprete nel rinvenire, in concreto, una tale posizione giuridica.

chi consegna un bene perché venga riparato è tenuto a indicare i vizi che la buona fede gli impone di conoscere e che possono provocare un danno alla controparte. Tale soluzione è stata sposata da Cass. 25 gennaio 2011, n. 1737, seppur in via aquiliana (e rinvenendo nel contatto sociale la fonte di una posizione di garanzia); ha espresso critiche al riguardo A. ZACCARIA, *La natura*, cit., 344 ss.

In tal modo si creerebbe una clausola generale di affidamento oggettivo: contro cui, a ben vedere, non varrebbero tutte le critiche che si sono sollevate in dottrina e che a suo tempo si erano richiamate. Infatti, l'interprete di sicuro non allargherebbe tale affidamento oltre lo spazio a metà tra contratto e torto.

Il problema, semmai, sarebbe diverso: e, precisamente, si anniderebbe nell'incertezza cui un tale meccanismo condurrebbe e, soprattutto, nella scarsa comunicabilità degli esiti decisori cui esso darebbe vita. Di talché, è scarsamente consigliabile introdurre nell'ordinamento (tanto a livello legislativo, quanto di interpretazione dottrinale) una siffatta clausola generale di affidamento.

Non si può escludere, però, che a partire dalle situazioni di affidamento che *ex lege* si sono viste fondare un interesse legittimo si possa procedere a un'operazione analogica, identica a quella già compiuta a partire dall'art. 1337 c.c.¹⁷⁸ Per tale via, infatti, non si fa altro che porre alla base del discorso una categoria dogmatica – l'interesse legittimo – verificando in che circostanze questa situazione giuridica di tutela possa sorgere e, per l'effetto, cercando di ordinare in modo complessivamente armonioso le specifiche

¹⁷⁸ La stessa visione di Dölle, che è già stata menzionata, rifacendosi al concetto di *Zweck* e avvicinandosi all'idea di un affidamento verso uno scopo futuro finiva per aprire le ristrette maglie del contatto come fonte di un rapporto di protezione. Viceversa, C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., 59, poneva l'accento sulla necessaria derivazione *ex lege* della *Vertrauenshaftung*: nel senso che l'interprete avrebbe dovuto ancorare il suo discorso analogico alla disciplina della *culpa in contrahendo* (tratta soprattutto dai §§ 122, 179, 307 a.F., 309 a.F.). Anche per H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., 81 ss., a dire il vero, l'idoneità del contatto a essere fonte del rapporto sarebbe derivata *ex lege*, ma grazie a una, ben più vasta, costruzione dell'interprete volta a riempire alcune *Lücken* (e a fondare non una responsabilità negoziale, com'era per Haupt, ma sociale). In questo senso l'idea di Dölle apriva al contatto, ossia a un novero di fonti di rapporti obbligatori molto ampio, avente un legame molto labile con il dato positivo; la tesi di Canaris invece restringeva la fonte dell'affidamento alla legge, richiedendo una connessione ben più stretta proprio con le disposizioni di legge.

relazioni cui essa dà forma giuridica, dando così vita a un sistema al tempo stesso preciso e duttile.

A fronte di questa prima considerazione, se ne pone subito un'altra.

Il contatto di cui abbiamo parlato in precedenza si contraddistingue per essere di stampo 'fattuale'. Con questo aggettivo non s'intende affermare che non sia legale: lo è, in tanto in quanto è l'ordinamento normativo (a partire dall'art. 1337 c.c.) che ammette che da uno specifico contatto nasca un interesse legittimo. E, nondimeno, tale contatto resta rilevante anzitutto perché socialmente è percepito come tale: *ex facto oritur ius* (da un fatto cristallizzato in categorie, entro cui trovano posto le norme, sorge un effetto giuridico).

