UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei contratti pubblici e privati

XXVIII Ciclo

IL CONTRATTO CON EFFETTI PROTETTIVI NEI CONFRONTI DI TERZI

S.S.D. IUS/01

Tesi di dottorato del

Dott. Guido d'Ippolito

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Carlo Sotis

Tutor

Chiar.mo Prof. Maurizio Benincasa

27 giugno 2016

INDICE

Introduzione.....4

PARTE I – LA CATEGORIA DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE.....13

CAPITOLO I - La categoria degli obblighi di protezione e il suo fondamento.....13

1.1 Premessa.....13

1.2 La visione unitaria del rapporto obbligatorio.....15

1.3 Complessità strutturale del fenomeno obbligatorio.....19

1.4 La clausola generale di correttezza: questioni preliminari.....23

1.5 Il coordinamento sistematico tra la buona fede oggettiva e la correttezza: le problematiche sottese.....32

1.6 Le clausole generali di buona fede e correttezza quali fondamento della categoria degli obblighi di protezione.....39

1.7 Solidarietà e principi costituzionali: ampliamento e conferma della categoria degli obblighi di protezione.....51

CAPITOLO II - Lo sviluppo della categoria degli obblighi di protezione.....59

2.1 Per un sistema di buona fede e correttezza.....59

2.2 Sull'applicazione diretta o indiretta dei principi e delle norme costituzionali all'interno del rapporto obbligatorio.....64

2.3 Il problema delle clausole generali.....72

2.4 Responsabilità precontrattuale e obblighi di protezione.....78

2.5 Buona fede e correttezza nel diritto europeo. Cenni.....87

CAPITOLO III - Critiche alla categoria degli obblighi di protezione fondati sulla buona fede. Conferma della categoria degli obblighi di protezione.....99

3.1 La categoria degli obblighi di protezione quale specificazione del dovere di diligenza. Critiche e conferme della categoria degli obblighi di protezione.....99

3.2 Gli obblighi di protezione quale concretizzazione dell'interesse alla prestazione. Critica e conferma della teoria degli obblighi di protezione alla luce di specifiche norme contenute nel codice civile.....111

3.3. Critica della teoria che considera già coperta dalla responsabilità extracontrattuale l'area di incidenza della categoria degli obblighi di protezione e il non fondato problema della c.d. duplicazione di tutela.....127

PARTE II – Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi 130

CAPITOLO I - Problematiche e fondamenti della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi..... 130

1.1. Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: problematiche sottese alla categoria in esame..... 130

1.2 La diversa figura del contratto a favore di terzi..... 132

1.3 Il contratto a favore di terzi e il dogma della relatività contrattuale..... 137

1.4 Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503: due modelli a confronto..... 141

1.5 Relatività degli effetti contrattuali e terzi qualificati: un primo approccio..... 149

1.6 Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: autonomia, relatività e terzi protetti..... 161

CAPITOLO II - Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi e le ricostruzioni teoriche di confine. 186

2.1 Premessa..... 186

2.2 Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione..... 188

2.3 Il contatto sociale qualificato come fonte di un rapporto obbligatorio e l'obbligazione senza prestazione..... 199

2.4 Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi nella giurisprudenza italiana..... 212

2.5 Altre ipotesi di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. 236

2.6 Dal contratto… al negozio con effetti protettivi nei confronti di terzi..... 247

Bibliografia..... 260

Introduzione.

Oggetto del presente lavoro sarà l'analisi del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[1], avuto riguardo ai risvolti ed alle implicazioni di tale categoria all'interno dell'ordinamento italiano.

Si tratta di tipologia contrattuale alquanto dibattuta[2] e della quale, a tutt'oggi, se ne contesta, ad opera di una parte della dottrina[3], la configurabilità e l'utilità all'interno del nostro panorama giuridico.

La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi ha trovato origine, nel corso del secolo scorso, in Germania[4] ove venne teorizzata ed adottata, da giurisprudenza e dottrina, al fine di colmare quei vuoti di tutela riscontrati nella disciplina della responsabilità civile e contrattuale, così come predisposta dall'allora vigente codice civile tedesco[5] e regolare in modo adeguato determinati rapporti socio-giuridici[6]. A sua volta, la categoria

---

(1) Diverse sono state le denominazioni impiegate a tal riguardo; a titolo meramente esemplificativo, può evidenziarsi come VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, impieghi l'espressione *contratto con effetti protettivi per i terzi*; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, invece, è solito usare l'espressione *contratto con effetti di protezione per terzi*; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 333, predilige la soluzione di *contratto con effetti protettivi verso il terzo*. Tuttavia, la scelta di una denominazione rispetto all'altra si rivela non neutra sotto un profilo logico e semantico; ed infatti, CASTRONOVO, sin da *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, I-II, 123 ss., adotta la formula di *contratto con effetti protettivi per terzi*, come dallo stesso chiarito, in ragione della sua maggiore rispondenza letterale alla lingua tedesca e «*ad evitare che se ne possa inferire una tutela generalizzata dei terzi mediante il contratto*» (così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 543 alla nota 207). La denominazione qui prescelta, *contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi*, recepisce la superiore considerazione in merito all'utilità di non suggerire che l'estensione degli obblighi di protezione si compia a beneficio, indistintamente, di tutti i terzi e, sotto altro profilo, appare idonea a differenziarsi rispetto a quella adottata per la fattispecie di cui all'art. 1411.

(2) LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 335, la definisce «*complessa e problematica*».

(3) Si vedano, in particolare, le considerazioni svolte ai capp. 1 e 2 della seconda parte del presente lavoro.

(4) Per un inquadramento dell'evoluzione storica della figura in esame, e sulle ragioni che hanno portato alla nascita ed all'affermazione della stessa in Germania cfr. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., in particolare 11 ss. e 53 ss., nonché CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123 ss.

(5) La situazione, infatti, risulta mutata in seguito all'entrata in vigore, il primo gennaio del 2002, della Legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, approvata in data 26 novembre 2001 e pubblicata in BGB. I, n.61/2001; sul punto, si rimanda a DI MAJO, *Una dottrina unitaria dell'obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 221 ss.

(6) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 7 ricorda che: «*i rapporti giuridici hanno il loro substrato in relazioni sociali esistenti già prima ed anche al di fuori dell'ordine giuridico: relazioni che il diritto non crea, ma trova dinanzi a sé, prevede ed orienta nelle direttive di qualifica e valutazioni normative*».

in esame può essere vista, in una prospettiva storico-sistematica, come stadio evolutivo di un processo iniziato con la teorizzazione dei c.d. obblighi di protezione[7].

Ed infatti, dopo aver inteso come la struttura dell'obbligazione potesse e dovesse affermarsi complessa e in grado di accogliere, dunque, al suo interno *qualcosa di più* che il solo obbligo di prestazione, si è teorizzata[8] l'esistenza di una tale tipologia di obblighi, nascenti da buona fede e correttezza, posti allo scopo di proteggere creditore e debitore dai possibili danni derivanti, alla propria integrità fisica o al proprio patrimonio, dal contatto ingeneratosi in occasione dell'insorgenza del rapporto obbligatorio.

Nella prospettiva che qui interessa, il successivo passo evolutivo si concretizzò in un'estensione degli effetti, derivanti dai suddetti obblighi di protezione, a beneficio di soggetti terzi che si trovassero, rispetto al rapporto obbligatorio, in una posizione *qualificata*, tale da giustificare una tutela analoga rispetto a quella prevista per le parti.

In particolare, infatti, fu la giurisprudenza tedesca[9] a impiegare il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi al fine di estendere la tutela contrattuale e consentire che potesse darsi luogo ad un risarcimento del danno a vantaggio dei soggetti danneggiati, anche in quei casi nei quali, a ragionare secondo le norme poste, gli stessi sarebbero stati privi di tutela o si sarebbero potuti avvalere solo del più sfavorevole regime di responsabilità extracontrattuale, avuto riguardo alle peculiarità dell'ordinamento tedesco[10].

---

(7) Sulla categoria degli obblighi di protezione si rimanda, in particolare, alla prima parte del presente lavoro.

(8) DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2015, 8, ne attribuisce l'elaborazione, Italia, a MENGONI; sul punto, e in particolare anche sul fondamentale contributo di BETTI, si rinvia al primo capitolo della prima parte del presente lavoro. Per quanto relativo, invece, all'esperienza tedesca si vedano VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., in particolare 11 ss. e 53 ss, CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123 ss. e LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 30 ss.

(9) Cfr. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 53 ss.

(10) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 6, rileva, a proposito della possibilità di estensione dell'effetto protettivo di un contratto nei confronti di terzi, che «*antesignano di una tale evoluzione di prospettiva è stato il diritto tedesco che, principalmente in ragione della «debolezza» del proprio regime di torto che, com'è noto, si ispira al principio della risarcibilità dei danni tipici (tra i quali non figura il c.d. danno meramente economico) e conosce ampi margini di esonero liberatorio per colui che si serve di ausiliari* […], *nonché un termine di prescrizione assai stretto (par. 287 BGB, tre anni), ha ritenuto opportuno ricorrere alla responsabilità contrattuale*».

Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, dunque, trova la sua origine, forse, ancor prima che in ragioni dogmatiche, in esigenze di giustizia materiale ritenute, in ogni caso, nell'esperienza delle corti tedesche, rilevanti e cogenti ai fini del decidere[11].

Pur riconoscendo l'imprescindibile contributo fornito dall'esperienza tedesca rispetto a tale figura contrattuale, è ferma l'intenzione di concentrare il presente lavoro di ricerca sui contorni che il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi può assumere nell'ordinamento italiano, alla luce anche dell'uso peculiare che di tale figura è stato fatto dalla nostra giurisprudenza.

Ed infatti, «*di fronte alle sempre più numerose e vistose assenze (e, quindi, inadempienze) del legislatore, ormai il nuovo del diritto lo si scopre ben spesso frugando verso in basso, tra le operose supplenze messe in atto dalla prassi giudiziaria che non può eludere le richieste immediate di giustizia e alle quali corrisponde 'inventando', integrando, interpretando*»[12]. La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi è stata, infatti, oggetto di esplicito richiamo, e impiegata quale strumento solutivo, in alcune pronunzie giurisprudenziali che, seppur limitate nel numero e non del tutto soddisfacenti sotto il profilo ricostruttivo, hanno confermato la configurabilità di detta categoria all'interno del nostro ordinamento, anche alla luce della rilevante funzione giuridica di tutela da questa svolta[13]. In particolare, la sentenza di

---

(11) Il caso più citato dell'esperienza tedesca è il c.d. *Gasuhrfall (o Gasometerfall), R.G. 10 febbraio 1930, in RGZ 127*, 218 ss.; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 157 lo definisce *caso pilota «perché fa il punto sulle precedenti, a suo tempo non numerose decisioni giurisprudenziali in materia, ed insieme fornisce l'impostazione alla quale si richiamano ancora, fondamentalmente, la giurisprudenza e la stessa dottrina germanica»*. Così viene ricordato, alla pagina successiva, il caso in oggetto: «*l'attrice, donna di servizio presso una signora, aveva subito gravi ustioni per una fiammata sviluppatasi da una perdita del contatore del gas. Il contatore era stato installato da una ditta in esecuzione di un contratto stipulato con la padrona di casa, onde nessun rapporto contrattuale intercorreva tra la persona danneggiata e la ditta installatrice alla quale il fatto danno risultava imputabile. E tuttavia i giudici affermano la responsabilità contrattuale della ditta convenuta nei confronti dell'attrice, perché l'obbligo di cura (Sorgfaltspflicht) derivante dal contratto d'opera riguarda non solo la controparte contrattuale ma anche il soggetto danneggiato, dovendo ritenersi che nei limiti di tale obbligo il contratto si configuri come contratto a favore dello stesso*». Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale tedesca si rimanda a VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 53 ss.

(12) Così GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, XII.

(13) Per un definitivo accoglimento della categoria dei contratti con effetti protettivi nei confronti di terzi, si veda Cass. civ., S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975) in *Responsabilità civile e previdenza*, I, 2009, 38 ss. e in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 73 ss., nonché Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, non ancora pubblicata e

legittimità[14] che per prima ha richiamato tale categoria contrattuale nel panorama giudiziario italiano, sembra avere tra i suoi presupposti quelle stesse motivazioni che avevano già mosso i giudici e gli studiosi tedeschi nella teorizzazione, prima, e nell'impiego diffuso, poi, del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[15].

La domanda a fondamento di tale tipologia contrattuale può essere così semplificata: in quelle ipotesi nelle quali l'esecuzione di un contratto produca effetti direttamente nei confronti di un terzo, il quale subisca una lesione alla propria sfera giuridica, in conseguenza dell'inadempimento del debitore, non sarebbe più rispondente ad una moderna visione della vicenda obbligatoria ammettere una tutela contrattuale anche a beneficio di tali soggetti terzi?

Ed ancora, sotto altra prospettiva, ma strettamente connessa alla precedente, è possibile affermare che i principi di c.d. autonomia[16] e relatività contrattuale, in forza dei quali si è soliti affermare che gli effetti del contratto valgano solo tra le parti, costituiscano, tutt'oggi, effettivamente, un ostacolo

---

massimata, consultabile all'indirizzo web http://www.foroitaliano.it/sullinesistenza-del-diritto-a-non-nascere-se-non-sani-cass-sez-un-22-dicembre-2015-n-25767/; per l'analisi della giurisprudenza di legittimità più rilevante in materia, si rinvia al par. 2.4 della seconda parte del presente lavoro.

(14) Cfr. Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, 690; si rimanda, invece, in merito alle prime pronunce di merito, al paragrafo 2.4 della seconda parte.

(15) Nella pronuncia suindicata, infatti, è dato leggere che «*con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza - qualsiasi possibile danno. Detto contratto, intercorso tra la partoriente e l'ente ospedaliero, si atteggia come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nei confronti del nato, alla cui tutela tende quell' obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita; ne consegue che il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l' inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse*» (così Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, cit., in motivazione). Si nota come il riferimento al contratto con effetti protettivi sia sintetico e non accompagnato da una completa ricostruzione teorica della figura in esame; lo sforzo ricostruttivo da compiersi in questa sede, infatti, risulta anche determinato dalla mancanza di una analisi completa, in tal senso, da parte della nostra giurisprudenza che, allorquando, ha impiegato la categoria contrattuale che qui interessa, lo ha fatto, come nella pronuncia riportata, non sempre affrontando tutti gli aspetti collegati. In merito alla sentenza appena riportata, si rinvia al par. 1.4 della seconda parte del presente lavoro.

(16) BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 41, definiva i negozi giuridici come «*atti di autonomia privata* […] *atti cioè di autodeterminazione, di autoregolamentazione dei propri interessi fra gli stessi interessati*». Ricorda, a tal proposito, IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 69: che «*l'autonomia privata è autonomia negoziale*».

idoneo ad impedire che il terzo, leso dalla condotta di una delle parti, possa essere protetto dall'ordinamento attraverso una tutela di tipo contrattuale? O, invece, muovendo da una corretta interpretazione delle norme del codice civile[17], nonché tenuto conto degli effetti che i principi e le norme costituzionali dispiegano nell'ordinamento civilistico, conferendo una dimensione solidaristica al rapporto obbligatorio, coerente con gli sviluppi che la scienza giuridica ha segnato nella concezione dell'obbligazione e del rapporto contrattuale, dovrebbe sostenersi che determinati terzi qualificati siano meritevoli di una specifica tutela contrattuale, allorché subiscano, a causa di una condotta inadempiente, un'illegittima ingerenza nella propria sfera giuridica?

Le conseguenze di una soluzione in un senso o nell'altro sono, *ictu oculi*, di non poco momento. Non sfuggirà, infatti, l'importanza, allo scopo di tutelare una posizione che si assume lesa dalla condotta di una parte, di potersi avvalere del regime di responsabilità contrattuale, rispetto a quello previsto per le ipotesi di responsabilità da illecito civile. Il tema che qui interessa e la sua rilevanza, all'interno del panorama civilistico, non sono certo sfuggiti alla nostra più attenta dottrina.

Tuttavia, da un'analisi dei contributi e degli studi aventi ad oggetto il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, sembra, agli occhi di chi scrive, di potersi rilevare quanto segue.

Sotto un primo profilo, se è vero che, come sopra già accennato, la teorizzazione della categoria in oggetto è sorta in Germania, sulla base di peculiarità specifiche di quell'ordinamento, è altrettanto vero che alcuni Autori italiani, si sono spesso basati su ragionamenti svolti in relazione a quel sistema al fine di affermare, o negare, asilo nel nostro sistema giuridico alla

(17) Sovvengono, a tal riguardo, le parole di IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, 99 ss., con le quali chiarisce che il «*ritorno all'esegesi è una conseguenza necessaria e insopprimibile del declino del codice civile e del movimento delle norme speciali*», e che in pari tempo «*il codice rimane il più ricco e raffinato arsenale di strumenti tecnici. Il codice civile, e la dottrina formatasi su di esso in una elaborazione secolare, costituiscono i concetti fondamentali del diritto privato: quelle categorie teoriche, per il cui tramite si rendono intellegibili le leggi positive e diventano comunicabili i risultati del nostro lavoro*». E ancora, l'Autore sottolinea qui con chiarezza che «*il codice resta un passaggio obbligato, un itinerario ineludibile, per avvicinarsi alle norme speciali e impegnarsi nella costruzione di microsistemi*».

figura in esame, senza svolgere, talvolta, una motivata ed esaustiva valutazione sull'applicabilità diretta di quelle argomentazioni nel nostro ordinamento.

L'influenza derivante dall'esperienza tedesca, alla luce anche del ruolo genetico ricoperto dalla medesima ha, sembra, eccessivamente influenzato alcune riflessioni compiute in materia, impedendo, di giungere a condivisibili conclusioni.

Ed infatti, aver recepito determinate tesi, formulate da studiosi tedeschi, senza, però, procedere ad una completa opera di trasfigurazione delle stesse in linea con i principi e le norme del nostro sistema giuridico, ha condotto a conclusioni, ad avviso di chi scrive, spesso non coerenti rispetto al fondamento di determinati istituti ed alle peculiarità proprie del sistema giuridico vigente in Italia, tenuto conto anche dell'evoluzione che gli istituti coinvolti hanno subìto nel tempo.

Diversamente, si sarebbe dovuto muovere dalla *ratio* sottesa a ciascuna teoria fiorita in Germania per valutarne la tenuta, alla luce del nostro ordinamento giuridico, solo dopo aver effettuato una attenta opera di trasposizione delle stesse[18]. L'esperienza tedesca risulta, senz'altro, un prezioso bagaglio di studi ma da impiegarsi, eventualmente, a soli fini comparatistici o ispiratori e non certo come insieme di argomentazioni da usarsi *sic et simpliciter* nell'analisi del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi e degli istituti a questo collegati.

Se è vero che, sotto un profilo di impostazione, molteplici sono i punti comuni tra il nostro ordinamento e quello tedesco, alla luce di una comune tradizione giuridica, v'è da dire che almeno altrettante sono le diversità che

(18) CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile,* Milano, 2015, 150, proprio nel commentare il recepimento di una categoria dogmatica, nata nell'esperienza giuridica tedesca, nel nostro sistema, rileva come una tale trasposizione necessiti di un attento lavoro di adattamento «*a conferma dell'idea che una medesima figura giuridica deve trovare nell'ordinamento nel quale viene a trovarsi ragioni proprie e adeguate a quest'ultimo, secondo quel processo di assimilazione che ogni trapianto giuridico implica, in conseguenza della diversità del contesto nel quale la figura originaria viene inevitabilmente a trovarsi*»; segnala la stessa criticità BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* Napoli, 1997, 13.

emergono nei due ordinamenti[19]. Consci di tale necessità, ci si ripropone, imprescindibilmente, di analizzare la figura oggetto del presente lavoro, esclusivamente nel contesto del nostro ordinamento positivo[20].

La principale peculiarità della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi è, come accennato, la possibilità di estendere a beneficio di tali soggetti gli effetti di protezione di un contratto senza che i terzi protetti siano stati contemplati, *ab origine*, nel contratto concluso, a differenza di quanto avviene, per questo ed ulteriori profili, come si avrà modo di approfondire, nella diversa categoria del contratto a favore di terzo.

La possibilità, o meno, di una tale estensione e l'individuazione di uno strumento giuridico a ciò idoneo costituiscono il nodo gordiano da sciogliere, al fine di poter conferire legittima cittadinanza alla contestata categoria contrattuale qui approfondita.

Ma ciò non sarà sufficiente.

Ancor prima di poter giungere ad analizzare compiutamente la categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, sarà necessario interrogarsi sulla tematica degli obblighi di protezione e la loro configurabilità nel nostro ordinamento, alla luce anche del dibattito che vede fronteggiarsi la concezione complessa e la concezione unitaria dell'obbligazione. Gli obblighi di protezione, infatti, costituiscono, per il tema del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, anche avuto riguardo alle caratteristiche del nostro ordinamento, un presupposto logico-giuridico[21].

L'astratta configurabilità di una obbligazione avente struttura complessa risulterà necessaria per l'accoglimento della teorica sugli obblighi di protezione e, successivamente, del contratto con effetti protettivi.

Per comprenderne la portata e i fondamenti, sarà necessario, altresì, approfondire le clausole generali di buona fede e correttezza alla luce delle

---

(19) Sotto il profilo della differente concezione del rapporto obbligatorio, si veda, ad esempio MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, II, n. 3, 1984, 597 ss.

(20) In senso analogo a quanto affermato, si veda RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 112 alla nota 1, ristampa anamorfica dell'edizione del 1969.

(21) CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, XXI, 9, definisce, infatti, il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi come un «*coerente sviluppo nella materia*» degli obblighi di protezione.

relative disposizioni nel codice civile e sulla base di una imprescindibile interpretazione costituzionalmente fondata[22], che tenga conto anche degli eventuali riflessi in materia derivanti dal diritto di provenienza europea.

Appurata la configurabilità degli obblighi di protezione, si potrà giungere compiutamente, ci si augura, all'analisi della figura del contratto con effetti protettivi; se ne dovranno esaminare, poi, le relative caratteristiche e, fra queste, primariamente l'estendibilità degli effetti protettivi nei confronti di terzi.

Acclarata l'estendibilità degli effetti protettivi ad altri soggetti oltre le parti, il compito successivo sarà quello di appurare quali siano i criteri atti ad individuare i terzi destinatari degli effetti protettivi del contratto. Ben si comprende, infatti, come non possa darsi luogo ad una estensione indiscriminata degli effetti protettivi di un dato contratto a tutti i terzi; una specifica efficacia protettiva, infatti, potrà eventualmente spiegare i propri effetti solo nei confronti di alcuni terzi qualificati. Critiche alla figura in esame si sono spesso fondate, infatti, su perplessità e timori scaturenti dai rischi derivanti da una estensione dell'egida contrattuale ad un numero eccessivo o, addirittura, indeterminato di soggetti terzi[23].

Un tale percorso di approfondimento condurrà, nelle intenzioni di chi scrive, a poter fondatamente affermare la configurabilità del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi nel nostro ordinamento, illustrando, di volta in volta, le conclusioni raggiunte.

Sarà necessario, dunque, procedere affrontando i diversi istituti presupposti e coinvolti dalla figura contrattuale *de qua*, al fine di poterne cogliere il relativo fenomeno giuridico sotto ogni profilo rilevante.

---

(22) MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317- 328 ora in MENGONI, *Scritti I, Metodo e teoria giuridica,* a cura di CASTRONOVO, Milano, 2011, 239, ricorda che «*al positivismo legalistico è succeduta una concezione che potrebbe chiamarsi costituzionalistica dell'ordinamento giuridico. Il diritto positivo non si legittima per il solo fatto di essere posto da determinati organi competenti e con certe procedure; i suoi contenuti devono essere conformi ad una tavola di valori riconosciuti dalla Costituzione e istituzionalizzati in disposizioni di principio*».

(23) Si veda, sul punto, ad esempio DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, 15 ss.

Un secondo ordine di problemi, che pare essersi riscontrato, attiene alla mancanza, spesso, di organicità nell'analisi della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. Nella quasi totalità dei casi, infatti, tale categoria è stata affrontata, per così dire, in modo residuale, in lavori che hanno ad oggetto altri argomenti che, seppur in qualche modo connessi con il tema che qui interessa, non ne hanno consentito una trattazione sistematica e completa. Per lo scopo che ci si prefigge pare, quindi, necessario considerare, seppur sinteticamente, le diverse tematiche connesse con la figura contrattuale in esame, al fine di poter addivenire ad una analisi, seppur necessariamente sintetica, vista la natura del presente lavoro, quanto più completa sotto il profilo delle differenti argomentazioni coinvolte, passando anche attraverso una chiara differenziazione con quegli istituti che, pur ponendosi in una situazione di prossimità *qualificata* rispetto a quello qui considerato, non ne condividano, in realtà, la *ratio* e i fondamenti. Dopo aver verificato la compatibilità della categoria del contratto con effetti protettivi rispetto al nostro impianto normativo, se ne proverà a valutare la portata e la funzione concreta, cercando di individuare quali vicende contrattuali potrebbero o dovrebbero rientrarvi, anche alla luce dell'impiego fattone dalla nostra giurisprudenza.

Vale la pena affermare sin da subito come, ad avviso di chi scrive, la validità di una determinata categoria giuridica dovrebbe essere valutata a prescindere dal solo numero di fattispecie a questa riconducibili.

Ed infatti, se anche si giungesse a ritenere che solo un numero limitato di fattispecie possano essere qualificate come ad effetti protettivi nei confronti di terzi, tale circostanza non dovrebbe inficiare la validità delle conclusioni raggiunte, tenuto conto che il profilo quantitativo potrebbe, eventualmente, rilevare solo avuto riguardo all'importanza pratica della categoria analizzata, nel nostro ordinamento, ma non certo costituire elemento sulla base del quale affermarne la fondatezza o meno.

PARTE I – LA CATEGORIA DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE

CAPITOLO I - La categoria degli obblighi di protezione e il suo fondamento.

SOMMARIO: 1.1 Premessa. 1.2 La visione unitaria del rapporto obbligatorio. 1.3 Complessità strutturale del fenomeno obbligatorio. 1.4 La clausola generale di correttezza: questioni preliminari. 1.5 Il coordinamento sistematico tra la buona fede oggettiva e la correttezza e le problematiche sottese. 1.6 Le clausole generali di buona fede e correttezza quali fondamento della categoria degli obblighi di protezione. 1.7 Solidarietà e principi costituzionali: ampliamento e conferma della categoria degli obblighi di protezione.

1.1 Premessa.

Come già anticipato, al fine di giungere ad una fondata riflessione in merito alla configurabilità del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, sarà necessario procedere per fasi successive per verificare la validità del percorso argomentativo prescelto e delle conclusioni di volta in volta raggiunte.

Sarà bene, dunque, muovere innanzitutto, nella prima parte del presente lavoro, da un'analisi della categoria degli obblighi di protezione.

Ed infatti, la possibilità di teorizzazione di obblighi di protezione all'interno della struttura dell'obbligazione funge da presupposto per poterne valutare, poi, l'estendibilità, attraverso la figura del contratto con effetti protettivi, nei confronti di soggetti terzi[24].

A monte della teorica di detta tipologia di obblighi si pone la riflessione che l'incontro delle sfere giuridiche di debitore e creditore, in occasione

(24) CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 9.

dell'insorgenza di un rapporto obbligatorio, sia un evento, di per sé, rischioso[25]. La vicinanza e il *contatto* che sorgono fra le parti in un rapporto obbligatorio renderebbero maggiormente probabile la lesione dell'integrità fisica e patrimoniale di creditore e debitore, rispetto a quelle situazioni nelle quali un rapporto obbligatorio non vi sia[26].