Il contatto è fattuale per un'altra ragione: esso richiede a due soggetti di entrare davvero, fattualmente, in contatto; di avvertire psichicamente la nascita della relazione (pur con tutte le attenuazioni fondate sulla semplice apparenza, di cui già si è discusso). Insomma, non basta rivestire una certa posizione: è necessario che si sia in una specifica situazione che si fonda su un contatto effettivo tra le parti.

Al di fuori della casistica di cui s'è detto, il contatto non si fonda più sull'affidamento vero e proprio, ma su altri elementi: per cui, stipulativamente, lo si può definire 'legale'. Un'esauriente indagine di questo amplissimo ambito non è qui possibile: mi limiterò a fornire alcuni cenni, al fine di evidenziare le potenzialità della figura dell'interesse legittimo.

Inizio dal considerare l'interesse legittimo protettivo.

Esso, come anticipato, consiste in una figura volta unicamente a fornire protezione: ossia, tale da inglobare una serie di regole di buona fede, che proteggono da condotte scorrette e dannose.

La figura di riferimento, da cui l'analogia trae spunto, è quella dell'interesse legittimo definito oppositivo, di diritto pubblico, in cui, a fronte di un potere di incidere sulla sfera giuridica di un soggetto, quest'ultimo può contare su un suo esercizio secondo correttezza. Giacché, poi, tale potere è in realtà anche un dovere (funzione)¹⁷⁹, le norme che riguardano tale dovere si riflettono, per così dire, sul privato, attraverso la buona fede: in altri termini, è scorretto l'esercizio del potere che violi tale norme di azione. Di talché, al privato è consentito agire di norma sia in via caducatoria, sia in via risarcitoria, secondo modelli che non è il caso qui di indicare.

Ci si potrebbe semmai chiedere se l'interesse legittimo di diritto pubblico offra tutela anche contro quelle condotte che la p.a. pone in essere in modo causalmente connesso con la sua situazione di potere, senza però che esse siano provvedimenti (ad esempio: diffonda dati personali del privato, acquisiti nell'ambito del procedimento). La soluzione tradizionale è negativa: ma nulla vieta (nemmeno gli artt. 7 e 30 cod. proc. amm.¹⁸⁰) di ampliare la

¹⁷⁹ Sui concetti di potere e potestà cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 36 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 164 s.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 12.

¹⁸⁰ L'art. 30, cod. proc. amm., al comma secondo parla di danno da «illegittimo esercizio dell'attività amministrativa» (si noti, non 'illecito', ma 'illegittimo'; e 'attività', non 'condotta') o da «mancato esercizio di quella obbligatoria» (direi pure da 'ritardato esercizio' di qualsiasi attività amministrativa). Il comma terzo, però, si riferisce a un danno che non si produce con il (contestualmente al) provvedimento: il che dà la stura proprio per sostituire – o, meglio, accompagnare – all'attributo 'illegittimo' quello di 'illecito', interpretandolo nel senso che possa sussistere un'attività della p.a., fonte di lesione di interessi legittimi, che non si cristallizza in un provvedimento, ma che nemmeno si identifica con quella che non rispetta il termine per provvedere (ipotesi disciplinata dal comma quarto). L'espressione 'attività', allora, si giustificerebbe non tanto per limitare il riferimento alla condotta a quella che più strettamente costituisce esercizio del potere, ma, più genericamente, per evidenziare la necessaria connessione tra la lesione risarcibile e la posizione di potere della p.a. (v., d'altro canto, G.

posizione di interesse legittimo pubblicistico, al fine di consentire un'adeguata reazione del privato nei confronti della p.a. (se non si consentisse a questa idea, si dovrebbe ammettere che attorno all'interesse legittimo pubblicistico ve n'è uno, di cornice, privatistico: il che complica le cose e, soprattutto, allontana quell'obiettivo di giurisdizione 'per materie' che il legislatore, negli ultimi anni, sembrerebbe voler perseguire).

Allontanandosi dal diritto pubblico, le ipotesi cui appare applicabile l'interesse legittimo non possono che essere quelle, già menzionate, di chi versa in stato di soggezione e del debitore.