Da tale idea deriva la qualificazione di detti obblighi come *protettivi*[27], a protezione dello *status quo*, nascenti a carico di entrambe le parti accanto, sebbene in una posizione di autonomia, all'obbligo di prestazione a carico del solo debitore.

Gli obblighi di protezione coesisterebbero, dunque, con l'obbligo di prestazione in un rapporto di autonomia e indipendenza[28], ma sempre nell'alveo del medesimo rapporto obbligatorio.

Al fine di poter verificare la fondatezza di una tale ricostruzione risulterà necessario, dapprima, soffermarsi sulle caratteristiche strutturali del rapporto obbligatorio, al fine di valutare la possibilità di ascrivere all'interno di questo obblighi *ulteriori* rispetto a quelli derivanti dalla prestazione[29].

Il percorso argomentativo necessario per giungere a tale risultato contempla, altresì, l'individuazione del fondamento sistematico, in base al quale, detti obblighi troverebbero asilo all'interno del fenomeno obbligatorio.

Ci si soffermerà, dunque, nell'immediato prosieguo, sia su profili di tipo strutturale, sia su profili di tipo *fondativo*; apparirà evidente, infatti, come le ragioni giustificatrici di una visione complessa del fenomeno obbligatorio, viaggino di pari passo con quelle che fondano la categoria dogmatica degli obblighi di protezione[30].

---

(25) La considerazione è unanimemente condivisa; si veda, per tutti, BENATTI, *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione",* in *Rivista trimestrale procedura civile*, 1960, 1342 ss.

(26) Per tutti MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 509.

(27) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 368 che li definisce anche «*di sicurezza* […] *oppure – giusta la terminologia del nostro art. 1175 – obblighi di «correttezza»*».

(28) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369.

(29) Interesserà, in questa sede, affrontare il tema della struttura complessa dell'obbligazione, esclusivamente per quanto attinente agli obblighi di protezione ed al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

(30) Ed infatti, per giungere a postulare l'esistenza degli obblighi di protezione è necessario muovere dalla previa qualificazione della dimensione obbligatoria come complessa. In tal senso si veda, per tutti, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, 1988, 323, il quale afferma, all'esito di una attenta analisi sulla categoria degli obblighi di protezione, come: «*chi guarderà retrospettivamente al rapporto, potrà*

1.2 La visione unitaria del rapporto obbligatorio.

Orbene, secondo una prima impostazione tradizionale il rapporto obbligatorio sarebbe perfettamente sovrapponibile all'obbligo di prestazione, insorto a carico del debitore, di talché il contenuto del rapporto si esaurirebbe nella prestazione[31] o nella somma delle prestazioni dedotte.

Tale impostazione, si sostanzia, seppur in un approccio generalissimo e semplificato, quale evoluzione di quella visione del concetto di obbligazione che trova il suo fondamento teorico nel giusnaturalismo, prima, e nella pandettistica, poi, e derivante, a sua volta, dall'esperienza tarda romanistica[32].

---

definirlo complesso dacché anche lo scopo di protezione può considerarsi rientrante nel contenuto del rapporto. La teoria degli obblighi di protezione è così sicuramente connessa alla nozione del rapporto obbligatorio, quale rapporto complesso».

(31) Cfr. fra i tanti, BIANCA, in *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 1 e *ss*., in particolare alla nota 2 che richiama WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. Di Fadda e Bensa), II, Torino, 1930, § 251, 5: «*con l'espressione obbligazione sull'orma del diritto romano, indichiamo l'obbligo corrispondente al diritto di credito … come pure il rapporto giuridico complessivo, del quale diritto di credito ed obbligo sono le due facce*». Sempre BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., 3: «*tradizionalmente il rapporto è stato tuttavia considerato dal punto di vista del debitore, e chiamato quindi rapporto obbligatorio o, senz'altro, obbligazione*». Sul tema, si veda anche BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 61 il quale alla nota 89 riporta, ma ritenendolo implicitamente superato, il pensiero di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, *in Riv. it., scienze giur*., 1937, 299, il quale «*ha decisamente respinto* […] *ogni tentativo di configurare il rapporto obbligatorio come rapporto complesso*». Più di recente, tra i sostenitori della concezione unitaria dell'obbligazione unitaria, si segnala SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. It*., 1993, 2129 ss., il quale alla pagina 2134 richiamando il pensiero di BIGLIAZZI-GERI (*Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civ*., II, Torino, 1988, 170) scrive «*non, dunque, un'obbligazione principale ed una, accessoria, di protezione o di sicurezza, ma un'unica obbligazione con unicità di contenuto e di oggetto*». COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, 3 afferma che «*in senso tecnico, invece, obbligazione, come la corrispondente* obligatio *della terminologia romana, esprime un vincolo giuridico (avente un contenuto patrimoniale) e per il quale una persona (il debitore) è tenuta ad una determinata prestazione verso l'altra (creditore)*»; alla pagina successiva, l'Autore aggiunge «*nel suo nucleo essenziale, l'obbligazione moderna coincide con quella romana*». BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, I, La struttura*, Milano, 1948, 9, in un quadro di unità concettuale dell'obbligazione, ricorda che «*secondo il concetto tradizionale* […] *l'obbligazione è un vincolo o rapporto giuridico mercè il quale il soggetto attivo (creditore) si assicura dal soggetto passivo (debitore) – nel proprio interesse o «anche» nel proprio interesse – l'adempimento di una determinata prestazione*» e chiarisce, alla pagina 25, che «*il contenuto del rapporto obbligatorio o contenuto dell'obbligazione è dato dal diritto alla prestazione (pel creditore) e dall'obbligo d'adempierla (pel debitore)*». Si veda, altresì, BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1991, 21 ss.

(32) Così DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca (art. 1173-1176)*, 1998, 3 e ss. e bibliografia *ivi* indicata; cfr., nello stesso senso, CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123 laddove si afferma «*ad una valutazione d'insieme la letteratura italiana attuale in tema di obbligazioni mostra chiaramente di aver superato la*

Vale la pena rilevare, senza addentrarsi in ulteriori discussioni sul tema, giacché esulanti dall'oggetto del presente lavoro, come la concezione unitaria dell'*obligatio* romana sia, anch'essa, un punto di arrivo frutto di anni di evoluzione giuridica, economica e sociale[33].

Se, ai primordi dell'esperienza giuridica romana, con il termine *obligatio* si indicavano specifiche (e limitate) ipotesi, nelle quali il debitore veniva a trovarsi in una posizione di *subordinazione personale* rispetto al creditore, successivamente, nel corso di un intervallo di tempo di centinaia di anni, si giunse ad intendere il *fenomeno* dell'obbligazione come descrittivo di una categoria di negozi giuridici, all'interno della quale la limitazione della libertà personale lasciava il posto ad un vincolo di tipo eminentemente patrimoniale, instauratosi tra il debitore e il creditore[34].

È, infatti, solo nel periodo classico che *l'obligatio* assume quella caratteristica che la rende funzionalmente unitaria sotto il profilo giuridico: *l'obligatio* diviene garanzia dell'aspettativa del creditore[35].

Il concetto di obbligazione, dunque, ha subìto sin dal suo primo impiego, un lento mutamento dovuto alla realtà positiva che lo circondava e permeava.

L'idea che l'obbligazione, quale rapporto, sia volta solo ed esclusivamente alla soddisfazione dell'unico interesse alla prestazione può ben apparire, dunque, un'affermazione da ricondursi ad un dato contesto storico-giuridico e, pertanto, non assumibile come certezza dogmatica valida a prescindere

---

concezione di radice romanistica che limitava il contenuto del rapporto obbligatorio entro gli angusti confini della prestazione dovuta dal debitore». Nello stesso senso GIORGIANNI, *Lezioni*, Roma, 1970, 10 ss.

(33) TALAMANCA, *Obbligazioni – Diritto Romano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX,, 1970, 2 e *ss*.; si veda anche quanto riportato nella nota successiva.

(34) A tal riguardo, si veda Gambino, *Il rapporto obbligatorio*, in *Le obbligazioni, I, Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milanofiori Assago, 2015, 9 ss.

(35) Sul punto, per tutti, si segnala il contributo di TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 16 e ss. e si rimanda alla bibliografia *ivi* indicata. L'Autore, nelle pagine successive, sottolinea come il fenomeno di consolidamento unitario della categoria dell'*obligatio* abbia dovuto tener conto anche della seguente considerazione: «*quanto all'opera di elaborazione di una teoria generale delle obbligazioni da parte della giurisprudenza bisogna dire che questa non avviene, tendenzialmente, neppure all'interno del sistema civilistico: l'approccio casistico, tipico dei* prudentes*, fa sì che i problemi vengano tendenzialmente ripresentati all'interno delle singole figure obbligatorie. Le connessioni e le uniformità sono, più spesso, colte dall'interprete moderno che esplicitate dal giurista antico*».

dalla mutazione delle convinzioni giuridiche, culturali e sociali[36]. Secondo l'impostazione dottrinaria richiamata, che non si ritiene di condividere, la struttura del rapporto obbligatorio sarebbe sostanzialmente di tipo unitario e, pertanto, nessun altro obbligo potrebbe rinvenirsi al di fuori di quello relativo alla prestazione dedotta, giacché tutt'al più, in ultima analisi, tutti gli obblighi connessi sarebbero riconducibili all'interno della prestazione principale[37].

Corollario di tale ragionamento sarebbe che tutto ciò che non possa essere ricondotto nella prestazione, dovrà essere considerato come estraneo all'obbligazione e al contratto. In tal senso, per lungo tempo, l'indiscusso referente per la tutela di un danno causato alla persona o ai suoi beni, seppur occorso in vigenza di un rapporto obbligatorio a causa del comportamento di una delle parti, è stata la disciplina dell'illecito civile[38].

Al fine di poter valutare l'esistenza di obblighi ulteriori, da porsi accanto all'obbligo principale di prestazione, sarebbe, innanzitutto, necessario sottoporre a vaglio la tesi che la prestazione esaurisca tutto il contenuto dell'obbligazione. Detto diversamente, ove l'esecuzione della prestazione *sic et simpliciter* esaurisse l'obbligo in capo al debitore senza che a questi possa

---

(36) Concordi in questo senso appaiono gli Autori sopra richiamati alla nota 32, che sottolineano come il concetto di obbligazione non possa essere scisso dalla realtà giuridica, e non solo, nella quale si trova ad essere calato. Nello stesso senso, seppur in una prospettiva leggermente difforme, cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 4 alla nota n.6 il quale rileva come «*la sostanziale corrispondenza della nozione moderna di obbligazione con quella già elaborata dai giuristi romani non deve far dimenticare il diverso contesto socio-economico in cui l'obbligazione oggi si inserisce, e i diversi principi generali che ne informano la regolamentazione*». In tal senso cfr. anche PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 551, laddove si afferma come: «*occorre preliminarmente escludere che il diritto delle obbligazioni, che pur resta il settore più impegnativo per tecnicismo e profondità di speculazione, sia astorico e avalutativo. Una pur sommaria indagine storico-comparativa consentirebbe di puntualizzare che, nonostante il formale mantenimento degli istituti classici, essi, sia per la mutata struttura dei rapporti economici di base sia per una diversa ideologia dell'ordinamento giuridico, hanno mutato radicalmente funzione.*».

(37) BIANCA, *Diritto Civile*, 93 e ss.; in particolare alla nota 47, l'Autore, pur riconoscendo come l'interesse *alla prestazione* sia distinto rispetto a quello *di protezione*, afferma, poi, come si possa «*dubitare della legittimità di questa operazione concettuale che astrae l'interesse alla protezione come distinto da quello alla prestazione.*» Prosegue, poi, l'Autore affermando che «*la prestazione comprende ciò che è dovuto dal debitore, ed è semplice osservare che il momento prudente è implicito nella prestazione già alla stregua del comune intendimento*». Sulle implicazioni di una tale affermazione si tornerà nel prosieguo del presente lavoro; in particolare, si veda il cap. 3 della prima parte.

(38) Si veda LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 5 e *ss.* e i riferimenti bibliografici nelle note *ivi* contenute; si rimanda sul punto anche al par. 3.3 del presente lavoro.

essere addebitata alcuna altra responsabilità, allora verrebbe ad esser confermata la tesi secondo la quale non potrebbe parlarsi di ulteriori obblighi insorti all'interno del medesimo rapporto obbligatorio; in una prospettiva analoga, nel suo punto d'arrivo, dovrebbe, eventualmente, considerarsi la possibilità che determinati obblighi (come quelli di protezione) possano insorgere accanto ed in prossimità del rapporto obbligatorio in un contesto, comunque, riconducibile all'obbligo di prestazione stesso[39].

In una tale ottica di indagine, dovranno tenersi presente anche le caratteristiche della responsabilità contrattuale, al fine di poter delineare i limiti del rapporto obbligatorio costituendone quelli, per così dire, i naturali risvolti sotto il profilo patologico[40].

---

(39) In tal senso sono le ricostruzioni di quegli Autori (tra i quali si segnalano MAJELLO, NATOLI, BIANCA, BIGLIAZZI GERI) che ricostruiscono gli obblighi di protezione quali obblighi strumentali alla prestazione o fondati sulla diligenza *ex* art. 1176 c.c.; sul punto si rinvia ai successivi paragrafi 3.1 e 3.2.

(40) Una considerazione analoga fu oggetto di attenta e puntuale riflessione da parte di H. STAUB in Germania agli inizi del secolo scorso nella sua opera *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festscher F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902 (la versione consultata ai fini del presente lavoro è quella in forma monografica, tradotta ad opera di VARANESE e pubblicata nel 2001 per i tipi delle Edizioni Scientifiche Italiane con il titolo *Le violazioni positive del contratto*). La teorizzazione effettuata dallo studioso tedesco ebbe, quale suo fattore propulsivo, la particolare configurazione e strutturazione della normativa relativa all'inadempimento dell'obbligazione previste nel BGB. All'epoca della riflessione condotta da STAUB, che ebbe il pregio di condizionare, in un senso o nell'altro, tutto il pensiero giuridico tedesco successivo in merito alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione, due risultavano essere le categorie contemplate di inadempimento: la prima coincidente con l'impossibilità della prestazione e la seconda consistente nel ritardo dell'esecuzione della prestazione.

Il sistema tedesco, infatti, non prevedeva una statuizione di portata generale sull'inadempimento dell'obbligazione analoga a quella rinvenibile all'art. 1218 del nostro codice civile. Sulla base di quel sistema, dunque, era sufficiente che il debitore adempisse (indipendentemente dal *come*) e senza ritardo per far sì che lo stesso andasse esente da qualsiasi responsabilità (contrattuale) in merito al suo operato (si veda MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 373). Apparve evidente a STAUB come, specie avuto riguardo al punto di vista proprio del creditore, ciò che realmente interessava fosse, soprattutto, che il debitore avesse eseguito *correttamente* la propria prestazione. Si sottolineò come un generico adempimento, dunque, in realtà non potesse considerarsi di per sé sufficiente ma dovesse darsi luogo ad un adempimento qualificato e idoneo a soddisfare, realmente, la pretesa creditoria. Da una tale constatazione il giurista tedesco giunse a teorizzare le *Positive Vertragsverletzung* le c.d. *violazioni positive del contratto*, al fine di estendere (oltre il ritardo e l'impossibilità) il novero dei comportamenti del debitore in grado di attivare la responsabilità contrattuale dello stesso. Il risvolto di una tale teorizzazione fu quello di ingenerare, alla luce di un rapporto obbligatorio così concepito, un ampliamento della responsabilità contrattuale e, dunque, anche dell'ambito di operatività del rapporto obbligatorio. Dalla riflessione di STAUB si introdusse, dunque, seppur dapprima solo per via dottrinaria, l'idea che fosse necessario un adempimento *esatto* all'interno del rapporto obbligatorio, quale adempimento da effettuarsi per non incorrere in responsabilità contrattuale. Teorizzare un esatto adempimento comporta, implicitamente, analizzare quali

1.3 Complessità strutturale del fenomeno obbligatorio.

Volendo superare l'approccio tradizionalista che vuole il rapporto obbligatorio come unitario e attinente, unicamente, alla prestazione dovrà prendersi le mosse, innanzitutto, da una breve analisi di come detto rapporto sia stato delineato, sotto il profilo strutturale, nel codice civile del 1942 e, successivamente, riconfigurato alla luce dei principi e delle norme di derivazione costituzionale.

Appare evidente che, ove, si dovesse appurare che il rapporto obbligatorio si esaurisse esclusivamente nella prestazione dedotta, non vi sarebbe spazio per poter configurare ulteriori categorie di obblighi autonomi come quelli di protezione.

Orbene, si premette sin da subito che ci si ripropone di giungere ad affermare senz'altro la complessità strutturale dell'obbligazione, in antitesi rispetto all'impostazione richiamata[41] e, dunque, di sostenere la configurabilità degli obblighi di protezione nascenti dall'azione congiunta delle clausole generali di buona fede e correttezza, basandosi, innanzitutto, su una analisi delle norme del codice civile[42] rilevanti.

Prima di procedere oltre, una premessa risulta d'obbligo.

La teorizzazione, degli obblighi di protezione in Italia pare essere stata influenzata dalla genesi che gli stessi hanno avuto in Germania[43].

---

adempimenti siano da ritenersi inesatti e come tali forieri di responsabilità per il debitore e, dunque, giungere ad identificare l'area di vigenza del fenomeno obbligatorio.

(41) Cfr. quanto riportato nel precedente paragrafo.

(42) Si avrà modo di illustrare nel prosieguo del presente capitolo come le clausole generali di buona fede e correttezza risultino plasmate anche da un apporto di matrice costituzionale.

(43) Senza alcuna pretesa di esaustività sul tema, può sintetizzarsi come sulla base di quanto ricostruito nei primi anni del '900 da STAUB, alcuni anni dopo, sempre in Germania, la teoria delle *positive vertragsverletzung* venne impiegata da STOLL nella sua opera *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. Pr.* 136, 1938, come punto di partenza per eseguire un ulteriore passo avanti verso una concezione moderna e complessa del rapporto obbligatorio. Lo studioso tedesco colse come il rapporto obbligatorio dovesse essere considerato complesso notando come all'interno di questo emergessero due distinte tipologie di interessi in capo alle parti: da un lato vi era il tradizionale interesse alla prestazione dedotta nell'obbligazione del creditore (*Leistungspflichten*) ma, dall'altro, v'era anche l'interesse, comune ad entrambe le parti, a non subire pregiudizio alcuno alla propria persona o al proprio patrimonio (*Schutzpflichten*). Tale ultimo termine era stato già impiegato, così come riportato da MENGONI (cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* Milano, 1953 368, alla nota 11), da KRESS in *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrects*, München, 1925, 5. STOLL, dunque, ebbe il merito di spostare l'attenzione della

La differenza di fondo tra le due esperienze giuridiche che ha portato alla nascita di una tale categoria nel contesto tedesco, piuttosto che in Italia, può essere, semplificando, riassunta nei seguenti termini: le disposizioni contenute agli artt. 1218 e 2043 del nostro codice civile sono dotate di una formula così ampia, nel prevedere ipotesi di inadempimento e di responsabilità da illecito civile, da impedire che nel nostro ordinamento si presentino quei vuoti di tutela che si sono, invece, palesati nell'esperienza tedesca[44]. Degli obblighi di

riflessione sulle differenti tipologie di interessi coinvolti all'interno del rapporto obbligatorio. Appariva evidente, infatti, come il contatto ingeneratosi fra le parti al momento dell'insorgenza di un rapporto obbligatorio e della successiva esecuzione della stessa, fosse un'occasione che, alla luce della vicinanza fra le sfere giuridiche delle stesse parti, potesse dar luogo a lesioni dell'integrità fisica o patrimoniale dei soggetti coinvolti nel rapporto. Vennero enucleate, dunque, due distinte categorie: quella degli obblighi di prestazione, la cui portata risultava da commisurarsi sulla base del contenuto della prestazione dedotta all'interno dell'obbligazione, e quella degli obblighi di protezione, il cui contenuto doveva essere, di volta in volta, declinato sulla base del principio di buona fede, previsto all'interno del § 242 del BGB, a seconda del tipo di tutela da apprestare (concretamente) alle parti. Alla luce della riflessione di STOLL appare affermarsi, con ancora maggiore sicurezza e fondatezza, all'interno della dottrina e anche della giurisprudenza tedesca, una concezione complessa del fenomeno obbligatorio. La tradizionale equazione tra obbligazione e prestazione si ritrovò a cedere, sempre più, il posto ad una concezione teorizzante, accanto all'obbligo di prestazione, altri obblighi atti ad evitare che nell'esecuzione della prestazione potessero darsi luogo a delle lesioni dello *status quo*. Tali obblighi di protezione risulterebbero, dunque, posti a tutela dei beni della vita, dell'integrità fisica e della proprietà. Sostanzialmente, si tratterebbe di ricondurre quegli interessi e beni giuridici usualmente posti all'interno del perimetro di tutela proprio della responsabilità extracontrattuale, nell'alveo della responsabilità contrattuale con ciò ampliando in maniera non trascurabile l'ambito di dominio dell'obbligazione e della connessa tutela. In questo caso, vale la pena di sottolineare come l'estensione della tutela avvenga nelle due direzioni: detti obblighi di protezione, infatti, vengono posti a tutela sia del creditore che del debitore, a differenza dell'obbligo di prestazione che grava solo sul debitore. Ed è, fra l'altro, proprio tale aspetto di strutturale difformità tra le due tipologie di obblighi che sembra sottolineare l'autonomia degli obblighi posti a tutela delle sfere giuridiche delle parti, rispetto a quello insorgente dalla prestazione. Proprio per la diversa natura dei beni tutelati e dei soggetti destinatari di detta tutela sembra non potersi affermare alcun rapporto di strumentalità o subordinazione degli obblighi di protezione rispetto a quelli di prestazione. L'azionabilità della tutela offerta da tali obblighi, pertanto, sarebbe del tutto indipendente dalle sorti della prestazione. Su tali aspetti, con riguardo al nostro ordinamento, si avrà modo di tornare nella prima parte del presente lavoro.

In ogni caso, per le superiori considerazioni e per una ricostruzione dell'esperienza tedesca si rinvia a VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi*, cit., 11 ss. e 53 ss. e a CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 128 ss.

(44) MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 3, 508, chiarisce che «*proprio nei tre punti cruciali del diritto delle obbligazioni, in cui si sono rivelate le deficienze più gravi del codice germanico, cioè la responsabilità per inadempimento, la garanzia per i vizi nella vendita e la responsabilità per fatto illecito, la disciplina del codice del 1942, sebbene, come tutte le cose di questo mondo, non raggiunga la perfezione, è di gran lunga più felice*»; andando oltre, l'Autore osserva, poco dopo, come: «*il codice germanico, opportunamente non imitato dal nostro contiene una definizione del rapporto obbligatorio che rovescia l'impostazione delle definizione romane, essendo imperniata sul lato attivo, piuttosto che sul lato passivo, ma ne conserva la concezione dell'obbligazione come rapporto elementare, limitato alla prestazione dovuta dal debitore ed alla quale il creditore ha diritto*».

protezione, dunque, nel nostro sistema giuridico non si è avvertita quell'urgenza che, invece, si è riscontrata nell'esperienza tedesca.

Pertanto, diverso è stato il percorso che ha portato all'affermazione ed al consolidamento di detta categoria nel panorama giuridico italiano; ma, e tale aspetto è bene sottolineare con vigore, mancanza di urgenza e diversità di fondamento non si traducono certo in una minore fondatezza della categoria in esame[45].

Come più sopra accennato, per poter parlare di obblighi di protezione, nell'accezione che qui interessa, è necessario poter teorizzare una struttura complessa dell'obbligazione.

Semplificando, possiamo dire che con l'accezione di struttura complessa si intenda far riferimento all'idea che il contenuto dell'obbligazione risulti essere maggiore di quello dato dalla sola prestazione.

Sostenere la tesi della complessità strutturale dell'obbligazione significa, dunque, far venir meno l'equazione sussistente, tradizionalmente, tra obbligazione e prestazione.

La direzione da seguire, per procedere in questa senso ed indagare sulla composizione strutturale del fenomeno obbligatorio, è tenere conto della disciplina relativa agli obblighi di buona fede e correttezza[46] delineata all'interno del codice civile.

Vale la pena di ricordare, prima di procedere oltre, come in particolare, la norma di cui all'art. 1175 sia stata introdotta, unitamente a disposizioni come, ad esempio, gli artt. 1337, 1366, 1358, 1460, con il codice del 1942, mancando in quello del 1865 disposizioni analoghe. Ed infatti, unica norma generale di riferimento rispetto alla buona fede, nel codice del 1865, era l'art.

---

(45) MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 512 rileva come «*nel nostro ordinamento la teoria degli obblighi di protezione non ha la funzione politica di correggere o compensare deficienze della disciplina dell'illecito civile, e perciò non lega le sue sorti agli sviluppi di tale disciplina. Essa ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che configurano il rapporto obbligatorio come un rapporto complesso il cui scopo di tutela comprende, oltre all'interesse di prestazione definito dall'art. 1174, anche l'interesse di protezione preso in considerazione dalla norma successiva*».

(46) In tal senso cfr. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 508: «*e anche per quanto riguarda la struttura del rapporto obbligatorio noi disponiamo di due norme-base, l'art. 1175 e l'art. 1337, ispirate ad una concezione più moderna di quella sottesa alla definizione del § 241*».

1124 nel quale era dato rinvenire che «*i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano*»[47]. Prima del 1942, mancavano, dunque, chiari elementi normativi che portassero ad affermare che nel nostro ordinamento potesse attestarsi la vigenza di una regola generale di buona fede e correttezza[48]. Muovendo, innanzitutto da un raffronto tra la norma di cui all'art. 1175 e quella relativa alla buona fede nel codice abrogato, una differenza che appare da una prima lettura è quella della diversa collocazione sistematica delle due previsioni: mentre l'art. 1175 costituisce norma da riferirsi, chiaramente, a tutte le obbligazioni quale che ne fosse la fonte, l'art. 1124 era riferibile, nella sua accezione letterale[49], esclusivamente ai contratti ed in questo assimilabile alla disposizione di cui all'art. 1375.

Può affermarsi, in una primissima valutazione, che la disposizione di cui all'art. 1175 comporti, innanzitutto, che, nel nostro attuale sistema giuridico, ogni obbligazione debba essere adempiuta nel rispetto delle norme relative alla correttezza.

Sarà, pertanto, necessario procedere ad una analisi delle norme relative alle clausole generali di correttezza e buona fede per approfondire, concretamente, l'idoneità a fondare una concezione complessa dell'obbligazione e, parimenti, la fondatezza della categoria degli obblighi di protezione[50].

---

(47) Il contenuto dell'attuale art. 1175 c.c. dispone invece, come noto, che «*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza [in relazione ai principi della solidarietà corporativa]*».

(48) In tale senso si veda BESSONE e D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988, 3.

(49) Anche se, già all'epoca, di fatto, del disposto di cui all'art. 1124 veniva data interpretazione estensiva; si rinvia sul punto al paragrafo successivo.

(50) Le ragioni alla base della scelta, all'interno del presente lavoro, della terminologia *obblighi di protezione* rispetto ad altre impiegate in dottrina, come ad es. *doveri di protezione*, risulta coerente con la tesi, qui condivisa, che sostiene come sia il sistema determinato dalle clausole di buona fede e correttezza a far sorgere dei veri e propri obblighi di protezione, la cui violazione importi responsabilità contrattuale. Si premette, infatti, l'esistenza di un rapporto obbligatorio complesso, nel cui ambito si determini l'insorgenza di tali obblighi ulteriori. Se ne sostiene, dunque, la totale natura di obblighi con le conseguenze tipiche di questa categoria in termini di relatività e regime e, invece, si nega la qualificazione agli stessi di *doveri* che mal si adatterebbe alle caratteristiche degli stessi. Si veda, a tal riguardo, MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369 e ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 1956, 361 ss.

1.4 La clausola generale di correttezza: questioni preliminari.

Il codice civile del 1942, ed ancor più, nel corso degli anni successivi, la Carta Costituzionale[51] hanno modificato *qualitativamente e strutturalmente* l'assetto del fenomeno obbligatorio nel nostro ordinamento[52].

Il rapporto obbligatorio ha mutato la sua prospettiva d'elezione; da rapporto incentrato quasi esclusivamente sulla figura del debitore e sulla prestazione da questi dovuta, si è addivenuti ad una concezione più moderna nella quale, al posto di una visione *univoca*[53] del rapporto obbligatorio, si impone una dimensione *cooperativa* che postula una collaborazione volta all'esecuzione del rapporto obbligatorio tra il creditore e il debitore[54].

Un primo contributo sul tema[55] della complessità del rapporto obbligatorio può rinvenirsi già nel 1947, con l'affermazione di come, all'interno del rapporto obbligatorio, dovesse individuarsi una dimensione cooperativa atta a ricondurre anche in capo al creditore degli obblighi, idonei a dilatare oltre la prestazione il contenuto del rapporto obbligatorio[56]. Gli esempi che

---

(51) Deliberazione dell'Assemblea Costituente del 22 dicembre 1947.

(52) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 36 sottolinea come il codice del 1942 abbia segnato un vero e proprio processo di evoluzione del fenomeno obbligatorio; a pagina 39, l'Autore aggiunge come «*è significativo altresì che l'attuale codice abbia avvertito il bisogno di dettare una serie di disposizioni «generalissime» (le c.d. disposizioni preliminari contenute negli artt. 1173, 1174 e 1175) che «si vantano» di delineare struttura e contenuto dell'obbligazione*».

(53) In forza della quale, come sopra già ricordato, il rapporto obbligatorio si esaurirebbe nell'obbligo di prestazione che sorge in capo al debitore.

(54) Per tutti, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, *I Prolegomeni*, Milano, 1953, 64 e ss. Fu proprio BETTI, in questa sua opera, ad offrire un primo inquadramento sistematico ed una differenziazione dei principi di buona fede e correttezza, in funzione genetica anche degli obblighi di protezione; alla luce delle esperienze teoriche maturate in Germania relativamente a tali categorie: «*i giuristi a suo tempo distinsero dall'obbligo della prestazione tutti quegli altri obblighi strumentali, complementari ed accessori a questo, i quali sono ispirati alla finalità di adempiere l'aspettativa del credito; da questi obblighi di carattere positivo, richiedenti un comportamento di cooperazione* […], *distinsero altri obblighi, che si possono caratterizzare come obblighi protettivi che si sostanziano nell'astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica, nel comportarsi cioè secondo un criterio di correttezza, in modo da evitare alla controparte un danno, o per lo meno un danno maggiore di quello che risulta dalla situazione data*».

(55) Ma si veda anche la successiva nota n. 80.

(56) FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 50 ss.; *ivi* l'Autore rileva come «l'*esperienza giuridica mostra però ipotesi sempre più complesse di interferenze tra posizioni soggettive e impone di rettificare l'idea tradizionale, alquanto semplicistica e astratta, che dalla antitesi tra lato attivo e lato passivo dei rapporti ci si voleva formare*». Ed ancora, alla pag. 52, si afferma: «*qui ci preme rilevare come il vincolo del creditore rispetto all'attività di cooperazione non sia isolato, ma si innesti in un sistema di doveri che*

l'Autore individua nel corso della propria opera, relativi a tale profilo, sembrano tutti riconducibili, in prima approssimazione, alle clausole di buona fede e correttezza[57].

Ed ancora, allorquando, ci si trova ad affrontare le conseguenze, in termine di responsabilità, della violazione di detti obblighi si rileva come, in tali circostanze, debba applicarsi il regime di responsabilità contrattuale[58].

Anche in accordo con quanto appena rilevato, si ritiene che, nel tema relativo alla complessità del fenomeno obbligatorio, un ruolo fondamentale debba sicuramente attribuirsi alla disposizione di cui all'art. 1175 del codice civile[59].

Nello stabilire che il debitore e il creditore debbano comportarsi secondo le regole della correttezza, questa disposizione apre, *letteralmente*, una dimensione ulteriore, all'interno del rapporto obbligatorio, per lasciar spazio

---

gravano su di esso, in quanto destinatario della prestazione, e che egli risulti vincolato in forza di un rapporto obbligatorio corrispettivo».

(57) FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., 53 afferma «*i menzionati obblighi rappresentano la specificazione del più generale dovere che la legge impone al titolare di ogni diritto soggettivo, a qualunque categoria questo appartenga, di non oltrepassare i confini delle facoltà accordate dall'ordine giuridico, aumentando l'aggravio del soggetto passivo*».

(58) FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., 77 osserva come «*l'obbligo generale di non ledere si specifica nell'obbligo particolare di effettuare una determinata attività, onde por termine alla ingerenza ed evitare la lesione che il permanere di essa determinerebbe. L'omissione di tale attività viola l'obbligo generale attraverso la violazione di quell'obbligo speciale, che insiste in un rapporto determinato, corrente tra il soggetto che ha effettuato l'ingerenza ed il soggetto che l'ingerenza altrui subisce. La responsabilità che ne discende, giusta il criterio discriminatore adottato dalla più recente dottrina in tema di illecito, va definito dunque come contrattuale, e contrattuale è di conseguenza la responsabilità che viene a gravare sul creditore nel caso di inadempimento dell'obbligo di cooperare. Un obbligo, dunque, ed una responsabilità che gravano sul creditore nella sua qualità, e solo nella sua qualità, di creditore*». Ed ancora, alla pagina 79, l'Autore sottolinea come «*per garantire il giusto equilibrio tra l'interesse di cui i contrapposti soggetti sono portatori, l'ordine giuridico infatti crea, come mezzo generale di tutela reciproca, un sistema di rapporti complementari, l'uno fondamentale l'altro accessorio. Il primo concernente l'attività necessaria a realizzare l'interesse principale del titolare del diritto; il secondo concernente l'attività necessaria a preservare l'interesse secondario del titolare dell'obbligo. Dalla coordinazione e dall'intreccio di questi due complementari rapporti, in cui ciascuna delle parti ricopre, di volta in volta, la posizione di soggetto attivo e di soggetto passivo, entrambi gli interessi vengono ad essere garantiti nella loro possibilità di soddisfacimento*».

(59) Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 93: «*il principio secondo cui debitore e creditore debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175) è un principio-cardine (della normativa) dell'obbligazione. Esso è l'espressione di un intervento dell'ordinamento diretto ad inserire la prestazione* telle quelle *nel più ampio contesto di valori normativi, interno ed esterni, al rapporto obbligatorio, che si arricchisce di nuovi contenuti per effetto del richiamo al principio di buona fede o correttezza*». Nello stesso senso, cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di Protezione*, cit., § 3.3, 3.

alla correttezza di penetrare e di influenzare, con i suoi contenuti, il rapporto instauratosi o in procinto di essere instaurato.

Da tale clausola generale emerge, e tale aspetto vanta una portata fondamentale, come la correttezza sia da riferirsi tanto al debitore quanto al creditore, con ciò sottolineando quella dimensione collaborativa e solidaristica[60] che dovrà caratterizzare il rapporto obbligatorio, in ogni sua ricostruzione coerente con l'attuale ordinamento positivo[61].

E purtuttavia, è necessario confrontarsi con la circostanza che la portata della disposizione di cui all'art. 1175, nel senso appena illustrato, abbia riscontrato in dottrina tutt'altro che interpretazioni unanimi e concordanti.

Una prima obiezione mette in discussione l'affermazione compiuta poc'anzi in base alla quale la correttezza, nel suo ruolo di clausola generale, accederebbe al rapporto obbligatorio, incrementandone la portata e qualificandone il contenuto, esplicando una funzione integrativa del vincolo instauratosi tra creditore e debitore.

Tale *vis* integrativa è stata, infatti, messa in dubbio sulla base di una particolare, e non condividibile, interpretazione[62] del dato normativo

---

(60) Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo del presente capitolo.

(61) CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 710; a tal proposito l'Autore afferma come «*in tale significato il criterio della correttezza è stato considerato come il mezzo più idoneo ad una rivalutazione delle posizioni dei due soggetti del rapporto. Si è, così, riconosciuto che la nascita dell'obbligazione, qualunque sia la sua fonte, stabilisce fra le parti una relazione particolare che offre loro la possibilità di specifiche ingerenze e postula, pertanto, un rapporto di reciproco affidamento; da ciò l'esigenza di sottoporre le parti ad una serie di obblighi giuridici «di cornice» e da ciò una ulteriore conferma della insufficienza della concezione dell'obbligazione come rapporto semplice*».

(62) Cfr. sul punto MAJELLO, *Custodia e deposito*, 1958, 47 e ss. Nello stesso senso, CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, 75 ss., il quale, criticando il ruolo integrativo della buona fede e della correttezza e la loro idoneità a fondare obblighi di protezione, rileva che «*la formula, per quanto fortunata, ha subìto non poche critiche: intanto perché nell'art. 1374 c.c. non trova riscontro testuale, dato che tra le fonti di integrazione del contratto sono specificamente indicati, la legge, gli usi e l'equità ma non anche la buona fede. In secondo luogo si fa osservare che la necessità, da parte del debitore, di porre in essere tutti quegli atti che giovino a non vanificare la realizzazione dell'interesse del creditore e di tenere comunque un contegno coerente con l'impegno assunto, non postula necessariamente il riferimento al principio di buona fede; questa necessità era infatti riconosciuta nel nostro sistema ancora prima che la dottrina ne offrisse quella diversa spiegazione: la ragione giustificativa di tali doveri strumentali era (e potrebbe ancora essere) indicata nel principio logico di non contraddizione*». Dei due profili contenuti nell'affermazione dell'Autore appena riportata si desidera osservare come rispetto al secondo (del primo ci si occuperà nel corso delle prossime pagine), il problema posto in questi termini non sembri risolvere, almeno, due questioni fondamentali legate al tema. La prima, in particolare, legata alla circostanza che l'identificazione di quali siano tutti gli atti dovuti, di quale sia l'estensione dell'interesse del creditore, di quale sia il contegno

contenuto nell'art. 1374 c.c. [63]. Ed infatti, la disposizione indicata conterebbe una elencazione tassativa che, di per ciò solo, postulerebbe l'esclusione della correttezza di cui all'art. 1175 (e la buona fede) dagli strumenti atti ad integrare il contratto, non essendo esplicitamente prevista la correttezza (né la buona fede) tra gli *strumenti* di integrazione previsti.

Pare, che tale affermazione non sia in grado di persuadere sino in fondo.

Il concetto di tassatività, infatti, esprime una qualità riconducibile ad una determinata previsione normativa, dalla quale deriva che le ipotesi ivi contenute non possano essere suscettibili di interpretazione estensiva o analogica, potendosi procedere ad un ampliamento di dette ipotesi solo attraverso una norma di legge.

Si tratta, dunque, di un limite per l'interprete e non per il legislatore.

Tassatività significa, dunque, rispetto alla disposizione *de qua*, che solo *le disposizioni di legge*, *gli usi e l'equità* possano costituire strumenti di integrazione del contratto. Ma è grazie alla particolare formulazione di detta disposizione che si comprende come sia «*aperta la possibilità di individuare altre norme di legge, contenenti ulteriori indicazioni relative all'integrazione*»[64]. Pertanto, proprio sulla base della lettera della norma in esame, sarà possibile ricorrere a tutti «*quei concetti legislativi che l'interprete ritiene funzionalmente*

---

coerente nonché di quale sia l'impegno assunto, siano tutti aspetti variabili, nella loro concreta estensione, sulla base di quello che si ritenga essere il fondamento degli stessi. Escludere la buona fede e correttezza della loro capacità integrativa in questa direzione, oltre a non sembrare coerente con il sistema delineatosi a partire dal codice del 1942, restringerebbe illegittimamente la portata dei comportamenti e degli obblighi al quale il debitore, e specularmente il creditore, sarebbero tenuti. Inoltre, e il rilievo non pare di secondaria importanza, un tale approccio non sembra essere in grado di dare conto dell'introduzione di tutte quelle norme relative alla buona fede e correttezza, fornendo una interpretazione del fenomeno obbligatorio analoga a quella che potrebbe ipotizzarsi in assenza di tali disposizioni; nei fatti, dunque, si darebbe vita ad una interpretazione abrogatrice di tali norme che si ritiene urti fortemente con norme e principi vigenti in materia.

(63) A mente del quale «*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*».

(64) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 118. Per questa e le prossime riflessioni, è fondamentale il contributo cristallino fornito dall'opera dell'Autore, che ha il grande merito di aver puntualmente invalidato le critiche sul ruolo e sulla portata dell'art. 1175, spesso infondate e non condivisibili, alla luce dell'assetto assunto dal nostro ordinamento giuridico.

preordinati alla integrazione del contratto»[65] purché siano previsti dalla legge[66]. La correttezza e la buona fede, proprio perché previste dalla legge, dovrebbero essere ricomprese all'interno di quei *concetti* astrattamente idonei ad integrare il contratto. A ragionar diversamente, si finirebbe per snaturare la portata della disposizione di cui all'art. 1374 c.c., o giungere alla improbabile conclusione che le disposizioni relative alla buona fede ed alla correttezza non siano norme giuridiche.

Inoltre, deve ricordarsi come nel codice del 1942 gli artt. 1374 e 1375 costituiscano differenziata estrinsecazione del precetto contenuto nell'art. 1124 del vecchio codice; ed una tale differenziazione formale starebbe a significare[67] che la buona fede, e con essa la correttezza, non potrebbero esser considerati strumenti idonei ad integrare il contratto, poiché posti su un piano funzionalmente e sostanzialmente distinto dalla legge, dagli usi e dall'equità. Il ragionamento può essere semplificato in questi termini: se il legislatore avesse voluto che la buona fede potesse esplicare una funzione integrativa, al momento dello *smembramento* dell'art. 1124 c.a., la avrebbe inserita direttamente nel novero delle c.d. fonti integrative.

È stato anche rilevato[68], però, in posizione antitetica rispetto alla tesi appena riportata, come, in realtà, le norme di cui agli artt. 1374 e 1375 si integrino fra di loro e come, d'altro canto, analizzando il contenuto dell'art. 1124 del vecchio codice, lo stesso contenesse già due distinte previsioni normative: la prima relativa al fatto che «*i contratti debbono essere eseguiti secondo buona fede*», la seconda in base alla quale gli stessi contratti «*obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che*

---

(65) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 118.

(66) Ed ancora cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 165 allorquando, in merito alla disposizione di cui all'art. 1374, si afferma come «*tale articolo contiene una indicazione massimamente comprensiva, quella relativa alla legge, la quale ovviamente consente di far capo a qualsiasi strumento legislativo a cui sia stata attribuita una funzione integratrice. Ora non è possibile dubitare che questo sia proprio il caso della correttezza a meno di non restare prigionieri del pregiudizio di non considerare le norme che contemplano tale clausola come disposizioni di legge*»; si veda anche la successiva nota n. 68.

(67) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Trattato Cicu-Messineo, IV, Milano, 1984, 26 e *ss*.

(68) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, 230 e, altresì, GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile tenute nell'anno accademico 1955-1956*, raccolte a cura di BIANCA, Varese, 1956, 176.

secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano». Appare, dunque, come non possano ritenersi sussistenti ragioni di ordine letterale e sistematico contrarie alla qualificazione delle clausole generali di buona fede e correttezza come idonee ad integrare il contratto e in grado creare obblighi ulteriori rispetto a quelli dedotti nel rapporto contrattuale, alla luce di una corretta interpretazione del disposto dell'art. 1374 c.c.[69]. Sgomberato il campo da una prima obiezione, pare utile, in questa fase, seguire un percorso già attentamente tracciato[70], al fine di prendere criticamente posizione rispetto alla tesi secondo la quale l'abolizione del regime corporativo avrebbe causato l'implicita abrogazione dell'art. 1175 del codice civile[71]. In particolare,

---

(69) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 175 e ss.; ed ancora cfr. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 205 ss. e note 2 e 3 *ivi* contenute, dove, a proposito della buona fede, che nella sua accezione oggettiva è sovrapponibile, nella ricostruzione proposta dall'Autore, alla nozione di correttezza, si afferma come «*pur se riferita al momento esecutivo la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto. La tesi secondo la quale la buona fede non integrerebbe il rapporto ma varrebbe solo a correggere il rigoroso giudizio di formale conformità del comportamento della legge, non può essere condivisa. Anche se applicata nella fase dell'attuazione del contratto, la buona fede è pur sempre una regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto*». In particolare, nel passaggio riportato, l'Autore prende posizione sull'opposta tesi sostenuta da NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 26 ss., secondo il quale «*le considerazioni che precedono mettono sostanzialmente in evidenza l'inutilità dello sforzo costruttivo tendente a giustificare una funzione integrativa delle regole della correttezza e della buona fede*»; ed ancora «*il codice vigente riserva, però, ai due principi due disposizioni diverse – gli artt. 1374 e 1375 – distinguendo nettamente il momento dell'integrazione da quello dell'esecuzione del contratto*». In senso conforme all'impostazione di NATOLI, cfr. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, *Sezione civile,* I, 1988, 171 ss. Si veda, sul punto, un più recente orientamento che, pur non del tutto condivisibile nel suo dipanarsi, pare approdare a risultati interessanti: CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto,* Milano, 2008, 658, il quale pur non condividendo il ragionamento svolto nel testo rileva come «*alla tesi ermeneutica secondo la quale la buona fede, essendo prevista da un'espressa norma di legge (art. 1375), opererebbe sul piano della legge* ex *art. 1374, con prevalenza rispetto alle altre fonti sussidiarie (usi ed equità), è agevole replicare, per un verso, che non appare sistematicamente corretto omogeneizzare le modalità applicative di fonti determinate rispetto ad una clausola indeterminata; per altro assorbente profilo che l'obbligo di adattamento dei comportamenti esecutivi al dovere di solidarietà permea trasversalmente l'insieme delle previsione pattizie, sia di quelle convenzionali che quelle poste dalle fonti integrative, comprese quelle sussidiarie. Anche gli obblighi derivanti dalla legge, usi ed equità vanno quindi eseguiti secondo buona fede. La buona fede è quindi canone generale volto ad ottimizzare, adattandoli agli interessi da perseguire, gli obblighi contrattuali ed extracontrattuali; non si pone quindi in concorrenza ma funge da strumento di ausilio rispetto alle altre fonti classiche e puntuali di integrazione*».

(70) Il riferimento è a RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 124 e ss.

(71) Con l'art. 3 del D.D.L. 14 settembre 1944, n. 287 fu, come noto, espunta dall'art. 1175 c.c. la formula «*in relazione ai principi della solidarietà corporativa*»; a tal riguardo, osserva RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca e borsa*, I, 1965, 153: che «*quando si afferma l'avvenuta abrogazione dell'art. 1175, si revocano in dubbio due dati fondamentali: si respinge , anzitutto, la tesi di chi ritiene che, nella materia qui discussa, la nuova codificazione abbia esplicitamente innovato; e si nega, in secondo luogo, la possibilità di trovare*

secondo una specifica ricostruzione[72] il fondamento di tale disposizione sarebbe stato quello di costituire il mezzo tecnico attraverso il quale integrare i rapporti obbligatori sulla base della *solidarietà corporativa*[73]. Venuto meno il riferimento alla solidarietà corporativa per effetto dell'abrogazione, quindi, secondo la ricostruzione riportata, sarebbe venuto meno il senso di questa norma. Per quanto qui interessa, basti rilevare come il punto centrale dell'art. 1175, anche nella sua precedente formulazione, debba essere individuato nell'elemento della correttezza e non in quello della corporatività, che costituiva solo il termine di paragone alla stregua del quale declinare il contenuto della clausola generale[74].

Per effetto dell'abrogazione, infatti, ciò che è variato è la *qualificazione* del contenuto della correttezza, sulla base dell'intervenuto mutamento dei valori di riferimento dell'ordinamento, da impiegarsi nella concretizzazione della stessa. Proprio perché di clausola generale trattasi, il suo contenuto sarà soggetto a mutamenti nel corso del tempo, sulla base del variare degli assetti di interessi, dei quali si fa portatore un dato ordinamento giuridico positivo[75].

Venuto meno il regime corporativo e, soprattutto, con la successiva entrata in vigore della Costituzione, il nuovo patrimonio di riferimento giuridico e sociale hanno contribuito nell'addivenire ad una nuova qualificazione del concetto di correttezza[76]. Ed inoltre, come esattamente

---

in una norma espressa il principio unificatore delle diverse norme in tema di correttezza. Sciogliere i dubbi intorno alla vigenza dell'art. 1175, allora, è necessario ai fini di stabilire quale debba essere lo stesso punto di partenza delle indagini concrete».

(72) FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, 412.

(73) L'Autore richiamato alla nota precedente, infatti, alla pag. 412, riferendosi all'art. 1175, sostiene come «*è da tener conto che tale disposizione aveva una ragion d'essere e un significato soltanto in quanto mirava ad inserire nei rapporti obbligatori il principio della solidarietà corporativa, sì che è destinata a rimanere, in questo ambito, priva di significato dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo e dell'ultima parte della disposizione*».

(74) Per un'ulteriore analisi delle ragioni che portano a respingere fermamente la tesi sull'abrogazione dell'art. 1175, si rimanda alla puntuale critica svoltane da RODOTÀ in *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 124 ss.; si veda, altresì, ID., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, cit., 156 ss.

(75) Le clausole generali, per loro ontologica attitudine sono infatti in grado di modificare la propria portata, in quantità e qualità, sulla base del mutamento del sistema giuridico e sociale all'interno del quale, in un dato momento, sono calate. L'evoluzione che le clausole di buona fede e correttezza hanno subito ne è una chiara esemplificazione. Cfr. sul punto, il successivo par. 2.3.

(76) Sul punto si richiama il contributo di MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 393, il quale afferma, alla nota 35, come il legislatore non abbia «*avuto la mano felice quando ha soppresso l'inciso finale dell'art. 1175 («…in relazione ai principi della*

rilevato, l'esigenza generale sottesa alla clausola di correttezza non è certo venuta meno con la caduta del regime corporativo[77].

Inoltre, si consideri la circostanza che l'abrogazione parziale sia, di per sé, indice di cosa il legislatore vuole che sopravviva al proprio intervento abrogativo, giacché a diversamente ragionare non si comprenderebbe come mai l'intervento di elisione non abbia riguardato il contenuto di tutta la norma nella sua interezza.

Ed anzi, andando oltre, la norma generale sulla correttezza è stata, nel tempo, uno degli strumenti preferenziali con il quale si sono potuti concretizzare, nel rapporto obbligatorio, tutti qui principi, a partire da quello solidaristico, desumibili dalle norme della nostra Costituzione[78].

Si consideri come, a tal proposito, la norma di cui all'art. 1175 e quella di cui all'art. 1375 svolgano una funzione integrativa a prescindere dalla previsione concreta delle parti nel rapporto obbligatorio imponendo[79], per così dire, una vocazione solidaristica al fenomeno obbligatorio.

Tali disposizioni permettono di identificare nell'obbligazione accanto alla fase[80] della *cooperazione* quella della *protezione*[81], con questo sottolineando come il fenomeno obbligatorio debba essere considerato complesso e vada ben oltre la sola prestazione[82].

Per procedere alla determinazione del contenuto assunto dalla correttezza, dunque, l'attività dell'interprete «*dovrà svolgersi nell'ambito segnato dalle*

---

solidarietà corporativa»). Sarebbe stato più opportuno conservare l'inciso, limitandosi a sostituire all'aggettivo "corporativa" l'aggettivo "sociale". Tuttavia, la mutilazione dell'articolo, operata dal frettoloso legislatore del 1944, può oggi essere rimediata coordinando l'art. 1175 cod. civ. con l'art. 2 della Costituzione».

(77) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del* contratto, cit., 130. Nello stesso senso DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 289 ss.

(78) Più approfonditamente, oltre, al par. 1.7.

(79) CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, cit., 711.

(80) In termini concettuali e non certo temporali.

(81) Solitamente, in dottrina, si riconduce ad ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, 359 il merito di aver rilevato per primo che «*il debitore di un'obbligazione è tenuto a tutte le obbligazioni accessorie che rappresentano il mezzo necessario per il raggiungimento dello scopo economico dell'obbligazione principale*», aggiungendo come «*le obbligazioni accessorie cui si allude devono essenzialmente comprendere l'obbligazione di curare l'incolumità della persona umana durante l'intero svolgimento del rapporto*» e di aver, quindi, evidenziato il momento protettivo accanto a quello della prestazione.

(82) CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, cit., 711.

norme positive, senza la pretesa di sostituire a queste ultime valutazioni che non hanno trovato consacrazione legislativa, ma pure senza arbitrarie discriminazioni tra le norme che concorrono a costituire l'ordinamento legislativo»[83].

L'approccio dell'interprete, in ultima analisi, dovrà essere un approccio lungimirante e sistematicamente coerente, in grado di saper declinare il contenuto delle clausole generali sulla base dei contributi che tutto il sistema di riferimento positivo può conferire, proponendosi un metodo d'indagine intellettualmente onesto, che non escluda elementi rilevanti solo perché non coerenti con le proprie costruzioni teoriche.

Argomentato, dunque, come non possano esser condivise né le teorie che sostengano l'implicita abrogazione dell'art. 1175, né quelle che postulino l'esclusione delle clausole di buona fede e correttezza dal novero degli strumenti integrativi del contratto, è possibile effettuare una prima provvisoria riflessione.

L'introduzione di una clausola generale di correttezza nel nostro ordinamento, come quella di cui all'art. 1175, unitamente alle disposizioni in tema di buona fede, ha consacrato uno spazio ulteriore all'interno del fenomeno obbligatorio, rispetto a quanto affermabile nella vigenza del precedente codice civile, anche in considerazione del regime di inadempienza proprio del rapporto obbligatorio.

Ed infatti, al fine di andare esenti dalla responsabilità di cui all'art. 1218 c.c., non sarà sufficiente, per il debitore[84], eseguire la prestazione *sic et simpliciter* ma sarà necessario, altresì, che l'esecuzione sia esatta ed improntata ai principi di buona fede e correttezza, con le conseguenze che saranno illustrate nel corso del presente lavoro.

Non solo esecuzione, dunque ma *esatta esecuzione*, secondo quanto desumibile, fra l'altro, dagli obblighi di buona fede e correttezza.

Come puntualmente affermato «*correttezza e buona fede creano dunque una esuberanza di rapporto, quale non si avrebbe se la legge si fosse limitata a rendere responsabile il debitore per l'inadempimento (artt. 1218 e 1176 c.c.) e, per ciò che*

(83) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 131.

(84) Ma tale discorso deve farsi, con gli opportuni aggiustamenti, anche per il creditore.

riguarda il contratto, non fosse andata oltre il principio pacta sunt servanda*, inteso a fondare l'efficacia del contratto in termini di pura proiezione del contenuto*»[85].