ZANOBINI, voce *Amministrazione pubblica [nozione e caratteri generali]*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 235 s., e M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 988, secondo cui «con attività amministrativa si indica ... categoria dell'agire di un operatore giuridico, che si qualifica per il solo fatto di avere per contenuto l'amministrare». Nell'art. 7, comma quarto, dello stesso codice (sull'art. 7 cfr. tra i tanti M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 141 ss., spec. poi 157 ss.) si parla invece di «controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma», per assegnarle alla giurisdizione di legittimità. Il mancato riferimento a 'fatti' o 'comportamenti' non è insuperabile, giacché il 'comprese' potrebbe riferirsi a un'elencazione che aggiunge qualcosa all'insieme precedente, anziché specificarlo (e, tra le controversie relative al risarcimento del danno rientrerebbero quelle da 'attività' – nel senso lato prima visto – 'illegitima', in quanto lesiva di un interesse legittimo, in senso lato). Tutto questo, però, forse impone di intendere il termine 'legittimità' (che specifica 'giurisdizione') come affrancato dalle ipotesi di vizi del provvedimento (i quali, tra l'altro, non sussistono mai in caso di ritardo) e connesso invece all'avvenuta lesione (provvedimentale o meno) di un interesse legittimo (illegitimità, dunque, come lesione – o anche solo pregiudizio con effetti solo caducatori – di un interesse legittimo). Sul concetto di giurisdizione di legittimità v. comunque G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, sub art. 7, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 96 s.; sulla 'legittimità' imprescindibile resta il riferimento a M.S. GIANNINI, voce *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 131 ss., e a F. LEVI, voce *Legittimità*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, spec. 138 ss.

In entrambi i casi la tutela viene fornita a fronte dell'attribuzione di una posizione di forza giuridica a un soggetto, e per mitigare la stessa, al fine di consentirne un sindacato sull'esercizio. La buona fede, in questi casi, consente di sindacare le modalità di esercizio del potere (o diritto potestativo) e del credito.

Dal che sorgono vari problemi¹⁸¹.

Il primo è relativo al vastissimo dibattito sull'abuso del diritto: ci si potrebbe chiedere se l'interesse legittimo non consenta, per l'appunto, di reagire a condotte abusive. La risposta sta qui tutta nell'ammissione del concetto di abuso, spesso ritenuto inutile perché sovrapposto, per l'appunto, a quello di scorrettezza.

Il secondo problema riguarda la tutela offerta dall'interesse legittimo nei confronti di condotte non sovrapponibili con l'esercizio del potere e del credito. V'è da chiedersi se anche verso queste ultime esso offra protezione: e la risposta non può che essere positiva, purché la scorrettezza fonte di danno sia causalmente connessa con la posizione della parte attiva dell'altro rapporto giuridico.

Infine, il punto più ostico riguarda le tutele esperibili, oltre a quella risarcitoria.

Di certo sono previsti rimedi specifici in alcune situazioni particolari. Anche la disciplina della *mora credendi* si può ritenere costituisca un rimedio per il debitore, giacché questi ha interesse a non restare nella sua condizione di debitore all'infinito. Anzi, a ben vedere la stessa *mora credendi* impone al creditore di cooperare con il debitore che, a causa della relazione, si trova compresso nei suoi beni e interessi e, quindi, abbisogna dell'ausilio della sua controparte per recuperare la sua libertà rispetto all'esistenza della pretesa.

¹⁸¹ Sul punto si rinvia alle citazioni bibliografiche presenti nel § 5.

In taluni casi, poi, il rapporto creditorio provoca una particolare esposizione a pericolo dei beni del debitore: esposizione che il creditore può, e quindi deve, evitare. Nell'ipotesi dell'art. 2087 c.c., ad esempio, si assiste a una ipotesi (simile a quelle già viste) di ribaltamento della regola di buona fede che, da omissiva come di norma è nei contatti protettivi, diviene attiva, prescrivendo un certo *facere*, con conseguente dubbio circa la natura della posizione giuridica che impone quest'attività al creditore. Ammettendo che si tratti sempre dell'interesse legittimo del debitore, si dovrebbe però ritenere che la tutela possa servirsi di strumenti particolari, tra cui il rifiuto da parte del debitore di fornire la prestazione e l'inibitoria.

E ancora: là dove, più in generale, la posizione giuridica del creditore o del soggetto che dispone di un potere sia esercitata per scopi abusivi, potrebbe opporsi un'eccezione di dolo generale. Non è facile comprendere quando sia attivabile questo rimedio: probabilmente in quelle circostanze in cui solo una tutela reale contro l'esercizio del potere (o comunque contro un'azione scorretta) può rendere effettiva la tutela della parte lesa.

Più interessante dell'interesse legittimo protettivo¹⁸² è, ai nostri fini, quello pretensivo positivo.

Non è difficile trovarne il punto di riferimento, da cui trarre spunto per un'interpretazione analogica: esso non può che essere costituito dall'interesse legittimo pretensivo nel diritto pubblico¹⁸³.

¹⁸² In relazione al quale v'è ancora da dire che esso sorge pure nei confronti di chi, pur non avendo un credito o un potere, ne faccia uso (anche solo affermando di essere titolare del credito o del diritto potestativo). Anche nel caso di conclusione di un contratto nullo sorgono interessi legittimi protettivi: in quel caso, però, anche a tutela della posizione di chi ritiene erroneamente di essere creditore.

¹⁸³ Sulla discrezionalità come elemento necessario per aversi interesse legittimo i pubblicisti si dividono: per l'affermativa E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, ed. provv., Milano, 1963, e poi, con poche aggiunte, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 138 ss. (in cui, in verità, il tema è solo implicitamente

Evidente anche, a questo punto del discorso, la peculiarità della sua tutela: non si tratta di consentire a un soggetto di lamentarsi di un danno arrecato tramite una condotta scorretta, ma semmai, secondo una logica che già si è detta di spettanza, di reagire contro condotte altrui che, nel non fornire un bene della vita (corrispondente a una peculiare una condotta del soggetto passivo), risultino scorrette.

Nel diritto amministrativo ciò avviene ogni qual volta il potere della p.a. non sia volto a diminuire, ma a espandere la sfera giuridica di un dato soggetto. Il che pone due problemi, che ai nostri fini conviene evidenziare proprio in questo ambito (benché in parte comuni all'interesse legittimo protettivo): anzitutto, non è chiaro come mai si dia questa tutela (non si tratta di proteggere alcunché); in secondo luogo come vada individuato questo soggetto (se colui nei cui confronti il potere va esercitato in senso tecnico o se pure un diverso soggetto).

Le due domande hanno una risposta comune: la tutela vi è perché un soggetto, che versa in una particolare situazione differenziata e qualificata¹⁸⁴ rispetto all'esercizio del potere, può

accennato); ID., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, *ivi*, 301 ss., spec. 310 ss.; ID., *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, *ivi*, 357 s.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, 267 s.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.; D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità dei danni per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 2009, 889 ss. *Contra*, tra gli altri, G. GRECO, *L'accertamento*, *cit.*, 126 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 31 ss. La tesi affermativa sembra più persuasiva: ad ogni modo, mentre l'interesse legittimo oppositivo può sussistere anche contro un potere pubblico non discrezionale (se mancasse il potere, probabilmente l'interesse legittimo sarebbe protettivo-privatistico), quello pretensivo abbisogna di un potere discrezionale, confondendosi altrimenti con il credito.

¹⁸⁴ Cfr. A. TRAVI, *Lezion?*, *cit.*, 65 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*¹⁵, 1, *cit.*, 109 s.; R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo. (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*,

contare sul fatto che esso sia esercitato legittimamente. D'altro canto, tale potere non è completamente libero, concretando anche un dovere per la p.a. (è l'idea di funzione): a ben vedere, la situazione di tutela deriva da un peculiare incrocio tra il dovere della p.a. e il privato, che rispetto all'osservanza del dovere è in una posizione particolare.