Tale ulteriore considerazione, dunque, permette di confermare la riflessione operata in apertura del presente capitolo, allorquando si è affermato che il fenomeno obbligatorio debba essere colto nel suo divenire, alla luce dei mutamenti che lo coinvolgono e dovuti al variare dell'ordinamento giuridico positivo, nel quale il rapporto obbligatorio deve essere calato per determinarne l'effettiva estrinsecazione.

L'introduzione del codice del 1942 e della Costituzione hanno ridisegnato il rapporto obbligatorio, ampliandone la portata e le funzioni, inserendo al suo interno una dimensione protettiva che, tramite le clausole generali della buona fede e della correttezza, consente di preservare le sfere giuridiche del debitore e del creditore, da qualsiasi danno derivante dal contatto occasionatosi con l'insorgenza del rapporto obbligatorio[86].

1.5 Il coordinamento sistematico tra la buona fede oggettiva e la correttezza: le problematiche sottese.

Appurato, dunque, secondo la ricostruzione sin qui proposta, come uno spazio *ulteriore e altro* rispetto alla prestazione possa rinvenirsi nella struttura dell'obbligazione, è necessario tentare di definire i contorni e le peculiarità di tale ambito, al fine di poterne comprendere le conseguenze sul piano strutturale e funzionale. Preliminarmente, dunque, sarà necessario muovere dalle clausole generali di buona fede e correttezza per confrontarle, *in primis*, fra di loro e, successivamente, nel corso della prima parte del presente lavoro, con quei concetti, quali ad esempio la diligenza e il principio espresso dal brocardo *alterum non laedere*, che spesso vengono tra di loro assimilati sino sovrapporre più o meno parzialmente le relative aree di incidenza. La

(85) Così CASTRONOVO, *Obblighi di Protezione*, cit., § 3.3, 3.
(86) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 93.

difficoltà di segnare con precisione i confini tra le diverse clausole generali e il rapporto di queste con i principi generali dell'ordinamento si è tradotta, probabilmente, anche nella difficoltà nel pervenire ad un corretto inquadramento della categoria degli obblighi di protezione[87].

Si premette come l'analisi di caratteristiche e relazioni delle suindicate clausole generali verrà condotta con riferimento alla teorica degli obblighi di protezione, e gli aspetti a questa connessi[88], tralasciando ulteriori profili che si ritengono in questa sede non rilevanti.

Muovendo, preliminarmente, dal rapporto tra la correttezza e la buona fede si segnala come il compito che ci si appresta ad affrontare risulterà non agevole in considerazione di quanto appaiano sfumati i contorni tra i due concetti.

Va evidenziato, in tal senso, come molti Autori abbiano, infatti, sottolineato la difficoltà nel riuscire a giungere ad una definizione appagante ed esaustiva della buona fede, difficoltà che ben può estendersi alla correttezza vista la contiguità dei due concetti[89].

---

(87) E' di facile intuizione come, mutando il fondamento sul quale basare la categoria degli obblighi di protezione mutino, di conseguenza, anche le caratteristiche della categoria stessa; relativamente al c.d. *problema della clausole generali*, si veda il successivo par. 2.3.

(88) E in prospettiva, visto la rilevanza delle suddette tematiche, con riferimenti alla figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

(89) BESSONE e D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1 ss. «*nel tentativo di elaborare una definizione di buona fede, data anche la non menzione della stessa nell'art. 1374 c.c., tra le fonti di integrazione del contratto, si è generata, inoltre, una diffusa convinzione circa una sorta di ineffabilità del principio*»; nello stesso senso si veda VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, 54 che alla nota 76 riporta il medesimo pensiero da parte di diversi Autori: «*sostiene* «l'impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo delle regole della correttezza e della buona fede» *U. NATOLI,* L'attuazione del rapporto obbligatorio, cit., *p. 129, il quale assume perfino che* «della buona fede non si possa dare una definizione giuridica». *Sul punto anche A. DI MAJO,* Delle obbligazioni, cit., *p. 304, per il quale sono irrisolvibili i problemi di definizione del contenuto della stessa; S. RODOTÀ,* Le fonti di integrazione del contratto, cit. *p. 189, sottolinea l'impossibilità di ridurre la buona fede e, in genere, le clausole generali, in* «concetti definiti una volta per tutte»*; G. CATTANEO,* Buona fede obiettiva e abuso del diritto, cit. *p. 618, giunge a vedere nella regola una norma in bianco; C. M. BIANCA,* Inadempimento delle obbligazioni, *in* Comm. cod. civ. *Scialoja e Branca, Art. 1218-1229, Bologna- Roma, 1980, p. 93, il quale dubita si possa stabilire* «un sicuro significato di buona fede»*; ID.*, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, cit., *p. 205 ss., ove l'Autore denuncia i fallimenti della dottrina nel tentativo di elaborare una definizione soddisfacente. In particolare questi sottolinea come* «il tentativo dottrinario di dare al precetto di buona fede il contenuto dei principi generali dell'ordinamento o dei principi costituzionali non ha d'altro canto sortito alcun tangibile risultato in quanto il precetto è rimasto una formula in bianco, non sufficientemente determinata e quindi scarsamente utilizzabile come criterio di condotta e decisione»».

Un tentativo in questa direzione si rende, tuttavia, necessario; non tanto per l'importanza di giungere ad un conclusivo risultato definitorio[90] in sé, risultato che peraltro, come si avrà modo di evidenziare nel presente lavoro, costituisce una aspirazione non sempre condivisibile[91], bensì per giungere a sottolineare le differenze, ove se ne riscontrassero, tra le due clausole generali ma, soprattutto, ed è questo l'aspetto che conta veramente, il rapporto tra queste sotto il profilo funzionale e sistematico, alla luce del contributo fondante che i richiamati concetti possono dare alla categoria degli obblighi di protezione e al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

Muovendo dal rapporto tra la disposizione di cui all'art. 1175 e quella di cui all'art. 1375 c.c., un primo[92] tentativo di distinzione è stato proposto impiegando il criterio soggettivo.

Stabilito quale ambito di rilevanza il rapporto obbligatorio, si è affermato che la norma sulla correttezza avrebbe quale suo unico referente il creditore, mentre la seconda disposizione concretizzerebbe un obbligo di comportamento a carico del solo debitore[93].

---

(90) Consci delle reali difficoltà segnalate della dottrina, così come riportate alla nota precedente. Si veda anche, sul punto, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 8 ss.

(91) In merito alla non condivisibilità del voler ridurre una clausola generale ad una definizione dommatica valevole una volta per tutte, si veda il par. 2.3.

(92) Non in senso cronologico, bensì secondo l'ordine d'analisi che qui si intende seguire.

(93) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile,* cit., 170 che nel riferirsi a quanto sostenuto da NICCOLÒ (*Adempimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 554 ss.) afferma come «*in un non meno grave equivoco è parsa, d'altra parte, cadere certa dottrina, quando nell'esaminare il fenomeno dal punto di vista dei soggetti, afferma – apparentemente fuorviata dalla lettera del § 242 BGB – che la buona fede ex art. 1375 c.c. riguarderebbe il solo debitore*». Cfr. anche RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 136, nota 49. V'è poi la posizione di chi, pur ritenendo gli obblighi derivanti dalla correttezza in astratto come riferibili ad entrambe le parti, ne afferma una maggiore cogenza in capo al creditore; in questo senso cfr. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore,* cit., 56-57 «*commette cioè una violazione dei patti contrattuali e, con ciò stesso, del comando giuridico che attribuisce forza di legge a tali patti (1372 c.c.), nonché del comando giuridico che impone indistintamente al creditore, allo stesso modo che al debitore, il dovere di «comportarsi secondo le regole della correttezza» (art. 1175 c.c.): norma questa che indubbiamente assume un significato assai più intenso per il creditore, anziché per il debitore, la cui condotta è già vincolata dall'obbligo di prestazione che su di lui grava. Il suo contegno costituisce perciò un illecito da un duplice profilo: da una parte perché contraddice all'obbligo negativo di non ostacolare l'adempimento e dall'altra perché contraddice all'obbligo positivo di cooperarsi all'adempimento*». Sostanzialmente nello stesso senso era già il pensiero di GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., 148, il quale, a proposito dell'art. 1175, afferma: «*a nostro avviso, questa norma ha lo scopo precipuo (scopo che appare, sia pure adombrato, nella Rel. al Re, n. 558) di non aggravare la posizione del debitore. Ed infatti, dato che la legge impone già a quest'ultimo l'obbligo di usare nell'adempimento dell'obbligazione una certa diligenza (cfr. soprattutto art. 1176), la norma dell'art. 1175, pur essendo*

Tale tesi, però, non persuade sotto molteplici profili.

Innanzitutto, manca qualsivoglia profilo letterale o sistematico che possa indurre ad una conclusione in tal senso.

Ed anzi, l'art. 1175 recita che «*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*» prevedendo, dunque, esplicitamente, quali destinatari della propria previsione sia il creditore che il debitore.

Ed anche volgendo lo sguardo alla disciplina di cui all'art. 1375, in base alla quale «*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*» non si ottiene, di certo, alcune elemento utile a sostenere una qualche limitazione di operatività della norma sotto il profilo soggettivo.

Infatti, l'esecuzione del contratto è fenomeno, di per sé, riferibile ad entrambe le parti; inoltre, la portata della disposizione investe tutte le parti contrattuali, nonché in una corretta visione del rapporto obbligatorio, tutti gli effetti del contratto stesso, sia sotto il profilo dell'esecuzione della prestazione che del complesso di obblighi a questa collegata[94].

Ferma la chiarezza del dato testuale, già di per sé probabilmente risolutiva, contro la tesi della differenziazione soggettiva di cui sopra, può richiamarsi, sinteticamente, anche la storia redazionale delle due disposizioni.

All'art. 73 del *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni* del 1940 si era stabilito, in un primo momento, che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione della prestazione, dovesse porsi a carico (del solo) debitore. Ma, dagli atti della Commissione delle assemblee legislative[95] emerge, invece, come venne immediatamente sottolineata la necessità che l'obbligo di conformarsi ai comportamenti derivanti dalla clausola generale

---

apparentemente diretta egualmente al debitore e al creditore, è in realtà diretta soprattutto al secondo di essi. Con questo non vogliamo dire che, rispetto al debitore, la norma dell'art. 1175 si debba considerare assorbita da quella che gli impone una certa diligenza nell'adempimento. Noi siamo invece convinti che le due norme devono considerarsi assolutamente autonome, ma vogliamo solo rilevare che il dovere di comportarsi secondo correttezza posto dall'art. 1175 acquista di gran lunga maggiore rilievo nei confronti del creditore, in quanto il debitore ha già un dovere di comportarsi, durante la vita dell'obbligazione, in un certo modo (art. 1176)».

(94) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 136. Nello stesso senso, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit.,9: «*sarebbe d'altra parte, facile osservare che, parlando di esecuzione del contratto, l'art. 1375 comprende tutti gli effetti di esso e vale, quindi, non soltanto per l'adempimento dell'obbligazione, ma anche per l'esercizio dei corrispondenti diritti*»; cfr., altresì, i riferimenti *ivi* indicati alla nota 19.

(95) Cfr. *Atti della Commissione delle Assemblee legislativa chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Codice Civile. Libro delle obbligazioni*, Roma, 1940, 78 e ss.

di buona fede dovesse essere stabilito anche a carico del creditore, proprio per le inique conseguenze che ne sarebbero diversamente derivate.

Scartata, dunque, la disposizione nella sua originaria formulazione, perché non più rispondente ad una visione allargata, moderna e solidaristica del rapporto obbligatorio, venne redatto l'art. 1175 del codice civile nella sua odierna formulazione con lo scopo specifico di includere, quali propri destinatari, sia il creditore che il debitore.

Anche alla luce di tale circostanza, non possono pertanto più ritenersi condivisibili, in questo ed altri ambiti, quelle interpretazioni frutto di una visione incentrata esclusivamente sulla figura del debitore e sulla di lui prestazione.

Per comprendere correttamente il rapporto obbligatorio, così come configurabile nell'attuale ordinamento positivo, è necessario muovere, innanzitutto, da una «*rivalutazione del ruolo proprio di entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio*»[96].

Infatti, il fenomeno obbligatorio, colto nella sua interezza, non può non tenere conto unitamente della posizione del creditore e del debitore, e di come l'attività di entrambi possa avere ripercussioni non solo in merito all'adempimento della prestazione, ma anche sulle sfere giuridiche delle stesse parti.

Inoltre, la teoria in base alla quale il contenuto dell'art. 1175 sarebbe da riferirsi esclusivamente al creditore avrebbe una ulteriore conseguenza di non poco momento: l'unica norma riferibile al debitore rimarrebbe l'art. 1176, in tema di diligenza nell'adempimento.

Una tale affermazione sarebbe giustificabile, solo ove si ritenesse che la nozione di diligenza e quella di correttezza siano perfettamente sovrapponibili l'una all'altra[97].

---

(96) Così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 136.

(97) Cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 170: «*e quanto all'art. 1175, per espungere dal testo della norma,* tamquam non esset*, il riferimento al debitore, bisognerebbe dimostrare la sostanziale coincidenza tra correttezza e diligenza, sì da poter dire che un comportamento già passato al vaglio della seconda debba sfuggire, rendendolo inutile, ad un controllo da effettuare sulla scorta della prima. Dimostrazione impossibile, data la reale diversità (e conseguente infungibilità) tra criterio della correttezza (e della buona fede) e criterio di diligenza e l'ovvia (ma regolarmente ignorata) constatazione che, se un comportamento negligente*

Ed infatti, al fine di sostenere tale tesi, l'unica giustificazione potrebbe fondarsi sulla circostanza che, in realtà, avuto riguardo alla posizione debitoria, la clausola generale di correttezza coinciderebbe col medesimo contenuto espresso dal concetto di diligenza.

In ogni altro caso, tale affermazione sarebbe insostenibile e urterebbe contro la previsione espressa delle due distinte norme.

Pur ripromettendosi di affrontare successivamente, in maniera più dettagliata, il problema dei rapporti tra buona fede e diligenza[98] si può, sin da subito, affermare come tale tesi non possa essere condivisa sotto alcun profilo e sia, probabilmente, da ricondursi nella sua genesi iniziale a quella visione unilaterale, ormai superata, del rapporto obbligatorio nella quale, di fatto, unico protagonista era il soggetto debitore e la prestazione da lui dovuta.

Accanto a tale ultima ragione di ordine storico-evolutivo del rapporto obbligatorio, in ogni caso, il dato testuale che indica chiaramente come destinatari del concetto di correttezza le parti e come destinatario della previsione di diligenza *ex* art. 1176 c.c. il solo debitore, appare davvero incontrovertibile.

Se quanto sin qui rilevato può ritenersi condivisibile, può escludersi che un'analisi condotta impiegando un criterio di tipo soggettivo sarà in grado di apportare elementi utili, nel chiarire i rapporti intercorrenti tra la correttezza e la buona fede. Pertanto, si dovrà ora procedere a verificare se, invece, mediante un'analisi condotta con l'ausilio di criteri oggettivi si potranno ottenere risultati più soddisfacenti. In tale prospettiva, un aspetto di differenziazione sarebbe da rinvenirsi nella circostanza che l'art. 1375 non sarebbe applicabile alle obbligazioni non contrattuali[99]. A fondamento di tale assunto starebbe, in sostanza, la particolare collocazione topografica della disposizione, all'interno del codice civile.

A tale ricostruzione si è replicato che «*nella sua accezione più comune, questa tesi implica l'esclusione delle sole obbligazioni legali dall'ambito di operatività*

è scorretto, non sempre è vera la reciproca: un comportamento, pur improntato ad un massimo di diligenza, potrebbe infatti risultare, nelle circostanze del caso concreto, obiettivamente scorretto». Nello stesso senso, si veda RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 136 ss.

(98) Si veda, in particolare, il terzo capitolo della prima parte del presente lavoro.

(99) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 138, nota 55.

dell'art. 1375; quest'ultimo, infatti, sarebbe applicabile a tutte le altre obbligazioni non contrattuali grazie al rinvio dell'art. 1324, la cui discussa interpretazione deve far propendere per la più ampia operatività»[100].

In base ad una impostazione analoga a quella da ultimo considerata, la collocazione dell'art. 1375 nel sistema del codice civile e la sua riferibilità ai contratti comporterebbe che la portata di tale disposizione debba essere limitata «*in primo luogo alle vicende di immediato ed esclusivo interesse contrattuale*»[101]. Una tale affermazione non convince soprattutto per la difficoltà (e non univocità) dell'individuare quali possano essere, in concreto, le vicende di «*immediato ed esclusivo interesse contrattuale*»[102].

L'effetto ultimo di una tale impostazione, per quanto di interesse in questa sede, sarebbe quello di negare che alla clausola di buona fede possa ricondursi una qualunque valenza integrativa.

Pare, inoltre, che si sia trascurato, nella formulazione della teoria sopra riportata, la considerazione della clausola di buona fede così come disegnata all'interno di tutto il codice civile[103], limitandosi all'interpretazione di una norma e solo in base alla sua collocazione sistematica.

Ed infatti, i concetti di buona fede e correttezza dovrebbero essere analizzati alla luce della loro molteplice presenza all'interno del codice civile, al fine di giungere ad una visione coerente con tutto l'ordinamento nel quale

---

(100) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 138.

(101) Cfr. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 73. Tale tesi, una volta applicata agli istituti previsti nel codice civile, risulterebbe, di fatto, riferibile agli artt. 1467 e ss., rispetto ai quali la buona fede secondo l'Autore ne costituirebbe il fondamento. Critici nei confronti della tesi di MANCINI sono RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 140 (cfr. nota successiva nel testo) e DI MAJO, *Delle Obbligazioni in generale*, cit., 293 ss., il quale pur riconoscendo come l'indagine condotta da MANCINI abbia avuto il merito di cercare di spostare l'analisi sui contenuti sostanziali della correttezza e buona fede, osserva come la stessa argomentazione non convinca poiché «*si capovolge in sostanza un trend evolutivo contrassegnato dalla codificazione del 1942, con riferimento alla recezione del principio di correttezza, quale* regula aurea *del diritto delle obbligazioni (art. 1175)*».

(102) Ed inoltre, anche a voler concordare con la tesi riportata nel testo, in realtà il fondamento della stessa dovrebbe essere ricercato altrove; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 140, rileva come la «ratio *degli artt. 1467 e ss. deve essere ricercata nell'equità, piuttosto che nella buona fede*».

(103) Riporta, a proposito dell'ampio impiego della clausola di buona fede nel codice civile, VILLANACCI, *La buona fede oggettiva,* cit., nota 110, come «*già in tempi non recenti S. ROMANO, voce* Buona fede, *in* Enc. Dir., *V, Milano, 1959, p. 677, evidenziava che al pari della mala fede, la buona fede veniva richiamata nel codice civile circa settanta volte. Ad oggi vi è stato sinanche un incremento, tant'è che i richiami alla sola buona fede sono settantacinque*».

gli stessi risultano calati e dal quale traggano le loro caratteristiche strutturali e funzionali[104].

1.6 Le clausole generali di buona fede e correttezza quali fondamento della categoria degli obblighi di protezione.

Tanto considerato, è possibile ora iniziare a confrontarsi con i primi profili sostanziali legati alle clausole generali di correttezza e buona fede.

Orbene, una prima ricostruzione teorica sui rapporti esistenti tra le due clausole che ha avuto, fra gli altri, il pregio di fornire una chiara delimitazione delle due categorie è stata quella proposta da Betti[105], che è bene analizzare in questa sede sia per ragioni di ordine cronologico[106], che in ragione delle specificità ermenutiche della stessa.

Muovendo dalla premessa che la buona fede sia concetto originatosi all'interno della coscienza sociale ed etica di una data società che, solo in un secondo momento, approdi al diritto, l'Autore segnala come, per comprendere la portata normativa di tale clausola, sia necessario tenere conto di due diverse esigenze della convivenza sociale: un aspetto puramente negativo, riassunto dall'espressione *alterum non laedere* ed un aspetto positivo che imporrebbe «*una operosa collaborazione con altri consociati*»[107].

Tali istanze sono rinvenibili anche all'interno del rapporto obbligatorio, instauratosi tra creditore e debitore.

Il contegno di cooperazione, volto, sostanzialmente, alla corretta esecuzione della prestazione, risulta essere accompagnato anche da un interesse all'integrità della propria sfera giuridica.

---

(104) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 140: «*lo stesso art. 1175 non deve essere considerato come un isolato termine di riferimento, ma, al pari dell'art. 1375 e delle altre norme in precedenza ricordate* [in primis artt. 833, 1175, 1337, 1375 del c.c. e artt. 2 e 41, co. 2 della Costituzione], *come espressione di quel generale principio di solidarietà che caratterizza ormai il nostro sistema, ed in relazione al quale l'interpretazione restrittiva dell'art. 1375 perde definitivamente ogni significato*».

(105) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., in particolare 67 ss.

(106)V'è consenso, praticamente, unanime in dottrina nel ricondurre la prima sistematizzazione degli obblighi di protezione in Italia proprio a questa opera.

(107) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 67.

Come già accennato precedentemente, infatti, il *contatto* ingeneratosi tra creditore e debitore, in occasione dell'insorgenza del rapporto obbligatorio, espone le parti ad un concreto rischio di lesione dello *status quo*[108].

A conferma di questo *duplice orientamento* del fenomeno obbligatorio, starebbe proprio la formulazione dell'art. 1175: comportarsi secondo correttezza significherebbe, dunque, scegliere quelle modalità di comportamento che, pur garantendo l'esatto adempimento, tutelino allo stesso tempo la sfera personale e patrimoniale dell'altra parte.

A tal proposito, l'Autore affermava come «*questo criterio di comportarsi secondo le regole della correttezza che ciascuna delle due parti deve osservare in confronto dell'altra, non si identifica col criterio della buona fede, ma è certamente complementare a questo*»[109].

Tanto premesso, si giunge ad affermare una differenza, formalmente sostanziale, tra i due criteri: «*la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo*»*;* ed invece *«la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo*»[110].

Si tratta della prima e, per alcuni aspetti, unica distinzione effettuata, in modo così netto, tra le due clausole generali, sulla base della tipologia di obblighi dalle stesse scaturenti.

Proseguendo nella sua ricostruzione l'Autore, dopo aver proceduto ad effettuare una distinzione tra le varie declinazioni di buona fede presenti nel codice civile nel corso della sua opera, procede a tratteggiare i confini della buona fede c.d. contrattuale[111], la tipologia più rilevante in questa sede.

---

(108) Su tale aspetto, fra i tanti, cfr. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, cit., 710.

(109) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 68. Fin dalla prima trattazione sul tema dei rapporti tra buona fede e correttezza, rispetto alla loro idoneità a fondare gli obblighi di protezione, appare evidente la forte prossimità tra i contenuti delle due clausole generali.

(110) Così BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 68. Prescindendo dal merito della differenziazione, sul quale si avrà modo di tornare nel corso del presente lavoro, sia consentito sottolineare la differente scelta terminologica per riferirsi alla tipologia di comportamenti imposti dalla correttezza (doveri) e per quelli derivanti dalla buona fede (obblighi). Nella ricostruzione proposta da BETTI, il criterio di condotta della correttezza deve rispettarsi «*già prima che un rapporto di obbligazione sia venuto in essere, cioè fin dalla fase delle trattative* [e] *trova applicazione anche fuori dal campo delle obbligazioni*».

(111) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 71 ss. Con tale termine l'Autore identifica una specifica buona fede oggettiva, adoperando, implicitamente, la nota bipartizione che distingue una buona fede soggettiva, identificabile come l'atteggiamento psicologico consistente nella ignoranza di ledere un interesse altrui tutelato dal diritto, e quella oggettiva,

Ed infatti, mentre la correttezza «*consiste nell'osservanza del precetto dell'*alterum non laedere»[112], la buona fede contrattuale consiste «*non già in uno stato di ignoranza, ma in un atteggiamento di fattiva cooperazione che porta ad adempiere l'altrui aspettativa con un positivo contegno proprio, da spiegare nell'interesse altrui*»[113].

La buona fede c.d. contrattuale, dunque, si caratterizzerebbe, sia come atteggiamento di *fedeltà* ad un accordo concluso, sia come impegno nell'adempimento delle aspettative dell'altra parte; la buona fede sarebbe «*essenzialmente fedeltà e impegno di cooperazione*»[114].

Ma buona fede, sotto altro profilo, si rileva, è anche lealtà del trattare[115].

Tale ulteriore accezione di buona fede viene distinta rispetto alla buona fede eminentemente contrattuale, così come intesa dall'Autore nelle pagine precedenti; l'asserzione si basa sulla convinzione che quest'ultima tipologia di buona fede considerata sia, in realtà, una applicazione del criterio di correttezza al quale, in forza della previsione di cui all'art. 1175 c.c., soggiacciono sia il creditore che il debitore. Ed ancora[116], sempre a proposito della fase precontrattuale, si afferma come in tale momento di *contatto sociale* il comportarsi secondo correttezza non possa tradursi solo in un mero comportamento negativo, dovendo spesso concretizzarsi in doveri di «*lealtà*, […] *chiarimento*, […] *informazione*» da attuarsi nei confronti della controparte.

L'Autore, infatti, al momento di analizzare gli obblighi insorgenti nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, evidenzia immediatamente come gli stessi non possano essere qualificati solo come obblighi di astensione ma come, nella medesima fase della vicenda obbligatoria, si concretizzino anche in obblighi di natura positiva. Nel

---

qualificabile come regola di condotta propria della vicenda obbligatoria e di quella contrattuale. Sul punto si veda BESSONE-D'ANGELO, *Buona fede,* cit., 1 ss.

(112) Qui inteso come astenersi da indebite ingerenze nell'altrui sfera di interessi.

(113) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 71.

(114) Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 77; il termine viene impiegato nel testo anche alla luce della valenza semantica che lo stesso ha, quale evoluzione del concetto di *bona fides* di provenienza romanistica.

(115) In particolare l'Autore fa riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 1337 e 1338 del codice civile.

(116) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 84.

medesimo momento, a carico delle parti, dunque sussistono obblighi riconducibili ad entrambe le categorie prospettate.

Ecco, allora, che una ricostruzione fino a questo punto netta, almeno nella sua impostazione, palesa un momento di commistione tra la regola di correttezza e di quella di buona fede, o meglio secondo i contenuti proposti, tra i comportamenti negativi (*doveri*) e quelli positivi (*obblighi*) derivanti dalle due clausole.

L'inosservanza del dovere di lealtà e probità, nella fase delle trattive contrattuali, dovrebbe essere dunque *accostata* alla buona fede contrattuale, in virtù della sua valenza prodromica rispetto a quella.

Il tratto saliente della buona fede contrattuale viene identificato in ragione del fatto che questa non sarebbe da circoscriversi ad atti singoli del contraente, ma investirebbe l'intero comportamento del contraente, considerato nel suo contengo di cooperazione, e «*questo contegno la buona fede valuta nella sua totalità alla stregua che è più conforme all'interesse della controparte, che si tratta di soddisfare col contegno stesso*»[117].

Giunti a tale constatazione, è possibile affermare che proprio poiché la buona fede investe la totalità del contegno, questa avrebbe l'attitudine di ampliare gli obblighi assunti mediante il contratto o ridurne il numero e la qualità, in quei casi nei quali, se fatti valere così come previsti nell'accordo concluso, si porrebbero in contrasto proprio con quella clausola generale di buona fede.