Ci si può chiedere, a questo punto, se una situazione simile non si presenti anche nel diritto privato.

La risposta appare essere positiva in alcuni casi e negativa, nonostante una diversa apparenza, in altri.

Tra i primi vi è il contratto con effetti protettivi del terzo¹⁸⁵, nel cui ambito un soggetto viene inciso in modo particolare dall'attività di esecuzione di un contratto e, dunque, deve poter ambire, in virtù di questa sua posizione, a una tutela di riflesso (tutela che sarà positiva, ove il terzo miri a una prestazione pur senza essere dotato di un credito, oppure solo protettiva, ove auspichi soltanto a non subire alcun danno).

In questa ipotesi non v'è, però, una legge che ponga un dovere che rimbalzi su un altro soggetto, rendendolo indirettamente tutelato. Dal che non si desume l'erroneità del ragionamento, ma la necessità piuttosto di applicarlo alla *lex contractus*, ossia al contratto come assetto di interessi. Deve, cioè, ammettersi che nello stesso contratto sorga l'eventualità di un rimbalzo di tutela: il che presuppone che dallo stesso assetto di

in *Dir. proc. amm.*, 1985, 408 ss., spec. 416 s.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2³, *Atti e ricorsi*, Milano, 1995, 184 s.

¹⁸⁵ Su cui v. M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 39 ss.; ID., *Il risarcimento*, cit., 209 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 198 ss.; E. MOSCATI, *Profili attuali*, cit., 73 ss.; M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, 67 ss.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 238 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 126 e 174 ss., nonché ID., *Problema*, cit., 229 ss., e ID., voce *Obblighi*, cit., 7.

interessi, ossia dalla complessiva *Interessenlage*, possa essere estratta una regola *ex fide bona* che consenta proprio questo rimbalzo.

Potrebbe opporsi, allora, che la regola di buona fede insita nell'*Interessenlage* sia, direttamente, quella volta a far nascere la posizione di tutela. Così non è, per il fatto che la presenza di un terzo protetto potrebbe essere conoscibile, ma non conosciuta, da chi conclude il contratto: sicché deve ritenersi che nel patto, come assetto di interessi, sussista l'eventualità (e non la necessità) della nascita di un interesse legittimo a favore del terzo che si trovi in una peculiare posizione di vicinanza.

Il secondo caso cui fare richiamo è quello del medico dipendente da una casa di cura¹⁸⁶. In un duplice senso questi, in effetti, parrebbe essere tenuto a non violare una peculiare disciplina, i cui effetti si riversano e rimbalzano su un terzo particolarmente individuato: da un lato, si tratta della normativa deontologica che gli impone un certo grado di competenza; dall'altro, è il peculiare rapporto contrattuale del medico con la casa di cura.

Entrambe le idee hanno un fondamento flebile.

¹⁸⁶ Su questi punti cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., 475 ss., nonché *Ritorno*, cit., 704 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., 29 ss.; F. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, 137 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 325 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, 2505 ss., e, più di recente, R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 117 ss., nonché R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2013, 1 ss.; A. GNANI, *Responsabilità del medico da contatto sociale: brevi dubbi*, in *'Liber amicorum' per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 471 ss. In giurisprudenza v. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., nonché Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

Nell'esempio pubblicistico e in quello privatistico che si sono visti, infatti, la *ratio* delle normative che si riflettono a favore del terzo tocca in qualche modo la protezione, benché indiretta, del terzo stesso. Così, la disciplina pubblicistica tiene particolarmente conto degli interessi del privato e così pure quella del contratto con effetti protettivi (nel cui ambito, ad esempio, il corrispettivo non può non essere deciso anche con riguardo all'eventuale protezione del terzo che dev'essere assicurata). In entrambi i casi, poi, la normativa non è volta a proibire un'attività, ma semmai e proprio a rendere doverosa un'attività che si riflette da vicino su un terzo facilmente individuabile.