La buona fede è, infatti, «*essenzialmente un criterio di reciprocità* […] *reciprocità nella quale si esplica la solidarietà che lega l'uno all'altro*»[118].

Sostanzialmente, dunque l'Autore palesa una dimensione fortemente relazionale del concetto di buona fede, e anche di quello di correttezza seppur nei limiti di cui sopra. Ed è proprio la relazionalità ad essere tratto distintivo della vicenda obbligatoria e contrattuale: è proprio la relazione tra due sfere

---

(117) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 92.; l'Autore prosegue, poi, alla pagina successiva, nel delineare il concetto di buona fede affermando che «*è essenzialmente un atteggiamento di cooperazione, rivolto ad adempiere in modo positivo l'aspettativa dell'altra parte: atteggiamento, di cui gli aspetti salienti sono la fidatezza, la fedeltà, l'impegno, la capacità di sacrificio, la prontezza nel soccorso della controparte e, in sede di trattativa, di formazione del contratto, la lealtà e la veridicità verso essa controparte*».

(118) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 93.

giuridiche a dar vita al rapporto obbligatorio considerato nella sua complessità e totalità.

Ed è, dunque, proprio alla luce della relazionalità che deve essere considerata e qualificata l'attitudine integrativa della buona fede.

L'ulteriore conseguenza di una buona fede dotata di questa capacità di plasmare l'ampiezza degli obblighi, collegati alla prestazione sulla base delle circostanze, è quella di far sorgere diverse tipologie di obblighi integrativi sulla base della concreta estrinsecazione del rapporto tra le parti.

Sul punto, l'Autore spiega come tali obblighi possano essere diversamente classificabili a seconda del criterio impiegato per la loro distinzione. L'Autore richiama[119], nello specifico, tre criteri: il primo relativo al momento di insorgenza rispetto al rapporto obbligatorio; sotto tale profilo, dunque, gli obblighi potranno considerarsi come antecedenti alla conclusione del contratto, concomitanti allo svolgimento del rapporto o susseguenti all'adempimento.

Un secondo criterio di differenziazione opera sulla base dell'esigibilità in giudizio di detti obblighi ed allora si potrà parlare obblighi integrativi primari allorché questi siano autonomamente esigibili, o di obblighi integrativi secondari nel caso contrario.

Da ultimo, il terzo criterio, proveniente dalla teorica tedesca si basa sulla maggior o minore vicinanza degli obblighi c.d. ulteriori rispetto a quelli di prestazione cui siano riferibili.

Sulla base di quest'ultima impostazione[120], accolta come valida anche nel nostro ordinamento, basata sulla maggiore o minore *distanza* di tali obblighi dalla prestazione, vengono identificati gli *obblighi di protezione* come quegli obblighi rivolti a «*prevenire e ad allontanare danni dalla sfera di interessi della controparte*»[121]. In particolare, tale tipologia di obblighi sarebbe quella posta alla maggiore *distanza* dall'obbligo di prestazione, quasi a sottolinearne la profonda diversità di scopo e funzione degli stessi[122].

---

(119) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 95-99.

(120) Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 99.

(121) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 99.

(122)BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 99. L'Autore sottolinea, poi, puntualmente, come la buona fede (precontrattuale e contrattuale) sia presente lungo tutto

Ma prima di poter giungere ad affrontare approfonditamente il tema degli obblighi di protezione, è necessario sottolineare come la ricostruzione effettuata non sia stata condivisa dagli studiosi[123] che si sono occupati della medesima tematica, pur costituendo un costante punto di riferimento per ogni riflessione in merito.

Come sopra ricordato, la teoria di Betti riconosce come derivanti dalla correttezza solo doveri aventi contenuto negativo, mentre come scaturenti dalla buona fede obblighi di natura positiva. La distinzione appare troppo netta e, il rigore teorico non sarebbe in grado di tradursi in altrettanta certezza applicativa.

Si è sottolineato, anche, come lo stesso Autore, a proposito della responsabilità precontrattuale, abbia evidenziato una sorta di commistione tra la norma relativa alla correttezza e quella che prevede la buona fede come se, in fondo, i due concetti non fossero distinguibili completamente sulla base del criterio dallo stesso proposto.

Bisogna, pertanto, ritenere condivisibile quella dottrina che, pur riconoscendo l'importanza della riflessione svolta da Betti, non la ritiene del tutto persuasiva, sulla base di un approccio attuale al tema delle clausole di correttezza e buona fede ed ai connessi obblighi di protezione.

Ma proprio alla luce della ricostruzione compiuta dall'insigne Autore[124], detta categorizzazione è stata impiegata quale punto di riferimento, esplicito

---

il corso della vicenda contrattuale, influenzando, dunque, con il suo apporto tutto il rapporto obbligatorio, dalla fase prodromica a sino alla conclusione dello stesso e, ancora, per valutare se «*vi sia stato o meno il soddisfacimento dell'interesse della controparte*».

(123) Si veda, a titolo esemplificativo, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 295 il quale afferma che «*è superfluo sottolineare che una tale interpretazione fornisce basi assai poco sicure per distinguere la correttezza della buona fede. Il distinguere infatti obblighi positivi da doveri di contenuto negativo può dipendere veramente dalle singole situazioni in cui quelle nozioni sono destinate ad operare*». Anche RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 149, osserva come, sulla base della distinzione proposta da BETTI sia «*il contenuto di tali obblighi a differenziarsi secondo la positività o negatività, non già il contenuto della buona fede o della correttezza a ricevere tale qualificazione*» e, poco dopo, definisce la distinzione criticata come «*inoperante ai fini della identificazione di un diverso contenuto della buona fede e della correttezza*». Parimenti critico è BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, *Riv. dir. civ.*, 1983, 205 che alla nota 1 definisce superato il riferimento di BETTI al contenuto positivo o negativo del comportamento. Nello stesso senso si vedano NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 7 ss e BIGLIAZZI-GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 169.

(124) E della condivisibilità di molti degli assunti posti a fondamento della stessa sulle caratteristiche e le funzioni riconducibili alla clausole generali di buona fede e correttezza; fra i tanti Autori che hanno, in ogni caso, sottolineato l'importanza della ricostruzione operata

o tacito, dai successivi studiosi che si sono confrontati sui medesimi temi. Ed infatti, non ritenendo soddisfacente una differenziazione basata solo sulla tipologia di obblighi scaturenti dalle norme di correttezza e di buona fede, si è proceduto nella direzione di cercare di cogliere ulteriori aspetti che potessero far luce sul rapporto esistente tra le due clausole generali e sulla loro idoneità a fondare la categoria degli obblighi di protezione.

Una posizione che può essere considerata, per alcuni aspetti, di ulteriore sviluppo, rispetto a quanto affermato da Betti in materia di buona fede ed obblighi di protezione, può considerarsi la ricostruzione prospettata da altro Autore, nel suo studio critico condotto sulle obbligazioni di mezzi e di risultato[125].

Anche in tale caso si concorda sull'idea che la buona fede, definita «*supremo criterio*»[126] dell'ordinamento, sia il principio in base al quale si debba procedere alla reale determinazione dell'oggetto, inteso come contenuto, di ogni obbligazione e come, in tal senso, «*qualunque prestazione obbligatoria riceve determinazione dalla buona fede oggettiva*»[127].

Si afferma anche come buona fede e correttezza siano necessariamente coinvolte nella vicenda obbligatoria e come non possano essere escluse dalle parti del rapporto. La buona fede, dunque, poiché connaturata al fenomeno obbligatorio, risulta sempre presente, anche se si estrinseca diversamente, di volta in volta, sulla base della situazione concretamente verificatasi. Nella sua trattazione l'Autore sottolinea[128], similmente a Betti[129], che sorge, a

---

da BETTI, si veda BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, *Riv. dir. civ.*, 2001, il quale rileva come «*grande merito per il recupero della buona fede, e della sua funzione di «criterio valutativo … che il diritto assume e riceve dalla coscienza sociale» va attribuito a Emilio Betti. E' sua l'insistenza sulla buona fede come «impegno di cooperazione», «spirito di lealtà», «attiva cooperazione», «rispetto reciproco tra i contraenti»; è sua l'idea di un aggancio al principio della solidarietà: una solidarietà che ormai non è più la «solidarietà corporativa» a cui si riferiva l'art. 1175 nella sua formulazione originaria, ma che si ripropone oggi, alla luce dell'art. 2 della Costituzione, come «solidarietà sociale». Nasce così una regola-ponte, vòlta a collegare la regola codicistica dell'art. 1175 (ma anche quelle degli artt. 1337, 1366 e 1375) «con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento» e in particolare con i principi costituzionali*».

(125) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *Studio critico,* cit., in particolare 282 ss. e 365 ss.

(126) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 394.

(127) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 203 e 207.

(128) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 282.

(129) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 68.

corollario di quanto poc'anzi affermato, la necessità di coordinare la disposizione di cui all'art. 1375 con quella di cui all'art. 1218[130]. In tal modo, si afferma come nel nostro ordinamento debba trovare asilo una ricostruzione dell'obbligazione che non tenga conto solo della prestazione *sic et simpliciter* ma che, per poter correttamente inquadrare il fenomeno, debba necessariamente avvalorarsi dell'influenza che le norme sulla buona fede e sulla correttezza, hanno sulla vicenda obbligatoria in una prospettiva che tenga conto di entrambe le parti del rapporto.

Ecco che, allora, negare una tale ricostruzione, come fa parte della dottrina[131], comporta non solo il non tener conto del dato sistematico, la presenza di queste disposizioni all'interno del codice civile, ma anche l'incapacità di dare conto dei cambiamenti che debbono riscontrarsi all'interno del nostro ordinamento, in seguito all'entrata in vigore del codice del 1942 e della Costituzione[132].

Ma la ricostruzione proposta da Mengoni compie ulteriori passi avanti e chiarisce come sia per effetto della buona fede, *rectius* di una valutazione di buona fede, che gli obblighi reciproci di correttezza[133], di cui all'art. 1175 c.c., accedono al «*rapporto obbligatorio in ragione dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e il proprio patrimonio dallo specifico pericolo di danno derivante dalla particolare relazione costituitasi tra i due soggetti*»[134]. Questa affermazione, apparentemente semplice, ha, invece, il grande pregio

(130) Nello specifico, l'Autore indaga, nell'opera indicata, il rapporto tra buona fede ed impossibilità dell'adempimento.

(131) Cfr. quanto sottolineato nei paragrafi 1.1 e 1.2.

(132) Sostanzialmente, non riconoscendo la diretta influenza di queste norme, peraltro alla luce dell'interpretazione che delle stesse si dovrebbe fornire in accordo con il dettato costituzionale, non si è in grado di cogliere le innovazioni sostanziali che sono state apportate con le modifiche in tema di correttezza e buona fede nel nostro attuale ordinamento giuridico. Sul punto si veda DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 35 ss., il quale rileva come «*non è vero, in primo luogo, che le innovazioni di tipo sistematico non hanno importanza se da esse è dato invece desumere che il diritto delle obbligazioni ha assunto nuove sembianze*»; ed ancora, alla pagina successiva, in merito al processo di evoluzione subito dal fenomeno obbligatorio in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice, si evidenzia come questo possa «*anche essere desunto dalle innovazioni topografico-sistematiche che il codice contiene*».

(133) Con il termine obblighi di correttezza l'Autore indica, in una prospettiva filologicamente forse più corretta, proprio quegli obblighi di protezione che qui interessano; cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 368. Nello stesso senso CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, cit.. 710 ss.

(134) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 285.

di chiarire il rapporto intercorrente tra la buona fede e la correttezza e di queste con gli obblighi di protezione. Tali obblighi *ulteriori* posti a protezione dell'altra parte e del suo patrimonio che in funzione dell'art. 1175 c.c. sorgerebbero in occasione del rapporto obbligatorio, si plasmano nella loro estensione e accedono, così determinati, al rapporto obbligatorio in forza della clausola di buona fede. Sarebbe la buona fede, in ultima analisi, a fornire la *misura* della correttezza di quello specifico rapporto tra le parti.[135]

Anche questo Autore afferma[136], quindi, la necessità della tutela fornita da tali obblighi, alla luce del maggior rischio che insorge, a nei confronti dell'incolumità personale e del patrimonio delle singole parti, in occasione dell'insorgenza del rapporto obbligatorio.

Di fatto, il rapporto obbligatorio comporta, ontologicamente, un'ingerenza autorizzata[137] nella sfera giuridica altrui. Tale ingerenza, però, proprio perché potenzialmente rischiosa nel suo concretizzarsi, è presidiata da obblighi protettivi che, in forza delle norme sulla buona fede e correttezza, tutelano le parti dai rischi relativi.

In tal senso, vengono descritti dall'Autore come obblighi «*negativi*»[138], con ciò intendendo la loro vocazione ed attitudine a proteggere lo *status quo*, a prescindere dalla tipologia di comportamento che in forza degli stessi la parte è chiamata a tenere. Qui il concetto di *negativo* assume un significato diverso da quegli obblighi negativi che secondo Betti sarebbero discesi dalla correttezza. Nella ricostruzione da ultimo ricordata, pare, che *negativo* esprima un concetto, per così dire, conservativo poiché volto a tutelare la parte e il suo patrimonio e non, invece, necessariamente un obbligo di astensione.

---

(135) Si veda, anche, a tale riguardo CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 225, nota 82 il quale, a proposito del pensiero di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., in base al quale si potrebbe dare una sostanziale identificazione del principio di buona fede e correttezza, afferma «*riteniamo più persuasiva l'impostazione di GIORGIANNI, Lezione di diritto civile, Milano, 1956, p. 181 che avanza la distinzione per cui «l'obbligo di adempiere l'obbligazione secondo buona fede, ha riguardo al contenuto di essa* […] *la correttezza, viene a qualificare il comportamento delle parti una volta stabilita qual è il contenuto degli obblighi*».

(136) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 368.

(137) Seppur solo con determinate modalità, o nella prospettiva dell'adempimento.

(138) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 368.

Ed ancora, viene ulteriormente chiarito come si tratti di obblighi che, proprio perché derivanti dalla previsione di cui all'art. 1175 c.c., in sinergia con quella di cui all'art. 1375, sono «*essenzialmente reciproci*» e, dunque, da porsi a carico sia del debitore che del creditore, in questo differenziandosi nettamente da quelli di prestazione a carico del solo debitore[139].

Questo è un aspetto che, come si avrà modo di approfondire successivamente[140], confligge con le ricostruzioni che fondano gli obblighi di protezione sulla nozione di diligenza, laddove all'impiego della disposizione di cui all'art. 1176 c.c. come fondamento degli stessi, corrisponde una perdita del carattere di reciprocità degli obblighi di protezione che tutelerebbero, allora, solo una parte, con la non condivisibile conseguenza che per la medesima tipologia di condotta una parte riceverebbe tutela in base al regime di responsabilità contrattale, l'altra, invece, potrebbe avvalersi solo del più svantaggioso regime previsto per gli illeciti civili.

La bontà della ricostruzione proposta da Mengoni, si manifesta anche allorquando si trova a confrontarsi, con la questione della responsabilità precontrattuale[141], argomento che per la sua peculiarità aveva evidenziato le criticità della ricostruzione di Betti[142].

Ciò che Mengoni postula, infatti, è una operatività congiunta delle clausole di buona fede e correttezza che, insieme, sono in grado di far sorgere e determinare gli obblighi di protezione, specifici per quel determinato rapporto obbligatorio, sin dalla fase delle trattative e della formazione del contratto[143].

---

(139) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 368.

(140) Si rimanda al par. 3.1.

(141) Considerato che il relativo regime di responsabilità si trova al centro di un dibattito dottrinario tra chi ne opera una ricostruzione in chiave contrattualistica chi, invece, ritiene preferibile il criterio extracontrattuale e chi, da ultimo, preferisce parlare di responsabilità mista. Si rinvia, in ogni caso, sul tema che necessiterà di un maggiore approfondimento, al par. 2.4 relativo al rapporto tra responsabilità precontrattuale e obblighi di protezione.

(142) Come sopra ricordato, tale circostanza era stata evidenziata dallo stesso Autore.

(143) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 368; l'Autore evidenzia, in particolare, alla nota 16, lo stretto rapporto esistente tra la teorica degli obblighi di protezione e il tema della responsabilità precontrattuale. Nella stessa sede, afferma, chiaramente, che «*gli obblighi di protezione sorgono già nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337), e in questo stadio costituiscono un rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti ex lege*». Nello stesso senso, vedi, fra i tanti, ROVELLI, *Correttezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, IV, Torino, 1989, 426.

In tal senso, dunque, non si sposa la tesi in base alla quale da ciascuna delle due clausole discenderebbe una ed una sola tipologia di obblighi (in termini di positività o negatività). Ed infatti, una tale predeterminazione così schematica oltre ad essere operazione non realistica, non terrebbe conto della circostanza che sarebbero sempre entrambe le clausole ad accedere, contemporaneamente, al rapporto obbligatorio, seppur in funzione diversa a seconda della fattispecie nella quale vengono convolte.

Ecco che allora, tenendo a mente il contenuto dell'art. 1337, risulta assolutamente in linea con la teoria esposta da Mengoni che gli obblighi di protezione insorgano sin dalla fase delle trattative e della formazione del contratto, dovendosi reputare pienamente operanti, sin da tale momento, le clausole di correttezza e buona fede e, dunque, gli obblighi da queste discendenti in virtù del contatto insorto tra le parti al fine di condurre le trattative e giungere alla conclusione di un contratto.

Ed infatti, la buona fede di cui all'art. 1337 è regola di condotta dalla quale si estrinsecano una serie di obblighi reciproci, a carico di tutte le parti coinvolte nella fase delle trattative e di formazione del contratto, a prescindere che l'attività posta in essere sfoci nella conclusione di un contratto valido[144].

È chiara la convinzione dell'Autore di ricondurre la responsabilità derivante dalla previsione di cui all'art. 1337 alla tipologia c.d. contrattuale[145].

Gli obblighi di protezione sono, infatti, obblighi *relativi* insorgenti, sin dalla fase delle trattative, tra le parti del rapporto, fondati sulla buona fede, ed ingeneranti responsabilità contrattuale a fronte di una loro violazione[146].

---

(144) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 362.

(145) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, 369, alla nota 16, rileva che «*la concezione della responsabilità precontrattuale, o più in generale prenegoziale, come responsabilità fondata sul principio dell'art. 2043, deve considerarsi ormai superata anche in Italia*». Ed ancora, l'Autore afferma come «l'*obbligo di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto è stabilità dall'art. 1337 come obbligo* inter partes, *vale a dire che è obbligo relativo e dunque la sua violazione determina una responsabilità contrattuale*».

(146) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369.

Il loro scopo è quello di completare e rafforzare «*la tutela del diritto assoluto, espressa dalla regola generale dell'art. 2043, creando una serie parallela di obblighi relativi, come tali soggetti alle norme della responsabilità contrattuale*»[147].

Ovviamente una tale ricostruzione potrebbe comportare, astrattamente, il rischio di un allargamento incondizionato di ipotesi di responsabilità contrattuale ove si riconducesse a questa qualsiasi accadimento collegato, anche lontanamente, alla vicenda contrattuale purché lesivo della parte o del suo patrimonio.

Ma a tal proposito, l'Autore si premura di puntualizzare come non tutti i danni potranno essere ricondotti all'alveo di quelli garantiti dagli obblighi di protezione, ma solo quelli derivanti da attività *essenzialmente* connesse con l'esecuzione del contratto[148].

La loro connessione, ancorché essenziale, non arriva al punto da farli rientrare in quella categoria di «*obblighi secondari, non autonomi*» o «*obblighi integrativi strumentali*» i quali, proprio perché tali, hanno la funzione di assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale e, dunque, si differenziano dagli obblighi di protezione che, invece, avendo uno scopo proprio, quello protettivo appunto, risultano di contenuto autonomo e possono, pertanto, farsi valere di per sé [149].

---

(147) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369.

(148) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369. L'Autore prosegue, spiegando come «*non basta accertare che il danno non avrebbe potuto verificarsi senza il contratto (tale è il criterio proposto da Stoll), ma accorre accertare una relazione di causalità e non di semplice occasione con il contratto. Adottando il criterio di Stoll, si dovrebbe arrivare a costruire una responsabilità contrattuale nell'ipotesi dell'artigiano che, lavorando in casa del committente, ruba una cosa di quest'ultimo* […], *oppure del locatario che ferisce il locatore nel corso di una discussione sul canone d'affitto* […], *mentre non è dubbio che l'artigiano o il locatario rispondono di tali fatti esclusivamente a titolo di responsabilità extracontrattuale. Una responsabilità contrattuale si profila, invece, nel caso ipotizzato dalle fonti romane* […] *in cui il precettore o chi insegna un'arte percuota e ferisca l'allievo o apprendista* «parum bene facientem»».

(149) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369 ss. e *ivi* nota n. 17; a tal proposito, l'Autore rileva come gli stessi abbiano «*contenuto autonomo, non anche natura autonoma* […]. *Gli obblighi di protezione, che si determinano nella fase di esecuzione del contratto, derivano, al pari degli obblighi di prestazione, dal rapporto fondamentale creato dal contratto come effetti integrativi di questo (arg.* ex *articoli 1374-1375). Non è accettabile, de iure condito, il tentativo del Herholz di configurare questi obblighi di protezione come un prolungamento dell'autonomo rapporto obbligatorio che si costituisce* ex lege *all'atto in cui si instaura la relazione diretta alla conclusione del contratto*». In merito alla natura degli obblighi di protezione insorgenti nella fase delle trattative e della formazione del contratto, si veda ID., *La natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364.

1.7 Solidarietà e principi costituzionali: ampliamento e conferma della categoria degli obblighi di protezione.

Dalla ricostruzione appena ricordata, che si ritiene di condividere pienamente nella sua impostazione, è possibile muovere per compiere ulteriori valutazioni in merito al contenuto delle clausole di buona fede e correttezza, nonché relativamente alla loro funzione genetica rispetto alla categoria degli obblighi di protezione.

In tale direzione, dovrà tenersi sempre più conto dell'apporto sul tema fornito dall'introduzione nell'ordinamento della Carta Costituzionale.

L'entrata in vigore della Costituzione ha, infatti, portato ad una progressiva ed inesorabile rilettura degli istituti del diritto civile, alla luce di norme e principi in quella contenuti[150]. In tal senso, appare sicuramente più attuale e più coerente una visione complessa della struttura dell'obbligazione, idonea a recepire al suo interno situazioni che non siano di matrice unicamente patrimoniale[151]. Al fine di poter ulteriormente procedere nella direzione prescelta, dunque, si dovrà tener conto dell'apporto fornito dai principi e dalle norme costituzionali all'interno dei rapporti tra privati e, segnatamente, all'interno della vicenda obbligatoria, per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede.

Ma prima ancora, sarà necessario approfondire ulteriormente il rapporto tra le norme sulla correttezza e buona fede, al fine di indagare il rapporto tra le stesse sotto il profilo funzionale e sistematico. Nel far questo si seguirà un percorso già tracciato[152], tenuto conto dell'importanza che la riflessione ha avuto nello sviluppo delle argomentazioni che qui interessano.

La tendenza riscontrata ad impiegare i termini di buona fede e correttezza quali sinonimi, o quale endiadi, non può essere d'aiuto[153] per affermarne, o

---

(150) MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., 239 ss.

(151) Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit.,93 ss.; a pag. 123 l'Autore, a proposito degli obblighi di protezione che, come detto sono da porsi in stretta connessione con la concezione complessa dell'obbligazione, afferma, riportando le parole di ESSER-SCHIMDT, come tale categoria «*contribuirebbe ad aggiungere una dimensione, per così dire «sociale», che tenga conto di interessi riguardanti l'integrità personale o la sfera personale del partner*».

(152) Il riferimento è a RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 112 ss.

(153) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 132 e *ivi* nota 44.

meno, la coincidenza di significato. Deve considerarsi, anche, come i due concetti vantino un retroterra storico molto differente.

La clausola di correttezza, come più volte ricordato, è stata introdotta solo con il codice civile del 1942; mentre la clausola di buona fede affonda le sue radici sin nel diritto romano. Ma la circostanza che la norma di cui all'art. 1175 sia stata introdotta dal legislatore del 1942, con il verosimile intento di creare una clausola con una portata *differente* rispetto a quella di buona fede[154], non è sufficiente ad affermare, con sicurezza, una differenza di contenuto tra le due disposizioni.

Ci si deve, allora, chiedere se «*l'art. 1175 e l'art. 1375 siano stati dettati per disciplinare le medesime ipotesi, o se debbano applicarsi a figure o posizioni diverse*»[155].

Su una possibile distinzione basata sul criterio soggettivo, si è già detto e si rinvia, pertanto, a quanto già osservato sul tema[156].

Sul piano contenutistico, fermo quanto già osservato nei precedenti paragrafi, bisogna tener conto dell'apporto che alla clausola di correttezza, ma anche a quella di buona fede, è derivato dall'entrata in vigore della nostra Costituzione, anche per verificare se, tale contributo, possa influenzare la fondatezza della categoria degli obblighi di protezione.

Tra le norme e i principi contenuti nella nostra carta fondamentale, un ruolo particolare riveste, nella prospettiva che qui interessa, il principio di solidarietà, di cui all'art. 2 della Costituzione, quale principio che permea tutto il nostro ordinamento e che ha trasfuso i suoi contenuti anche all'interno delle clausole di correttezza e buona fede, sino a costituirne, probabilmente, il nucleo portante[157].

---

(154) Diversamente, ci si potrebbe chiedere il perché dell'impiego di una formula diversa per usare il medesimo concetto.

(155) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 135. In tale occasione, alla nota 47, l'Autore contesta anche la tesi di chi (BALOSSINI) «*differenzia l'una dall'altra considerando eminentemente relativa la nozione di correttezza, ed assoluta quella di buona fede, il cui contenuto andrebbe «fissato senza necessità di riferirsi al costume sociale*».

(156) Cfr. paragrafo 1.5.

(157) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 140 ss. Che le clausole di correttezza e buona fede costituiscano specificazione del principio di solidarietà costituzionale sembra affermazione condivisa in dottrina. In tal senso si vedano, a titolo esemplificativo, MENGONI, *Obbligazioni di risultato e di mezzi*, cit., 393; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 208 e *ss.*, laddove pur rilevando come «*i riferimenti*

L'incidenza della buona fede sarebbe tale nel nostro ordinamento, da condurre ad una interpretazione estensiva dell'art. 1375 c.c., che avrebbe come conseguenza quella di far straripare la portata della clausola di buona fede dall'ambito delle obbligazioni derivanti solo da contratto[158] per trasfondere il proprio contenuto in ogni tipo di rapporto obbligatorio, quale che sia la fonte dello stesso.

Procedendo, dunque, ad una lettura sistematica delle clausole di buona fede e correttezza, che tenga conto anche dell'attitudine di tali norme a costituire anche il precipitato del principio di solidarietà costituzionale, si è giunti a «*ritenere comune l'aerea di incidenza dell'art. 1175 e dell'art. 1375, sì che, a questo punto, è lecito chiedersi se sia esatto continuare a parlare di due concetti diversi: se, cioè, debbano trarsi conseguenze costruttive dalla rilevazione di una semplice diversità lessicale*»[159].

In tal senso, un approccio al contenuto e funzione delle norme, alla luce del loro valore costituzionale, permetterebbe di risolvere, nella ricostruzione fornita dall'Autore, relativamente all'attitudine della buona fede e correttezza a fungere da norme integrative della vicenda obbligatoria e contrattuale, anche tutte quelle teorie che «*individuano il rapporto tra le due*

---

alla «schiettezza», alla «diligente correttezza», «al senso di solidarietà sociale», all'«onestà», sono equivoci o eccessivamente generici», afferma alla pagina seguente come «*può dirsi che la buona fede in senso oggettivo o correttezza si riporta all'idea di fondo della solidarietà»*. Sempre BIANCA, *ivi* alla nota 14, riporta l'opinione di ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 277 ss., riferendosi alla quale rileva come «*ai fini di una concreta applicazione della normativa di correttezza, collega l'art. 1175 c.c. ai principi fondamentali dell'ordinamento e al dettato costituzionale che richiama l'obbligo di solidarietà sociale*»; ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *cit.*, 79: qui l'Autore afferma come «*il dovere di correttezza si profila invece come un dovere di solidarietà che presuppone una già attuata scelta e giuridica tutela di interessi che può quindi dare rilievo ad altrui interessi solo nei limiti in cui il soggetto possa salvaguardarli senza proprio danno*». Nello stesso senso SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. It.*, 1993, 2129 ss. che alla pagina 2032 sostiene come «*può dirsi che l'obbligo di buona fede costituisce in definitiva uno dei modi di attuazione del dovere di solidarietà*». Si veda anche PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 903. Deve segnalarsi come già con BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 67 ss., avesse sottolineato il collegamento tra le clausole di buona fede e correttezza e la solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione; si veda al tal proposito anche la nota 123.

(158) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 140. Nella ricostruzione proposta dall'Autore, sostanzialmente, sarebbe in forza di questa estensione della portata della disposizione di cui all'art. 1375 che si giungerebbe a sovrapporre le aree di incidenza delle due clausole.

(159) Così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 141.

in termini di più a meno (o viceversa), di genera a specie (o viceversa), di principio a conseguenza (o viceversa)»[160].

Infatti, un'interpretazione di tal natura porterebbe a ritenere l'operatività delle due clausole non limitata rispettivamente al rapporto contrattuale o a quello obbligatorio e permetterebbe di tener conto, sia del sopravvenuto inserimento della clausola di correttezza nel codice del 1942, nonché del successivo apporto dato dalla carta fondamentale[161].

Tale riflessione conduce, nel pensiero dell'Autore, a tre possibili alternative: o le due clausole sono espressione di concetti diversi che hanno il medesimo ambito di operatività; o si tratta dei medesimi concetti, da applicarsi alle medesime situazioni, ma riconducibili a profili o momenti applicativi diversi, oppure, in ultimo, il concetto espresso sarebbe il medesimo, seppur con differente terminologia, e, dunque, medesimi sarebbero i profili applicativi e temporali[162]. Un confronto tra le due clausole generali condotto sotto il profilo del supposto comune fondamento[163], di per sé, potrebbe non essere sufficiente, dovendosi avere riguardo alla portata applicativa delle medesime norme.[164]

Se, infatti, considerare la clausola generale di correttezza quale referente del principio di solidarietà costituzionale appare non contestabile[165] anche alla luce del contenuto della Relazione al Codice Civile[166], adeguatamente

---

(160) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 142.

(161) Una lettura del fenomeno obbligatorio che non tenga conto della sua complessità strutturale, oltre che della *vis integrativa* della buona fede e della correttezza non sarebbe in grado di cogliere l'evoluzione che il sistema obbligatorio italiano ha subito, grazie alle norme introdotte dal codice del 1942 ed al fondante apporto della Carta Costituzionale.

(162) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 142.

(163) La *ratio* comune andrebbe rinvenuta nella solidarietà costituzionale (così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 143); alla pagina successiva l'Autore afferma come «*la buona fede contrattuale, infatti, è contrassegnata, da un canto, dal fatto che essa investe nella sua totalità una situazione di rapporto, e non può quindi essere correttamente apprezzata considerando isolatamente le posizioni dei partecipanti al rapporto stesso. D'altra parte – e qui si fanno evidenti i riflessi della nuova sistematica – la sua considerazione si pone come limite alla possibilità di valutare il contratto facendo astrazione dal contesto sociale in cui esso è inserito: e questo perché, quale che sia l'interpretazione che si vuol dare dell'art. 1375 ed il senso attribuito alla buona fede, la norma in questione non può essere considerata isolatamente, per le evidenti sue relazioni con un complesso di altre disposizioni*».

(164) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 146.

(165) In questo senso RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 143.

(166) *Relazione al Codice Civile*, cit., 116 ss. nella quale si afferma al paragrafo 558 che «*la correttezza che impone l'art. 1175 citato non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa a cui il codice*

interpretata, non diverso appare il riferimento che può concretizzarsi attraverso la norma sulla buona fede[167]. La buona fede, infatti, investe il rapporto obbligatorio colto nella sua interezza, sia riguardo alle parti che all'estensione dei rapporti fra queste intercorrenti, ed ha il compito di concretizzare il contenuto di detto rapporto alla luce dell'ordinamento positivo.

In tal senso, la buona fede, anche recependo l'influenza della solidarietà, oltre che di ulteriori principi e norme di derivazione sia costituzionale che ordinaria[168], si pone quale strumento di limitazione all'autonomia contrattuale.

Il regolamento contrattuale dovrà, dunque, necessariamente essere improntato alla correttezza ed alla buona fede; le due clausole, infatti, non sono derogabili dalle parti[169].

Si è parlato in tal senso, con felice e puntale formula, di *eteronomia non autoritaria*[170] indicandosi in tal senso un necessario intervento all'interno del rapporto contrattuale da parte delle suddette clausole generali che, però, per

---

nell'articolo richiamato rinvia. Questo dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione ne risulta vietato, ma ogni atto che implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali». Ed ancora, «*l'interesse privato, in una legge di coordinamento e di collaborazione, quale è quella che si trae dal principio corporativo, deve animarsi delle ragioni della generalità, per conciliarsi con l'interesse degli altri soggetti. Da ciò l'assunzione, nel rapporto obbligatorio, di un contenuto di solidarietà, che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, nelle sue esigenze essenziali, in confronto ad altro fattore concorrente. Trasferito tale concetto di solidarietà nell'ambito del rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore. Quale sia il contenuto del dovere di correttezza il nuovo codice non dice, avendo preferito una formula elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto*».

(167) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 143.

(168) Se, da un lato, può certamente affermarsi che la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. sia idonea a plasmare con forza il contenuto delle clausole di buona fede e di correttezza, dall'altro lato, può affermarsi con la stessa certezza che non ne esaurisca i contenuti; in merito ai rapporti tra solidarietà costituzionale e autonomia contrattuale, si rinvia ai parr. 1.5 e 1.6 della seconda parte del presente lavoro.

(169) Cfr. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711, il quale rileva come «*l'integrazione del rapporto obbligatorio con le regole della correttezza, alle quali l'art. 1175 c.c. espressamente assoggetta, con efficacia vincolante il comportamento, sia del creditore che del debitore*»; vedi, altresì, *ivi* nota 18.

(170) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, I, 1984, 29.

sua stessa natura non è idoneo ad assumere i caratteri dell'autoritarietà. Le clausole di buona fede e correttezza, infatti, concretizzano e filtrano i valori propri del nostro ordinamento positivo e li trasfondono in forma giuridica, andando ad informarne il contratto concluso tra le parti[171].

In tal senso, dunque, può parlarsi di buona fede e correttezza quali strumenti giuridici idonei ad approntare limiti alla volontà delle parti[172].

Nella loro concreta estrinsecazione, dunque, buona fede e correttezza si pongono quale strumento idoneo a concretizzare quei principi costituzionalmente rilevanti nell'ambito obbligatorio e contrattuale.

In tal senso, la distinzione proposta da Betti[173] tra obblighi positivi e obblighi negativi non sembra essere idonea a cogliere aspetti e caratteristiche delle due clausole generali[174].

Ecco che, allora, l'Autore giunge ad affermare che i criteri di buona fede e correttezza hanno «*una comune area d'incidenza, rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazione del principio di solidarietà, la cui essenziale reciprocità esclude che dell'uno o dell'atro si possa parlare in relazione di una soltanto delle parti del rapporto*»[175].

Fermo il carattere di reciprocità, dato dalla riferibilità delle clausole generali sia al creditore che al debitore, e fermo l'ambito di incidenza, da limitarsi alla materia delle obbligazioni e dei contratti, la definizione proposta sottolinea come il contenuto della buona fede e della correttezza possa e debba essere, di volta in volta, specificato alla stregua del rapporto instaurato. Al fine di addivenire ad una tale specificazione, non pare acconcio limitarsi al

---

(171) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali,* cit., 29. A tal proposito l'Autore spiega come siano i valori sociali a filtrare, attraverso le clausole generali di buona fede e correttezza, all'interno della vicenda contrattuale e come «*i valori sociali, una volta divenuti tali, prescindono per definizione dalla dimensione impositiva*».

(172) Fra i tanti Autori, cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 145 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 355.

(173) Si veda il precedente par. 1.6.

(174) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 149. Qui, però, lo stesso Autore sottolinea come «*deve, però, osservarsi che la distinzione criticata, inoperante ai fini della identificazione di un diverso contenuto della buona fede e della correttezza, può riuscire assai utile quando si tratti di procedere in concreto al chiarimento del tipo e della estensione di quegli obblighi*».

(175) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 150.

solo principio della solidarietà costituzionale, atteso che nella vicenda obbligatoria privata anche altri siano i principi rilevanti. In tal senso, infatti, elementi di determinazione del contenuto delle clausole di buona fede e correttezza possono, e devono, esser tratti dai principi costituzionali in materia di diritti e doveri dei soggetti privati[176], oltre che dalle concrete applicazioni che dal principio solidaristico possono derivare in campo privatistico[177].

Ecco come, allora, alla luce della superiore considerazione, può ritenersi che le clausole generali di correttezza e buona fede si specifichino attraverso due direttrici: come «*criterio idoneo a consentire la formazione di una norma contrattuale tale da rendere possibile la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti*» e, contemporaneamente, quale criterio formativo e informativo che consenta «*la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento*»[178].

Così facendo, dunque, verrebbero identificate, o sarebbero identificabili, le costanti in base alle quali procedere alla determinazione dei contenuti delle due norme[179].

Ecco che alla luce del di quanto sopra esposto, l'Autore giunge a configurare nel nostro ordinamento una vera e propria *normativa di correttezza*[180], che rispecchia la vigenza di un generale principio di buona fede e correttezza nel nostro ordinamento. In tal senso, viene a confermarsi la funzione integrativa delle due clausole generali che diviene, anzi, ancora più

---

(176) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 152; in tal senso l'Autore indica quale sicuri referenti costituzionali gli artt. 2, 36, 37, 39, 40 e 41 della Costituzione.

(177) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 151. Cfr. anche sulla necessità di un tale procedimento ermeneutico PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 223: «*le clausole che nel codice del 1942 erano ispirate ad un'ideologia produttivistica e autarchica, assumo un significato diverso se rilette ed applicate nella logica della solidarietà costituzionale*». Con questa affermazione, l'Autore conferma, anche alla luce di quanto chiarito poco prima all'interno della stessa pagina, la rilevanza generalizzata del principio di solidarietà all'interno della materia delle obbligazioni e dei contratti, quale elemento interpretativo del quale informare tutta la relativa disciplina.

(178) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit.,152.

(179) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 170. Per le questioni relative al c.d. problema delle clausole generali, si rinvia al par. 2.3.

(180) L'espressione era stata già usata, anche se non con la medesima portata, da ROMANO, *Buona fede (dir. priv.), in Enc. dir*., Milano, 1959, 677 ss. per indicare come potesse comunque affermarsi la vigenza di una normativa generale rispondente alle clausole di buona fede e correttezza.

cogente alla luce dell'idoneità delle due norme a concretizzare sul piano dei rapporti privatistici il dettato costituzionale[181].

Appare, dunque, confermata anche la riflessione già svolta sulla categoria degli obblighi di protezione che risulta rafforzata e arricchita da una interpretazione dei concetti di buona fede e correttezza, rideterminati sotto l'influsso della carta costituzionale, e in grado di tutelare attraverso il regime tipico della responsabilità contrattuale quelle istanze ricollegabili alla tutela della persona e del patrimonio di ogni parte del rapporto obbligatorio.

(181) A tal fine si rinvia al successivo par. 2.2.

CAPITOLO II - Lo sviluppo della categoria degli obblighi di protezione.

SOMMARIO: 2.1 Per un sistema di buona fede e correttezza. 2.2 Sull'applicazione diretta o indiretta dei principi e delle norme costituzionali all'interno del rapporto obbligatorio. 2.3 Il c.d. problema delle clausole generali. 2.4 Responsabilità precontrattuale e obblighi di protezione. 2.5 Buona fede e correttezza nel diritto europeo. Cenni.

2.1 Per un sistema di buona fede e correttezza.

L'impostazione appena ricordata, che postula una sostanziale identità tra le due clausole generali, appare nel suo punto di arrivo, ormai, condivisa tanto che la maggioranza degli autori in dottrina concordano con l'affermare che la correttezza coincida con la buona fede oggettiva[182], ed anzi, a tal punto pare assodato tale coincidenza che la stessa viene fornita come un dato di fatto che non abbisogni più di alcuna argomentazione[183]. Se è vero che, ormai, si possa affermare che in dottrina vi sia largo consenso in merito alla tendenziale sovrapponibilità, seppur con alcune differenze fra i pensieri dei diversi Autori, delle due clausole generali, è altrettanto vero che si tratta di un punto di arrivo della riflessione giuridica condotta sul tema. Accanto alla posizione

(182) Si veda, a mero titolo esemplificativo, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 11; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 205 ed *ivi* la bibliografia indicata alla nota 1; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 170; ROVELLI, *Correttezza,* cit., 423; nello stesso senso STOLFI, *Il principio di Buona fede, in Tratt. Dir. civ.*, 1964, 163 ss., DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 298 ss.; da ultimo, in un'ottica ricognitiva dei contributi dottrinari sul punto, VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, cit., 32, alla nota 30; a tal riguardo PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 11 ss.

(183) BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale* cit., 205, nota 1, nella quale l'Autore afferma che «l*a sostanziale coincidenza della buona fede in senso oggettivo con la correttezza può considerarsi un dato acquisito, essendosi superato anche il riferimento del BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, I, Milano, 1953, p. 68 s., al contenuto positivo o negativo del comportamento*».

sopra ricordata[184], non è mancato anche chi, comunque, ha ritenuto di poter evidenziare dei profili di differenza tra le due norme. Ecco che, allora, secondo alcuni Autori la clausola generale di buona fede potrebbe essere intesa come una specificazione di quella di correttezza, e tale rapporto sarebbe da motivarsi sulla base della maggiore pregnanza che la prima ricopre all'interno della vicenda contrattuale rispetto a quella obbligatoria[185].

Un tale approccio, nell'applicazione concreta, non finisce per condurre a conseguenze molto difformi da quello che postula la sostanziale coincidenza tra le due clausole generali.

Altra ricostruzione ha proposto di differenziare i due concetti sotto il profilo dell'area di incidenza: l'art. 1375 avrebbe ad oggetto solo i rapporti di origine contrattuale, mentre la norma di cui all'art. 1175 avrebbe, sotto questo profilo, quale propri destinatari solo i rapporti obbligatori non originatisi da contratto[186].

Sul punto, si è già avuto modo di ricordare la ricostruzione in base alla quale una corretta analisi della normativa di correttezza non permette una tale interpretazione restrittiva.

Né, può condividersi la tesi di chi ha ritenuto di identificare nella clausola di buona fede, piuttosto che una norma integrativa del contratto, «*solo un criterio da osservare nel corso dell'esecuzione del rapporto: destinato a funzionare in una fase successiva alla determinazione del contenuto del contratto*»[187].

Tale impostazione pare da non condividersi perché da ricondursi ad una visione non estesa a tutte le norme in tema di correttezza e buona fede. Ed infatti, seppur la previsione normativa di riferimento di solito contemplata in

---

(184) Oltre agli autori indicati alla precedente nota, si vedano SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, *cit*., 2129; BESSONE-D'ANGELO, *Buona fede,* cit., 1 ss; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 49.

(185) Cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 4, il quale afferma come «*nel nuovo sistema instaurato dal codice del 1942, l'introduzione del principio di correttezza nella previsione normativa dell'art. 1175 in testa alla disciplina generale del rapporto obbligatorio, fa sì che, l'interpretazione del contratto secondo buona fede e l'esecuzione del contratto secondo buona fede vadano considerate pure specificazioni attraverso le quali viene operata una prima* Konkretisierung *di quel principio*». In senso sostanzialmente analogo, già ROMANO, *Buona fede,* cit., 689 che qualifica l'art. 1375 come specificazione, norma speciale, rispetto la previsione di cui all'art. 1175.

(186) Si veda a tal proposito quanto rilevato da BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto* civile, cit., 169.

(187) Cfr. LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 84 ed *ivi* note 210 e 211.

tale giudizio comparativo è l'art. 1375, una ponderata riflessione sulla portata della clausola di buona fede non potrebbe effettuarsi non tenendo presente, oltre a quanto derivante dall'attività di specificazione dei principi costituzionali nella stessa clausola generale, anche dalla considerazione delle altre norme del codice civile[188], senza le quali non è possibile procedere *funditus* ad una ricognizione della buona fede e della sua portata.

Una lettura delle medesime norme, oltre quanto sin qui considerato, fanno apparire evidentemente come la buona fede sia norma che presiede a tutta la vicenda obbligatoria, dal suo sorgere sino alla sua conclusione. Sotto tale profilo, dunque, una interpretazione restrittiva come quella ricordata appare non condivisibile[189].

Di chi ha ritenuto, invece, di differenziare le due clausole generali sotto il profilo soggettivo, si è già dato conto precedentemente[190].

Ed ancora, non persuade l'opinione di chi[191] ritenga che la buona fede, anche quella di tipo oggettivo, attenga ad una valutazione individuale di ciascuno dei contraenti, mentre la correttezza, pur essendo anche questa metro di valutazione dell'agire individuale, sarebbe relativizzata al comportamento della controparte

L'affermazione appena riportata non può, sotto alcun profilo, essere condivisa perché nega un carattere quasi universalmente riconosciuto alla clausola generale di buona fede: quello della relatività e relazionalità del concetto stesso che è forgiato nella relazionalità delle parti del rapporto obbligatorio[192].

Tale aspetto risulta ancora più evidente ove si consideri come la buona fede e la correttezza siano gli strumenti giuridici per mezzo dei quali concretizzare i principi e le norme costituzionali.

---

(188) In particolare gli artt. 1337, 1358, 1366 e 1460, 2° comma del codice civile.

(189) Si veda sul punto anche quanto affermato da RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 142.

(190) Cfr. par 1.5.

(191) CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, 162.

(192) Che sin da quanto rilevato da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 93 ss. non è mai stato seriamente posto in discussione, anche alla luce del dato letterale delle norme relative alla buona fede.

Se, dunque, si può con sicurezza affermare che la nostra scienza giuridica è, ormai, maggiormente convinta dell'identità tra la clausola generale di correttezza e quella di buona fede, si ritiene, pur condividendo l'impostazione nel suo fondamento, che una qualche differenza debba pur esservi e che, sotto tale profilo, l'apporto del dettato costituzionale non abbia potuto ingenerare una totale *confusione* dei due concetti[193].

Sia consentito, sotto tale profilo, muovere dalla posizione di Mengoni[194], sopra ricordata[195], che, ad avviso di chi scrive ha avuto, e mantiene, il merito di aver delineato gli estremi di un rapporto intercorrente tra la buona fede e la correttezza nella prospettiva del ruolo genetico che le stesse ricoprono rispetto alla categoria degli obblighi di protezione.

Il pregio della soluzione prospettata da Mengoni, che si ritiene di condividere pienamente, sta nell'aver segnalato come, seppur tra le due clausole debba riscontrarsi enorme vicinanza, tuttavia, tra le stesse non possa darsi assoluta coincidenza.

Sia concesso ragionare nei termini seguenti.

Se, alcuni anni dopo rispetto al contributo di Mengoni, Rodotà è giunto a teorizzare una *normativa di correttezza*, alla luce della asserita comune incidenza dei concetti di buona fede e correttezza, quali strumenti di concretizzazione dei principi Costituzionali, piacerebbe poter affermare che Mengoni, già alcuni anni prima, aveva, sostanzialmente, posto le basi per *un sistema di buona fede e correttezza*[196], indicando il rapporto intercorrente tra le due clausole generali e del rapporto tra queste e la solidarietà costituzionale[197], specialmente nella prospettiva della teoria degli obblighi di protezione. Ed infatti, è sufficiente portare di poco oltre il ragionamento

(193) Si potrebbe essere, infatti, portati a ritenere che vi fossero delle distinzioni tra le due norme nell'originaria impostazione del codice civile del 1942, ma che le stesse siano venute meno grazie alla *vis* espansiva dei principi contenuti nella carta costituzionale sino a creare una sostanziale identità tra i due concetti.

(194) MENGONI, *Obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzo,* cit., 285.

(195) Cfr. par. 1.6.

(196) Ci si permette di proporre tale definizione per la soluzione prospettata da Mengoni, anche alla luce delle riflessioni che si svolgeranno nel prosieguo del testo.

(197) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 393, nota 35.

effettuato dall'Autore[198], con le riflessioni relative alla buona fede e correttezza, ed alla attività di specificazione e concretizzazione dalle stesse posta in essere rispetto principi costituzionali, per rendersi conto di come, in realtà, possa cogliersi un vero e proprio sistema di integrazione sinergica del rapporto obbligatorio, composto dalla normativa sulla correttezza e quella sulla buona fede.

Se da un lato, la ricostruzione proposta da Rodotà ha avuto il pregio di sottolineare, soprattutto, la valenza contenutistica delle clausole di buona fede e correttezza, la ricostruzione di Mengoni, ha avuto il pregio di saper spiegare la relazione tra i due concetti e di *metterli a sistema* senza doverne affermare una sostanziale identità.

Quest'ultimo rilevava, infatti, l'idoneità della buona fede ad estendere o a restringere il contenuto dell'obbligazione alla luce dei principi della solidarietà e, si potrebbe aggiungere, di ogni altro principio costituzionale e ordinario che è in grado di specificarsi attraverso la clausola di buona fede; tale funzione della buona fede è ricavabile «*altresì dall'art. 1175*»[199]. Ed è proprio questa la norma che prevede l'insorgenza di quegli obblighi di protezione che «*sulla base di una valutazione di buona fede, accedono al rapporto obbligatorio in ragione dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e il proprio patrimonio dallo specifico pericolo di danno derivante dalla particolare relazione costituitasi tra i due soggetti*»[200].

Come già si è avuto modo di rilevare[201], è attraverso una valutazione, parametrata alla concreta vicenda obbligatoria, di buona fede che gli obblighi di correttezza si determinano nella loro estensione ed accedono al rapporto, stabilendone l'estensione e i contenuti.

Ecco che, senza timori di sincretismi, si ritiene pienamente condivisibile l'impostazione, anche nell'ottica delle tematiche qui affrontate, proposta da Mengoni sui rapporti tra le clausole generali di buona fede e correttezza, in relazione agli obblighi di protezione, seppur informata delle successive

(198) Trattasi in realtà di mera opera di contestualizzazione, rispetto a quanto già affermato nell'opera citata.

(199) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 285.

(200) Così MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 285.

(201) Cfr. par. 1.6.

riflessioni in tema di qualificazione contenutistica delle clausole di buona fede e correttezza, alla luce di principi e norme costituzionali, delle quali si è cercato di dare brevemente conto nel presente lavoro.

2.2 Sull'applicazione diretta o indiretta dei principi e delle norme costituzionali all'interno del rapporto obbligatorio.

Dopo aver illustrato brevemente la ricostruzione in base alla quale le clausole generali di correttezza e buona fede sarebbero lo strumento giuridico idoneo a recepire, nei rapporti tra le parti, principi e valori costituzionali, si rende necessario un, seppur breve, accenno in merito al rapporto tra i principi costituzionali e le clausole generali.

La necessità di una tale, sintetica, riflessione deriva anche dal dover prendere posizione nei confronti della critica rivolta alla categoria degli obblighi di protezione, sulla base dell'assunto che le clausole di buona fede e correttezza sarebbero eccessivamente generiche e indeterminate, per far sorgere obblighi specifici.

In realtà, dunque, dovrà tenersi conto di due distinti, ma collegati, profili: il primo relativo alle modalità di operatività dei principi e delle norme costituzionali[202] nei rapporti tra i privati e di come questi possano essere

---

(202) Giacché, ad oggi, secondo parte della dottrina non potrebbe più sostenersi, alla di quanto ormai pacificamente ritenuto dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza in materia, che possa negarsi rilevanza a principi e precetti costituzionali all'interno dei rapporti tra privati e, segnatamente, nell'ambito della disciplina che regola il rapporto obbligatorio e quello contrattuale. Si veda, a titolo esemplificativo, per tale impostazione, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 205, alla nota 170, ove si afferma, rispetto alle tesi che postulano la natura programmatica o interpretativa delle norme della Costituzione, come «*tali impostazioni contrastano con la natura normativa (e immediatamente vigente) della Costituzione quale legge fondamentale e fonte prima di norme giuridiche e, altresì, quale* «strumento di perenne integrazione e di costante costruzione del maggior pluralismo e della maggiore libertà possibili*» (P. Femia, Interessi,* cit., *p. 300)*». Cfr, i riferimenti *ivi* contenuti per una panoramica sugli Autori che sostengono la natura programmatica o interpretativa delle norme Costituzionali. Un problema di applicabilità, diretta, potrebbe porsi, come in effetti alcuni Autori denunciano, solo riguardo ad alcune tipologie di norme relative a diritti fondamentali. In tal senso, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Scritti I, Metodo e Teoria Giuridica*, Milano, 2011, 101 ss., pubblicato per la prima volta in *Banca e borsa e tit. cred.*, 1997, 1 ss.: afferma, alla pagina 104, che «*di regola, i diritti fondamentali corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana, con i quali deve armonizzarsi l'iniziativa economica privata e quindi anche l'autonomia negoziale privata, non hanno efficacia*

recepiti attraverso le clausole generali; il secondo relativo al problema della presunta problematica indeterminatezza dei concetti di buona fede e correttezza[203].

Bisogna muovere dalla premessa che i rapporti intercorrenti tra le clausole generali di buona fede e correttezza e i principi e le norme costituzionali siano rapporti che attengono ad un unico sistema ordinamentale e non, certo, a due sistemi normativi differenti[204].

Come puntualmente osservato, «*non si tratta di una complementarità tra sistemi singoli ma di una coessenzialità strutturale che si risolve in una completa integrazione: sì che ogni norma è norma di un medesimo e unico sistema*»[205].

Pertanto, le norme rinvenibili all'interno del nostro sistema giuridico positivo dovranno essere poste in una relazione armonica che permetta di interpretate le une per mezzo delle altre, fermi i rapporti gerarchici esistenti tra le fonti di produzione del diritto.

In tal senso, infatti, qualunque profilo o ambito del diritto deve essere, almeno tendenzialmente, analizzato e interpretato alla luce di tutto l'ordinamento positivo. L'interpretazione, per essere definita effettivamente sistematica, deve essere un'interpretazione a «*trecentosessanta gradi*» o, diversamente, non potrebbe essere considerata interpretazione[206]. In tal senso, allora, appare condivisibile la tesi di Rodotà[207] in base alla quale, per cogliere effettivamente la portata delle clausole di buona fede e correttezza, è necessario mantenere un approccio sistematico che tenga conto di una visione unitaria, e non meramente settoriale, della materia. La fattispecie concreta dovrà, allora, essere regolata sulla base di una applicazione coordinata della

immediata nei rapporti privati»; ma si veda anche quanto dallo stesso sottolineato alla pagina 108, in merito alle questioni che qui maggiormente interessano.