Le due discipline cui è soggetto il medico, invece, non tengono conto nemmeno indirettamente del riflesso sul privato: e questo è logico, giacché l'ordinamento professionale, come del resto la legge penale che pure potrebbe fornire il fondamento per un interesse legittimo 'da rimbalzo', sono volti a finalità diverse, semmai immediatamente sanzionatorie, senza richiedere al contrario il corretto adempimento di un dovere o di un obbligo; il contratto, poi, non potrebbe tenere conto dell'infinità di rapporti tra medico e paziente, che sono del tutto a-specifici rispetto allo stesso accordo tra medico e casa di cura.

Se così è, appare del tutto congrua la recente previsione di legge che assegna natura aquiliana alla responsabilità del medico¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Tra l'altro, dovrebbe ritenersi non responsabile, se non aquilianamente, anche l'insegnante verso l'alunno che si provoca una lesione. In tutti i casi, la preferenza per la tutela aquiliana deriva dal fatto che non vi è pretesa, né rapporto di protezione, ma solo un'accidentale legame (viceversa, la relazione vera e propria è con l'ente da cui questi soggetti dipendono). La replica, per cui la responsabilità dovrebbe qui riprodurre la forma sostanziale delle cose, che a sua volta avrebbe l'impronta di una stretta relazione, non convince a pieno: la forma è tenuta in conto dall'obbligazione di prestazione, mentre non vi è alcuna necessità di rinvenire un'ulteriore relazione con il medico o con l'insegnante, che già dal punto di vista sostanziale (sociale o che dir si voglia) manca (l'attività dell'ausiliario non è che quella del soggetto da cui dipende). Su

D'altro canto, pur essendo ovvio che il legislatore non può modificare una categoria dogmatica, è altrettanto ovvio che l'intervento normativo può influire sul sistema, imponendo la preferenza per una declinazione anziché un'altra del dato sociale che abbisogna di giuridicità (purché non si ridondi in una contraddittorietà e, quindi, nell'irragionevolezza della legge).

Non è possibile procedere in questa rassegna¹⁸⁸. Gli spunti forniti, comunque, rendono evidente la necessità di distinguere i vari contatti legali, per razionalizzarli e per distinguere il tipo di interesse legittimo che ne discende.

In tutti i casi, inoltre, l'affidamento sotteso al contatto legale non ha nulla di psichico e di soggettivo; non nasce da un contatto reale tra due soggetti, ma da una diversa situazione di fatto. Si ha un interesse legittimo protettivo di fronte a un credito anche senza saperlo; si ha un interesse legittimo a un provvedimento positivo anche senza esserne consci (per quanto il procedimento amministrativo, in questi casi, sia di regola attivato su domanda dell'interessato, per cui alla base della posizione giuridica vi è un contatto voluto e cercato: che, tuttavia, fa nascere una posizione di

questi temi v. pure M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *juscivile*, 2015, 30 ss.

¹⁸⁸ Un esempio che, giocoforza, resta fuori dall'analisi è quello dei concorsi privati, in cui nasce un interesse legittimo pretensivo che, con tutta probabilità, si comporta similmente a quello verso la p.a. in caso di gare pubbliche. Così come quest'ultimo, poi, anche il primo sussiste accanto a un normale interesse legittimo da contatto fattuale (pretensivo negativo), vertendosi comunque in materia di trattative o comunque di contatto prenegoziale. Volendo, si dirà che le due figure costituiscono in realtà due nuclei di un'unica situazione di tutela, che si atteggia variamente al suo interno. In giurisprudenza non può non ricordarsi la sentenza Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548 (su cui A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti 'poteri privati'*, in *Giur. it.*, 1980, spec. 442 ss.), che tuttavia mescolava in larga parte i piani, parlando di tutela nei confronti di 'delibere' anche là dove si trattava di semplici condotte privatistiche. Più di recente v. C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *RIDL*, 1992, 11.

tutela del tutto indipendente dalle convinzioni psichiche del privato).