(203) Più che una riflessione compiuta, che esulerebbe dall'oggetto del presente lavoro, si intende solo dar conto della non fondatezza dell'affermazione secondo la quale le clausole di buona fede e correttezza sarebbero inadeguate a far sorgere gli obblighi di protezione, a causa della loro eccessiva indeterminatezza.

(204) Cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 196.

(205) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 196.

(206) Così PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 197 e 198; cfr. anche *ivi* i riferimenti contenuti alla nota 146.

(207) Cfr. par. 1.7.

norma costituzionale e di quella ordinaria[208]. Una corretta interpretazione sistematica dovrà preoccuparsi di adeguare la previsione contenuta in una norma ordinaria al dettato costituzionale, rideterminando la portata di quella alla luce di questa; solo nel caso in cui tale interpretazione adeguatrice non sia effettuabile, si dovrebbe ricorrere all'intervento della Corte Costituzionale.

Va da sé, dunque, che il processo ermeneutico risulti maggiormente complesso di quanto poteva essere prima dell'introduzione della Carta Costituzionale e, ancora di più, se si tiene conto che il nostro ordinamento positivo deve essere colto nel suo stato attuale, anche alla luce delle influenze derivanti dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione Europea.

Da tale ulteriore constatazione consegue che il processo di interpretazione della norma giuridica deve essere immediatamente sistematico.

Sarebbe non corretto, dunque, dar vita ad un processo interpretativo attuato per successivi passaggi, nel quale ogni fase consista nell'interpretare la norma solo all'interno di un dato ordinamento: prima nell'ambito ordinario, poi in quello costituzionale, successivamente in quello comunitario e, infine, in quello internazionale[209].

Nella medesima prospettiva, inoltre, dovranno essere posti tutti i canoni di interpretazione.

E ancora, non condivisibile sarebbe l'approccio di chi veda il principio o la norma costituzionale quale semplice limite della norma ordinaria.

Tale impostazione porrebbe a fondamento l'idea che la norma ordinaria sia, di per sé, valida, all'interno dell'ordinamento ordinario, fintanto che non sia idonea a ledere un interesse costituzionalmente protetto[210]. La conseguenza di una tale impostazione sarebbe quella di considerare il dettato costituzionale come residuale; un *posterius* logico-giuridico non sempre operante e rilevante solo allorquando la norma ordinaria invada gli ambiti

---

(208) In tal senso, sempre PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 205, alla nota 169 parla di «*combinato disposto*» a proposito della tecnica impiegata per porre in relazione la norma ordinaria e quella costituzionale.

(209) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 207.

(210) In questo senso PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 536 e *ivi* la nota 2; ed ancora alla successiva pag. 537, l'Autore afferma «*d'altronde che le norme costituzionali si propongono di stabilire limite a quelle ordinarie non si può negare; ma che questa sia, per definizione, l'unica funzione delle norme fondamentali è certamente da escludere*».

costituzionalmente protetti. Ecco che, allora, il contributo nel processo ermeneutico della Costituzione sarebbe altamente sminuito[211].

A ragionar diversamente, si affermerebbe, seppur implicitamente, una crasi all'interno dell'ordinamento che, invece, per esser colto nella sua dimensione attuale e dinamica deve essere considerato unico, soprattutto, nella sua concreta operatività.

Né, allo stesso tempo, il valore delle norme costituzionali potrebbe essere limitato alla loro valenza interpretativa[212].

La norma costituzionale, invece, «*assurge a giustificazione della norma ordinaria che con la prima si deve armonizzare coerentemente e ragionevolmente, secondo criteri o principi di adeguatezza e di proporzionalità che postulano la conoscenza approfondita anche della peculiarità del caso concreto*»[213].

Chiarite queste due prime valenze delle norme costituzionali, resta da interrogarsi brevemente sulla questione relativa al fatto che le stesse norme costituzionali possano essere direttamente applicabili, nei rapporti tra privati, o se necessitino di una norma ordinaria che permetta alle stesse di essere calate all'interno della vicenda obbligatoria.

Come più sopra abbiamo detto, le clausole di buona fede e correttezza, proprio perché clausole generali, costituiscono uno degli strumenti giuridici d'elezione attraverso i quali le norme e i principi costituzionali possono concretizzarsi contribuendo, essi stessi, alla ridefinizione dei concetti di buona fede e correttezza sulla base, anche, del contesto all'interno del quale le clausole generali sono chiamate ad agire.

Ebbene, per quanto qui interessa, la questione può essere delimitata nel senso di confermare sicuramente l'idoneità ontologica della buona fede e correttezza a recepire il principio di solidarietà costituzionale[214], nonché tutti

---

(211)Ed ancora, viene rilevato da PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.,537 come «*il ricorso alla nozione di limite impedisce altresì che la norma costituzionale possa essere fatta valere come norma vera e propria dagli operatori giuridici, consentendo a costoro soltanto di interpretare e applicare, mediante lo schema logico della sussunzione, la norma ordinaria, con la riserva tuttavia di eccepirne, nei limiti e con le modalità previste, il difetto di legittimità costituzionale*».

(212) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 538.

(213) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 207

(214) Sul punto chiaramente CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, cit., 656. Granitico è anche l'orientamento in tal senso della giurisprudenza della Corte di

quelli che abbiano attinenza con i rapporti di matrice obbligatoria. Relativamente alla modalità di applicazione della disciplina costituzionale, si parla di applicazione diretta o di applicazione indiretta[215].

Va da sé, che ove si postulasse la prima ipotesi la norma dovrebbe essere sufficientemente specifica e dettagliata da permetterne un impiego senza mediazione alcuna.

Sotto tale profilo, riguardo il rapporto tra le clausole generali di correttezza e buona fede, nella prospettiva della loro idoneità a fondare la categoria degli obblighi di protezione, può affermarsi che la norma costituzionale agirebbe con quella ordinaria secondo «*lo schema logico del combinato disposto*»[216].

Non, quindi, sola attività interpretativa, ma costruzione ed identificazione della norma concretamente applicabile: la norma costituzionale assurge a strumento di interpretazione e allo stesso tempo diviene «*parte integrante della medesima normativa destinata a regolare il concreto rapporto*»[217].

E tale affermazione è riferibile non solo alle norme, ma anche ai valori ed ai principi costituzionali.

Secondo tale impostazione, dunque, non paiono esserci argomenti volti a contrastare l'ipotesi della diretta applicabilità delle previsioni costituzionali ai rapporti tra privati[218] e che ciò possa avvenire anche in quelli obbligatori e contrattuali pare, davvero, non potersi dubitare.

Cassazione; si vedano a titolo esemplificativo Cass. civ., 8 febbraio 1999, n. 1078; Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14605; Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 264.

(215) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 543. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 impiegata nella riproduzione anastatica del 2011, 25 alla nota 38 rileva che «*le norme costituzionali in ogni caso assumono rilievo in ordine all'attività dei privati quanto meno attraverso l'intermediazione del principio di ordine pubblico*». Si vedano anche le considerazioni di VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, 52 ss.

(216) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 544; nella stessa occasione, l'Autore evidenzia la preferibilità della tecnica del combinato disposto rispetto a quella della sussunzione, rilevando come «*si rivela così inconsistente il meccanismo della sussunzione, che erroneamente postula la precedenza logica cronologica dell'interpretazione rispetto alla qualificazione: l'una e l'altra sono aspetti di un processo conoscitivo unitario rivolto ad individuare la norma da applicare*.

(217) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 544. Ed ancora, alla pagina seguente «*le norme costituzionali, che dettano principi di rilevanza generale, sono di diritto sostanziale e non meramente interpretative; il ricorso ad esse, anche in sede di interpretazione, si giustifica, al pari di qualsiasi altra norma, come espressione di un valore al quale la stessa interpretazione non si può sottrarre*».

(218) Per tutti, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 551; alla nota 75 l'Autore richiama il pensiero di PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della*

Tuttavia, probabilmente, sotto il profilo della diretta attuabilità, dovrebbe effettuarsi una distinzione tra tipologie di norme costituzionali, sulla base dei valori da queste addotti, soprattutto nella loro prospettiva limitativa dell'autonomia negoziale[219].

Ed infatti, buona fede e correttezza, nello svolgere una funzione integrativa, possono congiuntamente svolgere una funzione di limitazione dell'autonomia privata, rimodellando il rapporto obbligatorio alla luce dei valori dei quali si fanno portatrici[220].

Secondo altra ricostruzione[221], si ritiene che per determinate tipologie di valori e di diritti sia necessaria la mediazione della legge; in particolare, tale discorso dovrebbe applicarsi ai diritti fondamentali corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana e, soprattutto, per quanto in questa sede rileva, della solidarietà.

La solidarietà, dunque, nella sua funzione di arricchimento del rapporto obbligatorio di valori che non siano meramente patrimoniali, potrebbe necessitare di un *medium* normativo.

Ecco che in tal senso, soccorrono le clausole di buona fede e correttezza, nel farsi carico di tradurre ed introdurre nella vicenda obbligatoria i valori di cui si compone la solidarietà sociale e, trattandosi del medesimo meccanismo,

---

Costituzione, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, 189, il quale asserisce «*che la Carta Costituzionale, nel suo complesso, sia di attuazione immediato, è talmente ovvio che neppure sarebbe il caso di parlarne. Tutte le leggi organiche, maturato il tempo dell'entrata in vigore, tendono alla immediata realizzazione di quella modificazione della realtà giuridica che ha spinto il legislatore a formularle. Tale impulso alla immediata ed integrale attuazione massimamente si avverte in relazione alla Carta Costituzionale, che non solo si presenta come legge organica, ma è addirittura la legge fondamentale destinata a determinare le linee strutturali dello Stato*».

(219) Per tale profilo si rinvia ai parr. 1.5 e 1.6 della seconda parte del presente lavoro.

(220) In tal prospettiva vedi DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 355 il quale rileva che «*i confini tra la buona fede con funzione integrativa e quella con funzione di limite sono alquanto mobili. Sovente, proprio in funzione di limite all'esercizio arbitrario di poteri, può servire l'uso della buona fede integrativa*».

(221) Cfr. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione,* cit., 104; ID., *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Scritti I, Metodo e Teoria Giuridica*, Milano, 2011, 101 ss. ,pubblicato per la prima volta in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale* a cura di NAPOLI, Milano, 1998, 3 ss; MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 217 ss; quest'ultimo rileva, a proposito del principio di solidarietà, che «*il principio costituzionale in parola, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale, non gode infatti di efficacia immediata e diretta nei rapporti tra privati, ma soltanto nei rapporti tra cittadino e Stato*».

anche di tutti quei valori che risultino essere attinenti al rapporto obbligatorio.

Ed infatti, in ogni caso, i diritti fondamentali «*intesi come principi oggettivi, costituiscono parametri valutativi per l'interpretazione/concretizzazione delle clausole generali del diritto civile*»[222].

Dunque, tenuto conto della rilevanza che il principio di solidarietà e gli altri valori costituzionali hanno all'interno della concretizzazione delle clausole generali di buona fede e correttezza, è possibile affermare che, in tale prospettiva, vi sarà sempre un'applicazione della norma costituzionale, in forma diretta o indiretta, a seconda della teoria che ritiene di condividere.

Per quanto attiene le clausole di buona fede e correttezza, sotto il profilo della loro concretizzazione, ci si avvarrà di una normativa complessa, data dalla risultante del coordinamento tra la norma ordinaria e quella «*straordinaria*»[223] (costituzionale), allorché si darà luogo all'applicazione indiretta[224].

Avuto riguardo al contenuto delle clausole di correttezza e buona fede, deve aggiungersi un'altra riflessione.

Si è cercato di sottolineare, nel corso del testo, come non possa darsi luogo ad una identificazione *tout court* tra le clausole di correttezza e buona fede e il principio di solidarietà.

Innanzitutto, per la motivazione poco sopra esposta: le clausole di buona fede e correttezza non assurgono a strumento di concretizzazione del solo principio di solidarietà, ma costituiscono strumento principe di recepimento

---

(222) Così MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 108; *ivi*, l'Autore a proposito del tema concretizzazione di cui sopra individua «*a) obbligo di correttezza tra debitore e creditore (art. 1175), avente una funzione di collaborazione reciproca in ogni fase del rapporto per la salvaguardi degli interessi di ciascuna parte; b) principio della buona fede precontrattuale, che regola il comportamento delle parti nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337), oppure, nei contratti-standard con i consumatori dove è esclusa la fase della trattativa, assoggetta ad un controllo di ragionevolezza le condizioni che «determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 1469-bis c.c.); c) principio della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1366, 1375, 1440, comma 2, c.c.)*».

(223) L'espressione è di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 555.

(224) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 555; poco dopo l'Autore aggiunge «*quindi non sempre e soltanto mera regola ermeneutica, ma anche norma di comportamento, idonea ad incidere sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive funzionalizzandone ai nuovi valori*».

di ogni principio, costituzionale e ordinario, rilevante all'interno dei rapporti obbligatori e contrattuali o nei diversi casi previsti dalla legge.

Ed inoltre, l'identificazione di cui sopra dovrebbe ritenersi non corretta laddove implicitamente ponesse quale *prius* logico la norma civilistica e non quella costituzionale. Deve, invero, considerarsi come la norma ordinaria non possa costituire il limite, per così dire, dalla disposizione o del principio contenuto nella carta fondamentale; in tal modo, si finirebbe per creare istituti che siano *costituzionalmente coperti* ma già individuati, a priori, nei loro tratti costitutivi[225].

Ed invece, è il principio costituzionale che, *egemonico* rispetto a quelli ordinari, pone questi in una situazione di subordinazione gerarchica, elidendo quelli che non possano ritenersi compatibili.

L'operazione ermeneuticada compiersi, dunque, non sarà solo quella di individuare il principio costituzionale al quale riconnettere la norma ordinaria, in qualunque forma considerata, bensì sarà quella di analizzare, altresì, gli effetti del singolo istituto, una volta confermata l'applicabilità della disposizione costituzionale alla fattispecie che si intende regolare[226].

Tale approccio, peraltro, avrebbe l'innegabile pregio di essere rispettoso della gerarchia delle fonti propria del nostro ordinamento.

---

(225) Per questa e le successive riflessioni cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 235 ss.

(226) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti,* cit., 236; ed ancora *ivi* «*non corretto, invece, sarebbe il metodo di chi volesse leggere l'uno in funzione dell'altro o attraverso la* precomprensione *fornita dall'altro; e tanto maggiore sarebbe la scorrettezza, ove i termini di lettura della categoria costituzionale fossero impostati dalla categoria fissata nella legge ordinaria*». Poco dopo, si aggiunge che «*è la normativa ordinaria che deve fungere da strumento di Konkretiesirung delle norme costituzionali e non viceversa*». In particolare CASTRONOVO formula le suindicate osservazioni proprio in risposta a quanto sostenuto da RODOTÀ ne *Le fonti di integrazione del contratto*, cit. Ed infatti, il primo rileva come il «*servirsi della Costituzione per concretizzare il contenuto delle clausole generali di diritto comune conduce necessariamente a chiudere il principio costituzionale richiamato entro i confini in cui esso è funzionale a questo scopo*»; ed ancora, a proposito dell'affermazione secondo la quale «*l'art. 2 Cost. ribadisce, con un singolare ritorno terminologico, la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà» (*così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 174 ss.) osserva come «*quella che voleva essere una concretizzazione della clausola ordinaria attraverso la clausola costituzionale, finisce in un'identificazione che, lungi dal concretizzare, si limita ad accostare due termini, due clausole generali, il cui unico elemento comune pare essere l'indeterminatezza. Né la solidarietà utilizzata in questo modo pare aver fornito alla correttezza qualcosa di più di ciò che quest'ultima già da sè fosse capace di dare*».

2.3 Il problema delle clausole generali.

Devono ora considerarsi, brevemente, la correttezza e la buona fede sotto il profilo della loro natura giuridica.

Ed infatti, una delle critiche ricorrenti, in merito alla ricostruzione della categoria degli obblighi di protezione come fondata sulla buona fede e correttezza, è basata proprio sulla natura di tali disposizioni.

La loro natura di clausole generali[227], infatti, le renderebbe inidonee a fondare qualsivoglia obbligo di protezione, poiché eccessivamente vaghe ed indeterminate[228].

Orbene, si ritiene che la superiore osservazione non possa condividersi, ove si tenga conto delle seguenti considerazioni.

Il c.d. *problema delle clausole generali* è stato oggetto di puntuali riflessioni da parte della nostra dottrina[229]; ed è proprio tenendo presente tali risultati

---

(227) Si veda, a proposito della qualifica della buona fede in termini di clausola generale o di principio e delle relative conseguenze, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 41. Per quanto riguarda il presente lavoro, appare appena necessario sottolineare che le considerazioni che si svolgeranno nel prosieguo avranno il solo scopo di replicare alle critiche rivolte alla categoria degli obblighi di protezione basati sulla buone fede, in ragione della supposta impossibilità di questa di generare obblighi specifici, a causa della propria eccessiva indeterminatezza. Non si affronterà, dunque, il problema se la buona fede vada qualificata come principio o clausola generale, giacchè del tutto estraneo agli scopi del presente lavoro, sperando di non essere tacciati di «*cattiva coscienza*» ove ci si trovi ad impiegare alternativamente entrambe le qualificazioni (a tal riguardo PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 138 che riporta le parole di NATOLI, *Abuso di diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, 529 ss.).

(228) Tra i sostenitori di questa tesi si rimanda, a titolo esemplificativo, all'opinione espressa da MAJELLO, *Custodia e deposito*, *cit*, 67 in base alla quale «*si è veduto come la buona fede sia concetto generico e astratto quando si essa si vuol vedere la fonte di taluni specifici doveri*» ed *ivi* il rimando contenuto alla nota 120 Si confronti, altresì, l'affermazione di CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, cit., 23 secondo la quale «*la buona fede, in quanto concetto generico e astratto, non impone un comportamento a contenuto prestabilito e dunque non può essere facilmente fonte di specifici doveri*». Tale concetto viene dilatato a tal punto che, alla nota 34 contenuta alla pagina successiva, l'Autore arriva ad affermare che «*il dato costituzionale, infatti, se per un verso offre innegabili (e ovvii) punti di riferimento (ad es. art. 2, 3, 32, 37, 38) in realtà rimane generico, se non trova precisi riscontri sul piano della normazione ordinaria*». Una tale interpretazione, che non si ritiene di condividere nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze, potrebbe avere pericolose conseguenze abrogative, in fase applicativa, delle norme integranti le clausole generali che, come sottolineato nel testo, costituiscono, invece, lo strumento giuridico per eccellenza da impiegarsi nel processo di concretizzazione dei valori costituzionali. Sempre sul tema delle clausole generali e della loro idoneità a fondare obblighi ulteriori si vedano BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento dell'obbligazione*, cit., 77 ss.

(229) Si segnalano, con respiro di sintesi, i contributi di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*, 1986, 13 *ss*; ID., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., 239 ss.; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ibid*,, 1986, 29 *ss*.;

ricostruttivi che è possibile giungere alla conclusione che non fondata sia l'affermazione di inidoneità della buona fede e della correttezza, in ragione della loro attitudine a generare obblighi di protezione.

La clausola generale, per sua conformazione, si distingue dalla normazione *analitica*[230] o secondo *tecniche regolamentari*[231]; ed è proprio in virtù della sua peculiare natura, che costituisce idoneo strumento giuridico in grado di favorire il processo di adeguamento dell'ordinamento alla realtà che si deve regolare[232]. Tale circostanza pare non esser stata convenientemente colta dalla nostra giurisprudenza, specie sino agli anni '80 del secolo scorso, che anzi ha, per lo più, evitato l'impiego di dette clausole generali nella soluzione delle problematiche affrontate[233].

Diverse, probabilmente, sono state le ragioni di una tale ritrosia.

Si è sottolineata la circostanza che in Italia lo stato di diritto si sarebbe «*affermato in più stretta connessione con l'ideologia del positivismo legislativo dando luogo ad una radicata tradizione di formalismo legalistico*»[234].

Sotto altro profilo, si è denunciata unanon soddisfacente ricostruzione dogmatica della categoria[235], che ha contribuito a fortificare l'opinione in base

---

RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ibid*., 1987, 728 ss.; dello stesso autore *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 184 ss.; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv*, 1984, 539 ss.; GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto IV, Disc. priv., Sez. civ.,* II, Torino, 1988, 403 ss.; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., in particolare 223 e *ss*., PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali,* Milano, 2013.

(230) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 184; la medesima ipotesi viene anche definita a «*fattispecie chiusa*».

(231) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 224 ss.; la tecnica regolamentare viene definita come quella «*caratterizzata da previsioni specifiche e circostanziate. La norma prevede un'ipotesi più o meno determinata*»; ed ancora, «*l'ipotesi normativa è definita fattispecie astratta*». L'Autore aggiunge, poi, come la «*contrapposizione tra la tecnica regolamentare e quella per clausole generali non è netta; spesso nella stessa norma v'è una previsione particolareggiata per certi aspetti e generalizzata per altri*».

(232) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 223. Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* cit., 5 che definisce le clausole generali come uno degli «*indici di apertura del sistema giuridico*».

(233) In tal senso concordemente tutti gli Autori indicati alle precedenti note; a titolo esemplificativo RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali,* cit., 710 che riporta come negli anni '60 la giurisprudenza considerasse, addirittura, priva di qualsivoglia rilevanza normativa la clausola di buona fede e correttezza; cfr. *ivi* il contenuto della nota 2.

(234) MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* cit., 7. Nel medesimo senso, anche, RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali,* cit., 186 e cfr. da 185 a 189 per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione storica della vicenda delle clausole generali; cfr. per tale ultimo aspetto anche CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali,* cit., 28.

(235) MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* cit., 8.

alla quale quel margine di incertezza caratteristico delle clausole generali ne impedisse «*la loro applicazione ai casi concreti e la loro utilizzazione in sede di ricostruzione scientifica*»[236]. Ma gli aspetti per i quali spesso le clausole generali vengono criticate, costituiscono, in realtà, il punto di forza delle stesse.

È necessario solo prendere coscienza delle peculiarità di tali norme[237], per rendersi conto come non siano riferibili alle stesse, in chiave negativa e delegittimante, quei caratteri di vaghezza, genericità e astrattezza tali da renderle, di fatto, non utilizzabili o non idonee a far sorgere obblighi specifici[238].

Ed infatti, la clausola generale, come più sopra accennato, non contiene un modello decisionale costituito a priori attraverso una fattispecie normativa astratta, ma impartisce una misura e una direzione nella determinazione della norma concreta. Ed allora, se di una qualche incompletezza delle clausole generali si vuol parlare, lo si potrà fare solo nel senso che si tratti di norme che non hanno una propria fattispecie di riferimento, poiché dovranno concretizzarsi nell'ambito «*dei programmi normativi di altre disposizioni*»[239].

Niente a che vedere, dunque, con la presunta mancanza di attitudine delle stesse ad essere poste a fondamento di una decisione o dell'insorgenza di obblighi specifici.

Avuto riguardo all'operazione ermeneutica[240] che l'interprete dovrà effettuare innanzi ad una clausola generale, può affermarsi che nessuna differenza, in termini qualitativi e sostanziali, può rinvenirsi tra detta operazione interpretativa e quella da porre in essere innanzi ad una norma

---

(236) In chiave critica RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali,* cit., 188.

(237) Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* cit., 9, 10,12 per la differenza ontologica e funzionale, rispettivamente, tra clausole generali e norme generali, clausole generali e principi generali e, da ultimo, tra clausole generali e standard.

(238) In tal senso, la violazione delle stesse non comporterebbe alcuna conseguenza sul piano giuridico.

(239) MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* cit., 11.

(240) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali,* cit., 22, riporta come «*è abbastanza agevole rilevare che nella nostra dottrina dalla prospettiva delle clausole generali l'interpretazione appare materia fuori campo perché in esse sarebbe da completare la norma ad opera dell'interprete, diversamente da quanto accade nella interpretazione delle altre norme, le quali di tale completamento non sembrano abbisognare. Dalla prospettiva dell'interpretazione, le clausole appaiono a loro volta fuori campo perché il concorso dell'interprete alla costruzione della norma giuridica contenente una clausola generale pare collocarsi di per sé al di là della pura interpretazione*».

che preveda una fattispecie analitica: «*se una differenza si dà, essa è quantitativa, non di essenza*»[241]. Può, inoltre, rilevarsi che lo sfavore verso le clausole generali sia riconducibile ad altre due considerazioni che, tuttavia, non si ritiene di condividere.

Il primo, relativo alla concezione del processo ermeneutico attraverso il quale ricercare la norma da applicare al caso concreto; il secondo, relativo al desiderato punto di approdo dell'operazione ermeneutica che coinvolge le clausole generali.

Limitatamente al primo profilo, lo stesso potrà essere, seppur non condivisibilmente, ipotizzato sin tanto che si concepirà l'attività interpretativa come meramente dichiarativa[242]. Alla luce della polisemia propria di ogni disposizione di rilevanza giuridica, l'attività interpretativa dovrà qualificarsi quale operazione «*valutativo-volitiva che poco ha a che spartire con le sussunzioni neutre favoleggiate dalla teoria classica dell'interpretazione-applicazione*»[243]. Sostanzialmente, i medesimi problemi che si rinvengono dinanzi ad una norma a fattispecie astratta, si porranno dinanzi ad una clausola generale, seppur, inevitabilmente, in misura maggiore[244].

Rispetto al secondo profilo, come accennato, il problema si annida nell'equivoco, nel quale incorrono coloro che sostengono l'eccessiva vaghezza e astrattezza delle clausole generali, di quale debba essere il risultato finale dell'operazione ermeneutica condotta dall'interprete. Ed infatti, non tenendo conto proprio della differenza ontologica tra la normativa attuata mediante tecnica regolamentare e quella posta in essere attraverso clausola generale,

---

(241) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 23. In senso sostanzialmente analogo cfr. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 725 il quale afferma, a proposito del rapporto tra norme analitiche e clausole generali, «*e, se può certo dirsi che l'indeterminatezza è connotato comune alla generalità dei concetti giuridici, è pur vero che possono ritrovarsi diverse «specie di indeterminatezza», che caratterizzano poi la funziona esplicata da ciascuna categoria di concetti*».

(242) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit.,23 ss.

(243) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit.,23.

(244) CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit.,25; l'Autore rileva che «*proprio sul terreno dell'interpretazione, una volta messa in luce la comune caratteristica delle norme giuridiche, contengano esse o meno clausole generali, di costituire spazi per l'intervento creativo del giudice ai fini della costruzione della norma individuale, la spiegazione dell'affloscimento dell'interesse per le clausole generali, che sarebbe succeduto alla stagione dell'innamoramento, appare meno insondabile di quanto possa apparire di primo acchito*».

ciò che si ricerca è una definizione in termini dommatici che possa essere assoluta e sempre valevole.