10. *Conclusiones*

Non è ovviamente possibile, in queste pagine, esaurire un tema così ampio. Resta il fatto che l'applicazione dell'interesse legittimo, soprattutto in virtù della distinzione tra logica di protezione e logica di spettanza (interesse legittimo protettivo e pretensivo), appare giovare alla nitidezza del discorso giuridico privatistico.

Ciò vale, come s'è visto, quanto all'individuazione delle fonti di interessi legittimi. Ma lo stesso può dirsi ad altri fini, tra cui appare saliente il ruolo che può svolgere l'interesse legittimo nell'offrire un inquadramento dogmatico alle forme di tutela nei confronti di condotte scorrette e comunque lesive.

Un esempio ulteriore, di cui non s'è avuto modo di parlare, può chiarire quest'ultimo punto. Se l'interesse legittimo pretensivo pubblicistico tutela un'aspirazione a un bene della vita, protetto solo eventualmente, tale protezione consente di reagire di fronte al ritardo illegittimo della p.a. e al provvedimento altrettanto illegittimo, chiedendo una prosecuzione del procedimento o una sua riapertura che tenga conto degli effetti conformativi del giudicato¹⁸⁹.

Passando al diritto privato, è evidente come – sia *de iure condito*, sia *de iure condendo* – vi sia una particolare situazione che possa trarre beneficio da un inquadramento come interesse

¹⁸⁹ E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 447 ss.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, 56 (e poi pure 83).

legittimo pretensivo: è il già menzionato obbligo di (ri)negoziare in buona fede¹⁹⁰.

Questa posizione tutela un bene della vita (il miglior contratto cui si può auspicare) in modo incerto. Solo così è possibile intenderla: finché si ritiene che essa protegga l'interesse a una negoziazione in buona fede ci si ferma a una descrizione che non consente di coglierne l'essenza.

D'altro canto, dall'inquadramento come interesse legittimo deriva l'applicazione di peculiari tutele: non tanto l'azione di condanna, che non ha senso ove non vi sia una e una sola condotta da tenere (molteplici sono le condotte conformi a buona fede nel caso di [ri]negoziazione), ma l'azione inibitoria¹⁹¹. Del resto, l'inibitoria è esattamente corrispondente all'effetto conformativo dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo; la differenza sta solo nel fatto che la prima riguarda una condotta materiale che in quanto tale potrà, sebbene illegittimamente, essere posta di nuovo in essere, mentre la seconda un provvedimento che, se riedito in modo sostanzialmente analogo, sarà nullo.

In tale ultima ipotesi il diritto amministrativo consente di introdurre un giudizio peculiare, detto di ottemperanza, con cui l'organo giurisdizionale può sostituirsi all'amministrazione. A fronte dell'inefficienza dell'apparato rimediale privatistico, in caso di inattuazione dell'obbligo di (ri)negoziare (*rectius*, dovere

¹⁹⁰ Sulla rinegoziazione per tutti F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 1026 ss.; A. GENTILI, *Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009, 809 ss.

¹⁹¹ Esso, di recente, è stato concesso da Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, su cui v. la nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 571 ss. (dello stesso autore poi v. pure, sul tema, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 117 ss.).

contrapposto all'interesse legittimo di [ri]negoziare), potrebbe ipotizzarsi l'inserimento legislativo nel codice di procedura civile, all'art. 615-ter, di una sorta di ottemperanza civilistica: in virtù della quale, emessa e violata l'inibitoria, il giudice adito nuovamente in sede esecutiva avrebbe la facoltà di nominare un consulente (quello che sarebbe nel diritto pubblico un commissario *ad acta*), che determini il contratto entro le condizioni di massima stabilite dal giudice¹⁹².

Si tratta, ovviamente, solo di uno spunto, che però manifesta le potenzialità che risiedono nell'applicazione della figura dell'interesse legittimo al diritto privato¹⁹³: che, lungi dal ridursi a una violazione del rasoio di Occam, consente di raggruppare entro una categoria idonea tutte le ipotesi di contatto sociale, sia con riferimento alle fattispecie, sia con riguardo agli effetti.

¹⁹² Pochi anni or sono G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 255 ss., scriveva che il rimedio migliore per la violazione dell'obbligo di rinegoziare doveva essere proprio la facoltà del giudice di conformare il contratto, dopo l'infruttuoso esercizio del diritto a rinegoziare. L'autore, tuttavia, scriveva prima della riforma del 2009 che ha introdotto l'art. 614-bis c.p.c., e quindi le *astreintes*, nel nostro ordinamento.

¹⁹³ Più in generale, l'interesse legittimo pretensivo positivo pare poter dare una forma giuridica a tutte quelle relazioni non fondate su una tutela in negativo di un affidamento soggettivo; si tratta di relazioni di regola sbilanciate e asimmetriche, come quelle tipiche dell'asimmetria nei rapporti d'impresa (v. per tutti M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; per la giurisprudenza v. l'ordinanza Trib. Bari 11 ottobre 2004 pubblicata in *Riv. dir. priv.*, 2005, con nota di M. TRECCANI, il quale ritiene che la qualificazione come extracontrattuale della responsabilità di chi abusa della posizione dominante, che la limiterebbe all'interesse negativo, sarebbe poco in linea con la «mancanza di alternative soddisfacenti» per il subfornitore, e va alla ricerca di una via per rinvenirne la natura contrattuale; sul 'terzo contratto' v. gli interventi raccolti in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, e in particolare G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, *ivi*, 9 ss.)

ABSTRACT

Tra la responsabilità contrattuale e quella aquiliana vi è, come noto, un'area grigia, una «terra di nessuno»: un insieme di fattispecie di qualificazione difficile, il cui paradigma è rappresentato dalla *culpa in contrabendo*, potenzialmente afferenti tanto all'obbligazione, intesa come relazione di cornice priva di un obbligo di prestazione, quanto al generico dovere di *neminem laedere*.

Il saggio, optando anzitutto per una ricostruzione in tema di responsabilità precontrattuale che vi pone al centro il concetto di affidamento e che la riconduce alla violazione di una specifica posizione giuridica, l'interesse legittimo (coniugato in senso 'pretensivo negativo'), verifica quali siano i perimetri soggettivi e oggettivi della *culpa in contrabendo*. Proseguendo lungo questa linea direttrice, la ricerca indaga se il modello di responsabilità proprio delle trattative possa trovare applicazione anche altrove e se, comunque, la situazione giuridica di interesse legittimo, pur declinata diversamente (come interesse legittimo 'protettivo' e 'pretensivo positivo'), possa dare forma giuridica a talune delle fattispecie che rientrano nell'area di confine tra contratto e torto.

Between contractual and tortious liability there is, as is well known, a grey area, a «no-man's land»: a set of cases of difficult qualification, whose paradigm is represented by the *culpa in contrabendo*, potentially concerning both the obligation, understood as a framing relationship without an obligation to provide a performance, and the generic duty of *neminem laedere*.

The essay, opting first of all for a model of pre-contractual liability that places at the centre the concept of reliance and that configures this form of liability as violation of a specific legal position, the 'legitimate interest' (conjugated as 'negative pretensive'), traces the subjective and objective perimeters of *culpa in contrabendo*. Continuing along this guideline, the research investigates whether liability for misconduct during the negotiations finds application elsewhere or, in any case, whether the legal position of legitimate interest, although specified differently (as 'protective' or 'pretensive positive' legitimate interest), can give juridical

form to some of the cases that fall within the borderland between contract and tort.

ANDREA MARIA GAROFALO

Professore a contratto (Dipartimento di scienze giuridiche, del linguaggio, dell'interpretazione e della traduzione)

Università degli Studi di Trieste

Email: andreamaria.garofalo@gmail.com