Il risultato dell'attività interpretativa condotta, secondo tale approccio, aspirerebbe a circoscrivere attraverso una definizione puntuale, una volta per tutte, il contenuto di ciascuna clausola generale. Ed è proprio a causa, anche, di tale approccio, non convincente nelle sue aspirazioni, che si sono attribuiti alle clausole generali dei falsi problemi. Come esattamente rilevato, la ricerca di una «*definizione in termini dommatici del contenuto delle clausole generali è impossibile o contraddittoria*»[245]. Tale impossibilità è da ricondurre alla variabilità, seppur all'interno di limiti determinati, delle indicazioni normative idonee a riempire di contenuto la clausola generale.

La contraddittorietà, invero, è data dal desiderato risultato finale: restringere il portato della clausola generale ,confinandola nelle ristrettezze di una definizione puntuale, ne snaturerebbe a tal punto la funzione sino a farle perdere la propria essenza adattativa, che costituisce proprio il pregio di tale categoria.

Oltre quanto sino qui brevemente rilevato, di per sé sufficiente a sottolineare come le accuse rivolte alle clausole generali siano infondate, bisogna, poi, tener conto della circostanza che la clausola generale vada, attraverso l'operazione ermeneutica, concretizzata al fine di fungere da regola del caso concreto.

E l'opera di concretizzazione avviene, sempre, con il rinvio a quei principi, costituzionali e ordinari, che sono propri di un dato ordinamento giuridico[246]. Da un lato, dunque, concretizzazione; dall'altro, processo di estrinsecazione del fondamento delle stesse clausole generali[247].

---

(245) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 190. Proprio da tale errore di approccio, prosegue *ivi* l'Autore, «*nasce così l'accusa di 'vaghezza' rivolto alla normativa per clausole generali: ma dovrebbe ormai essere chiaro che questa accusa mette in evidenza soltanto l'impossibilità di adoperare le abituali tecniche definitorie in presenza di quegli strumenti*». Ed ancora, lo stesso Autore ne *Il tempo delle clausole generali,* cit., 716, rileva, a proposito di coloro i quali ritengano che attraverso la tecnica delle clausole generali siano messi in discussione valori legati alla stabilità ed alla sicurezza giuridica, come «*discontinuità e insicurezza non sono variabili dipendenti dal ricorso a questa o a quella tecnica giuridica. Sono dati della realtà, compaiono tutte le volte che l'occhio del giurista guarda verso il futuro*».

(246) PERLINGIERI, *Il diritto civile nelle legalità costituzionale,* cit., 225 ss.

(247) MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali,* cit., 18 ss., laddove l'Autore parla di «precisazione teoretica» delle clausole generali che «*non può esaurirsi nell'analisi delle*

Ed è stato, proprio, grazie alla lunga onda data dall'applicazione dei principi costituzionali, per il tramite delle clausole generali, che si è potuto ulteriormente saggiare la reale portata, nonché l'attualità e utilità di tale tecnica normativa, conferendo al nostro ordinamento una fisionomia perfettamente in linea con l'attuale coscienza giuridica acquisita.

Si pensi, ad esempio, proprio alla longevità della clausola di buona fede che è sopravvissuta sin dai tempi del diritto romano, proprio in virtù della sua capacità adattativa[248].

In tal senso, infatti, un ulteriore profilo, del quale sembrano non tener conto i detrattori della categoria qui considerata, è che le stesse siano sempre calate all'interno di un dato ordinamento positivo e non come monadi disperse, nella desolante assenza di punti di riferimento normativi; ed è, pertanto, sempre e solo all'interno di quel dato ambito operativo che potranno esplicare la loro funzione, senza che questo possa in alcun modo contemplare rischi di vaghezza o eccessiva generalità[249], a fronte di una puntuale attività ermeneutica condotta dall'interprete.

Ed infine, sia dato considerare come le clausole generali costituiscano un eccellente strumento giuridico di adattamento dell'ordinamento alla realtà in continuo cambiamento, qualificandosi come «*modi per dare senso all'essere del tempo giuridico, dove il presente ingloba già il futuro*»[250].

---

rispettive funzioni o dei valori al cui servizio si pongono, ma deve includere anche la costruzione degli strumenti concettuali di fondazione sistematica delle decisioni. Così, ad esempio […] *la clausola della correttezza, considerata sotto l'aspetto della funzione integrativa dei rapporti obbligatori, si precisa nella teoria degli «obblighi di protezione»*.

(248) Cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 29.

(249) Sul punto cfr. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 721 laddove si afferma che «*in questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quello di solidarietà ed uguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni essi contenuti*».

(250) RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 718.

2.4 Responsabilità precontrattuale e obblighi di protezione.

Un altro aspetto, sul quale si ritiene necessario indagare brevemente, attiene il momento a partire dal quale si possa ritenere che gli obblighi di protezione sorgano a tutela delle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti dal rapporto obbligatorio.

Se, infatti, alla luce di quanto considerato, dal momento della conclusione del contratto in poi, è possibile affermare l'esistenza di detti obblighi è ora necessario accertarne l'operatività nella fase delle trattative e della formazione del contratto. Sotto tale profilo, l'identificazione del regime di responsabilità che contraddistingue questa fase della vicenda contrattuale, risulta strettamente collegato alla possibilità di affermare, o meno, l'esistenza degli obblighi ulteriori e autonomi qualificati come protettivi. Come noto, il tema della responsabilità precontrattuale[251] viene ricondotto a Jhering[252], il quale[253] con la teoria della *culpa in contrahendo* cercò di dare risposta al quesito «*se un soggetto è stato colpevolmente causa della nullità del contratto, deve risarcire il danno che l'altra parte ha sofferto per aver confidato nella validità del contratto?*»[254].

Ferma l'importanza dell'opera dello Jhering, la questione della responsabilità precontrattuale si è poi distinta in modi specifici per ognuno degli ordinamenti che hanno subito l'influsso della teoria della *culpa in*

---

(251) Si segnalano, con respiro di sintesi, sul tema BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, 360 ss.; STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, 1110 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 674 ss; CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in CASTRONOVO - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo, II*, Milano 2007, 325- 345; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1270; nonchè GALLO, *Contratto e buona fede*, Milano 2014, 215 e gli ulteriori riferimenti *ivi* indicati alla nota 2.

(252) Per una sintetica ricostruzione storica del tema della responsabilità precontrattuale e delle sue vicende sin dall'epoca romanistica, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1 ss. Sempre sotto il medesimo profilo, cfr. GALLO, *Contratto e buona fede,* cit., 215 ss.

(253) JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, da ultimo in *Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1881, 327; ID., *Della colpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione italiana a cura di PROCCHI, Napoli, 2005.

(254) Riporta così la questione BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 4.

contrahendo[255]. In particolare, per quanto di interesse nel presente lavoro[256], il punto dal quale prendere le mosse è l'introduzione nel codice del 1942 dell'art. 1337 sulla responsabilità precontrattuale, con il quale venne sancita una responsabilità a carico delle parti, derivante da comportamenti contrari alla buona fede, nella fase delle trattative e nella conclusione del contratto.

La nuova norma ha portato con sé un dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale, che non accenna ancora a sopirsi.

Se la giurisprudenza è risultata, per un lunghissimo periodo, granitica nell'attribuire natura extracontrattuale all'ipotesi di cui all'art. 1337[257], non uguale uniformità, come detto, si riscontra in ambito dottrinario.

In particolare, gli Autori che hanno approfondito il tema si sono divisi tra tre diversi orientamenti: un primo che postula la qualificazione di detta responsabilità come contrattuale; un secondo che la qualifica come extracontrattuale ed un ultimo orientamento dottrinario che rinvenendo nella responsabilità precontrattuale elementi sia della responsabilità da fatto illecito che di quella contrattuale, ne sostiene, a diverso titolo, una natura mista[258]. Senza addentrarsi in aspetti eccessivamente specifici sul tema, che esulerebbero dallo scopo della presente trattazione, si vuole in questa sede sottolineare come si ritenga condivisibile la posizione di quella dottrina[259] che

---

(255) Per un sintetico quadro delle ripercussioni della teoria dello Jhering sulle codificazioni moderne, cfr. BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, Milano, 2008, 237, nota 5.

(256) Il tema della responsabilità precontrattuale verrà, infatti, trattato nel presente lavoro limitatamente al rapporto tra questa e l'insorgenza degli obblighi di protezione.

(257) Concordi sul tema tutti gli Autori indicati alle note precedenti. Tuttavia, deve segnalarsi la novità ricostruttiva in materia compiutasi con Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1227 che utilizza la costruzione dell'obbligazione senza prestazione, per la quale si rimanda ai parr. 2.2 e 2.3 della seconda parte del presente lavoro. Si veda, altresì, in commento alla sentenza richiamata CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1233 ss e NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 58 definisce «*alquanto sconcertante*» l'operazione ermeneutica proposta dai giudici della Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia appena richiamata. Si veda altresì, FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"?*, in *Contratto e impresa,* 2013, 287 ss.; ed ancora, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 191 ss.

(258) Per un'indicazione dei diversi autori in base alla loro collocazione rispetto alle diverse correnti dottrinarie cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 118 alla note 6 e 7, 119 note 9 e 10, 126 alla nota 28. Sempre per la collocazione dei diversi contributi, in base alla suddivisione sulla natura della responsabilità precontrattuale, cfr. BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza,* cit., 241 alle note 10, 11 e 12 nonché, in merito, alla dottrina formatasi in vigenza del precedente Codice, alla pagina 242 nota 13.

(259) A titolo esemplificativo MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 360 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.; STOLFI, *In tema di responsabilità*

attribuisce natura contrattuale alla responsabilità derivante dalla violazione della clausola generale di buona fede, nella fase delle trattative e di conclusione del contratto giacché, solo in tale ipotesi, in accordo con quanto sin qui sostenuto in materia di correttezza e buona fede, si potrebbe teorizzare l'insorgenza di obblighi di protezioni a carico delle parti sin da questo momento.

Sinteticamente, queste le ragioni a supporto di tale orientamento.

Innanzitutto, è bene muovere dalle premesse che hanno portato all'introduzione dell'art. 1337 ed alla sua collocazione topografica che, se anche non ritenute dirimenti[260], dovranno essere, in ogni caso, considerate.

Sotto il primo profilo, nella Relazione al codice civile[261], a proposito dei soggetti destinatari della previsione di cui all'art. 1337, si impiegano le espressioni «*parti*» e «*soggetti di un rapporto contrattuale*» e si afferma come gli obblighi di correttezza e buona fede presiedano alle fasi delle trattative e della formazione del contratto, e come le stesse debbano considerarsi rientranti nella sfera del contratto stesso[262].

La scelta topografica[263], del legislatore del 1942, non sembra una scelta neutra ed, anzi, sembra accordarsi perfettamente con ricostruzione che ritiene di qualificare la responsabilità precontrattuale come contrattuale[264].

---

precontrattuale, cit., 1110 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 674 ss. e CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 503 ss.

(260) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 126, che alla nota 29, richiama COLAGROSSO, *Teoria Generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946.

(261) Cfr. *Relazione al Codice civile*, cit., 132, n. 612.

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

(263) di collocare la disposizione de qua nel Titolo II del Libro quarto, rubricato Dei contratti, al Capo II, Sezione I relativa all'Accordo delle parti.

(264)*Contra*, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 127 che non ritiene il criterio topografico rilevante sotto tale profilo. Contrariamente sulla rilevanza della collocazione topografica delle norme, si veda il pensiero di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 35 *ss*. Si veda anche, a proposito dell'introduzione delle disposizioni di cui agli artt. 1337 e 1338 del codice civile, STOLFI, *Il principio di buona fede,* cit., 164, il quale rileva, non senza, sembra, una punta di ironia, come «*siccome nel vigore del codice abrogato si ammetteva che taluno fosse responsabile per la rottura ingiustificata delle trattative o per aver dato causa alla formazione di*

Appare persuasiva la riflessione secondo la quale ove la disposizione di cui all'art. 1337 fosse interpretata come specificazione della responsabilità aquiliana, «*la statuizione dell'art. 1337 si ridurrebbe ad una banale ripetizione del dovere di non ledere l'altrui diritto assoluto*»[265]. Ed appare chiaro come un'interpretazione che di fatto renda inutile, abrogando implicitamente, il dettato della disposizione in oggetto non possa essere condivisa.

Valutato, poi, il tenore letterale della norma, si può rilevare come il legislatore abbia identificato come *parti* i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi derivanti dalla buona fede e correttezza e come, appunto, tali obblighi, proprio perché tali, siano obblighi relativi[266] e, pertanto, di diversa natura rispetto a quei doveri assoluti, la cui violazione comporta la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.[267].

Inoltre, spostare il campo d'azione della norma relativa alla responsabilità precontrattuale, nell'ambito della responsabilità aquiliana avrebbe un'ulteriore conseguenza per nulla trascurabile.

Considerato come l'elemento portante, in grado di strutturare la responsabilità nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, sia la buona fede[268], questa assumerebbe significato e portata difformi a seconda del regime al quale si ritiene di dover ricondurre la responsabilità di cui all'art. 1337.

Ed infatti, per poter parlare di buona fede all'interno della responsabilità extracontrattuale, la stessa non potrebbe essere considerata nella sua variante *oggettiva*, quale «*norma obiettiva di condotta assunta come criterio di specificazione di una serie di obblighi reciproci, imposti alle parti delle trattative*

---

un contratto invalido, e si discuteva soltanto se la responsabilità dipendesse da colpa contrattuale o colpa aquiliana, dopo l'entrata in vigore degli odierni artt. 1337 e 1338, a qualcuno è sembrato che non fosse cambiato nulla, tant'è che si continua a discutere sull'indole della responsabilità, se la colpa in contrahendo *sia aquiliana o meno*».

(265) MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 362 ss.; *contra*, fra i tanti, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 127.

(266) ROVELLI, *Correttezza*, cit., 426.

(267) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 128 e gli Autori *ivi* richiamati alla nota 35. Si veda, nello stesso senso, MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 369 alla nota 16. Cfr. anche, ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, cit., 682 il quale sostiene come il fatto che nella fase vi sia vigenza della normativa sulla correttezza sia un chiaro indice che ci si trovi al di fuori dell'ambito dell'art. 2043 del codice civile.

(268) SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, 81.

indipendentemente dall'esito della conclusione di un valido contratto»[269], ma dovrebbe essere intesa in senso *soggettivo* e, dunque, quale atteggiamento psicologico che un consociato avrebbe rispetto alla violazione dei doveri di condotta, che ciascuno ha nei confronti degli altri, in quanto titolari di diritti assoluti[270].

In altre parole, in tale ricostruzione, la buona fede non sarebbe idonea ad ingenerare obblighi a carico delle parti nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, ma avrebbe solo la funzione «*di fissare un elemento soggettivo necessario per il risarcimento del danno derivato dalla violazione di doveri già esistenti indipendentemente dall'art. 1337*»[271].

Sotto tale profilo, dunque, l'interpretazione della responsabilità precontrattuale quale specificazione di quella aquiliana, oltre a trovare una propria smentita nell'art. 1338[272], viene sconfessata già solo dalla portata testuale della Relazione al Codice Civile su tale punto[273].

E perfettamente coerente con i principi del codice civile, oltre che difficilmente contestabile, appare la qualificazione della buona fede di cui

---

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

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

(271) MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 362; ancora l'Autore rileva come «*precisamente, il significato della disposizione sarebbe questo: il danno ingiusto cagionato a una parte delle trattative da un comportamento dell'altra parte causalmente connesso alla specifica relazione instaurata al fine della formazione di un contratto, è risarcibile solo in quanto il torto sia stato compiuto in mala fede. L'art. 1337 prospetterebbe una figura speciale di fatto illecito, dove la misura della responsabilità dell'autore non sarebbe data dal canone della* culpa-diligentia *sancito dall'art. 2043, bensì dalla mala fede* […]. *L'art. 1337 segnerebbe così una singolare involuzione del nostro ordinamento verso l'originaria impostazione del diritto classico, che concepiva la responsabilità precontrattuale come responsabilità «*ex delicto*» sanzionata dall'*actio doli, *e perciò l'ammetteva solo nei limiti del* dolus in contrahendo».

(272) Cfr. MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 363; l'Autore, a proposito della buona fede che, ove si ritenesse la responsabilità precontrattuale quale specificazione di quella extracontrattuale, dovrebbe essere intesa nella sua accezione soggettiva, rileva: «*una simile interpretazione è evidentemente arbitraria. Dal punto di vista esegetico, essa è smentita già dall'art. 1338, che dell'art. 1337 costituisce una indiscutibile applicazione. La mala fede può sussistere soltanto nell'ipotesi della conoscenza della causa di nullità del contratto, mentre l'art. 1338 ammette la responsabilità anche nell'ipotesi di ignoranza inescusabile.* […] *Comunque la concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità fondata sull'elemento soggettivo della mala fede incontra un ostacolo definitivo nell'art. 1398, che applica il principio dell'art. 1337 al «falsus procurator» fondando la responsabilità sul fatto oggettivo della mancata comunicazione del difetto di procura all'altro contraente*».

(273) Si veda la *Relazione al Codice Civile*, cit., 132, n. 612.

all'art. 1337 come oggettiva[274]. Infatti, la buona fede c.d. oggettiva è nata e si è sviluppata all'interno dei rapporti obbligatori, come direttiva in base alla quale ogni parte deve orientare il proprio comportamento[275]; che l'ambito di operatività proprio della buona fede oggettiva sia il rapporto obbligatorio è così vero che «*quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede*»[276].

Dunque, con la norma di cui all'art. 1337, il legislatore del codice del 1942 ha sancito l'estensione dell'operatività della clausola di buona fede oggettiva al momento delle trattative e della formazione del contratto e, dunque, sin da questa fase della vicenda contrattuale, a carico di entrambe le parti, insorgerebbero quegli di quegli obblighi specifici di correttezza di cui all'art. 1175[277], in ragione del verificarsi di un contatto, tra le sfere giuridiche delle parti, potenzialmente pericoloso per l'incolumità o il patrimonio delle stesse[278].

È proprio con la fase delle trattative che le parti hanno una prima possibilità di ingerenza nella sfera giuridica altrui che, in difetto di quel contatto specificamente volto alla conclusione di un contratto, non avrebbero[279].

---

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

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

(276) MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit.,364.

(277)Giacché, a ragionar diversamente, sfuggirebbe la necessità di prevedere una responsabilità già ricompresa in quella formula generale di cui all'art. 2043.

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

(279) Relativamente a questo profilo, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. 133 ss. che afferma «*che il principio dell'art. 1337 derivi da quello sancito nell'art. 1175, è provato non solo dai precedenti storici cui si è poc'anzi accennato, ma anche dalla parziale identità di contenuto delle due norme (entrambe, infatti, impongono doveri di comunicazione, di segreto e di custodia e, in special modo, dalla identità di* ratio*: entrambe le disposizioni presuppongono un*

Ciò che rileva, dunque, in tale ipotesi è un «*affidamento oggettivamente valutabile*»[280] che una parte riponga nel regolare, leale e corretto comportamento dell'altra parte. Gli obblighi di protezione, dunque, sorgono già nella fase delle trattative e della conclusione del contratto e proprio perché le parti entrano in rapporto a tal fine fra di loro, integrerebbero essi stessi «*un rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti* ex lege»[281].

Un ulteriore argomento, a supporto della teoria che riconduce l'ipotesi dell'art. 1337 nell'alveo della responsabilità contrattuale, si basa sulla considerazione della tipologia di comportamenti che dalla stessa previsione normativa derivano. Non possono ricondursi a questa, infatti, solo obblighi aventi contenuto negativo, inteso come «*facere necessario alla conservazione e al mantenimento dello stato passivo che nulla innova circa la direzione di quei doveri*»[282], bensì di obblighi che tendano anche «*al promuovimento e al soddisfacimento dell'aspettativa di un determinato soggetto*»[283].

In altre parole, tutti quegli obblighi comportamentali che derivano dalla buona fede e correttezza all'interno del rapporto contrattuale, coincidono con quelli che derivano a carico di entrambe le parti in forza della disposizione di cui all'art. 1337. Ed allora, appare quanto mai difficile sostenere che si possa attribuire una diversa natura alla responsabilità susseguente alla violazione degli obblighi derivanti dall'art. 1337, rispetto a quelli derivanti dall'art. 1175; a maggior ragione, ove si consideri, come già accenna sopra, che l'art. 1337 si concretizza anche in una estensione della portata della norma di cui all'art. 1175 anche alla fase delle trattative[284]. Né avrebbe senso, sotto tale

---

«contatto» tra due sfere di interessi, il quale esige dalle parti un atteggiamento particolarmente riguardoso e corretto volto ad evitare eventi dannosi, nonché un impegno di collaborazione per raggiungere lo scopo cui esse tendono: scopo che nell'art. 1337 è dato dalla conclusione del contratto, e nell'art. 1175 da una migliore realizzazione del risultato che esse si propongono di conseguire attraverso il rapporto contrattuale».

(280) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 364; alla nota 16 l'Autore aggiunge che «*l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, è stabilito dall'art. 1337 come obbligo* inter partes*, vale a dire che è un obbligo* relativo *e, dunque, la sua violazione determina una responsabilità contrattuale*».

(281) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo,* cit., 369.

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

(283) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 130.

(284) In tal senso cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 134: «*ne consegue che anche l'inosservanza di un obbligo precontrattuale di buona fede deve determinare una*

profilo, obiettare che gli obblighi derivanti dall'art. 1175 sarebbero accessori rispetto ad un rapporto obbligatorio già instauratosi, mentre lo stesso non potrebbe dirsi rispetto a quelli derivanti dall'art. 1337[285].

Ulteriori conferme, in questo senso, possono rinvenirsi attraverso una sistematica interpretazione di quelle norme che costituiscono specificazione della generale previsione contenuta nell'art. 1337.

Innanzitutto, è necessario rilevare come la conclusione o meno del contratto, in vista del quale vengono svolte le trattative, non rileva ai fini della determinazione della responsabilità precontrattuale[286]; nessuna previsione in tal senso è dato rinvenire all'interno della norma dell'art. 1337.

Proprio perché norma generale, a questa possono essere ricondotte le fattispecie regolate da altre disposizioni nel codice civile, fra le quali, è possibile indicare, ad esempio, l'art. 1494, comma 2°, e l'art. 1718 nei quali rispettivamente l'obbligo di comunicazione sorge nella fase anteriore alla conclusione del contratto e l'obbligo di provvedere alla custodia sorge in capo al mandatario, sulle cose che gli sono state spedite dal mandante, anche ove non intenda accettare la proposta[287].

Se nelle ipotesi indicate (solo alcune di quelle rinvenibili nel codice civile), la responsabilità derivante dalla lesione degli obblighi di buona fede e correttezza è di natura contrattuale, non v'è ragione per ritenere che così non debba essere nelle ipotesi di cui all'art. 1337. Una diversità di natura giuridica della responsabilità derivante dalla violazione dei medesimi obblighi «*appare*

---

responsabilità contrattuale al pari della violazione dei «doveri di correttezza» *che sorgono* ex contractu».

(285) In tal senso cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 135. Ed infatti, si puntualizza come «*una siffatta obiezione si rivelerebbe poco consistente. Invero, quando si sostiene che un obbligo ha carattere autonomo oppure strumentale, si dà rilievo soltanto al suo profilo funzionale, cioè allo scopo che esso tende a realizzare: considerazione da cui non si può certo trarre alcuno spunto in ordine al problema della natura della responsabilità per violazione di quell'obbligo, in quanto questo problema si risolve tenendo unicamente presente se si è verificata una violazione di una «obbligazione» oppure di uno dei doveri rientranti nel sistema dell'art. 2043. E, in relazione all'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337, si sono già esposti gli argomenti per cui si deve ritenere che esso si configura come obbligazione, la quale trova la sua fonte non nella volontà delle parti in trattative, secondo l'insegnamento della meno recente dottrina tedesca, ma nella legge, e pertanto rientra nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta fedelmente nell'art. 1173 c.c.*».

(286) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 365.

(287) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.., 131 ss. Nella stessa logica, cfr., altresì, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365 ss.

inaccettabile, una volta delineato lo stretto legame esistente tra gli articoli 1337 e 1175»[288].

Ci si potrebbe interrogare se rilevi, sotto tale profilo, la circostanza che nell'ipotesi dell'art. 1337 si consideri che il contratto non sia stato validamente concluso e che quindi la susseguente responsabilità sia da qualificare come extracontrattuale.

A ragionare in questo modo, si finirebbe per spostare il fondamento della contrattualità nel successivo contratto concluso validamente.

Il problema di un tale ragionamento è che, come puntualmente osservato, si violerebbe il principio di non contraddizione che costituisce limite anche all'attività del legislatore. Ed infatti, «*non può derivare dal contratto un obbligo che già sussiste all'atto della formazione del contratto medesimo*»[289].

Il *rapporto precontrattuale*[290] non trova il suo fondamento costitutivo nel contratto che venga, eventualmente, validamente stipulato bensì, già *ex* art. 1173, nella buona fede quando sorga l'affidamento obiettivo, in una parte, nella lealtà e correttezza del comportamento altrui, una volta che queste siano entrate in una relazione qualificata volta alla stipulazione di un contratto[291].

La necessità, infatti, che l'ingerenza, reciprocamente autorizzata fra le parti, non si sostanzi in un danno sorge sin dalla fase delle trattative ed è, pertanto, in virtù delle clausole di buona fede e correttezza e del *sistema* che queste, operando congiuntamente, pongono in essere, che deve senz'altro ritenersi che gli obblighi di protezione agiscano sin dalla fase delle trattative e formazione del contratto, postulando un'apposita tutela avente natura contrattuale.

---

(288) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 132.

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

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

(291) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370; proprio perché rientrante tra la terza ipotesi di cui all'art. 1173 del codice civile, l'Autore concorda nel qualificare come *ex lege* tale rapporto, pur premurandosi di sottolineare l'imprecisione di una tale qualificazione.

2.5 Buona fede e correttezza nel diritto europeo. Cenni.

Si è già avuto modo di considerare come nell'approfondimento dell'argomento oggetto del presente studio, si debba tener conto, in una prospettiva di completezza di analisi, anche dei riflessi derivanti dal diritto dell'Unione Europea.

Ci si dovrà porre, seppur brevemente, il problema della portata che le clausole generali di buona fede e correttezza assumono all'interno del diritto europeo[292], per verificarne, innanzitutto, la configurabilità e, successivamente, la coerenza con la ricostruzione che di queste si è data sino a questo punto. Ancora meglio, ove emerga che il contributo normativo proveniente dall'Unione Europea, in forma diretta o indiretta, risulti difforme da quanto sin qui rilevato, bisognerà rivedere la portata della normativa di buona fede e correttezza, riconsiderandola alla luce degli interventi del legislatore europeo.

Una prima considerazione, di carattere generale, da svolgere è quella relativa alla non unitarietà ed uniformità dell'ordinamento europeo, alla luce della differenza delle tradizioni giuridiche riconducibili in capo ai singoli Stati membri. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla nota diversità tra i paesi derivanti da una tradizione giuridica c.d. di *civil law*, rispetto a quelli provenienti da un sistema c.d. di *common law*. In tal senso, il progressivo intervento, volto alla creazione di un ordinamento europeo comune, avrà dei risvolti differenti in ogni paese sulla base della tradizione giuridica della quale lo stesso risulta essere incarnazione[293]. Tale circostanza influenzerà, come ha

---

(292) Si segnala, nell'ottica del presente lavoro, come alle codificazioni europee sia sconosciuto il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi; in tal senso DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 22. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 2 riferisce come nell'esperienza europea si sia fatto un massiccio ricorso a clausole generali come quella di buona fede e *fair dealing*, «*determinando perfino dubbi sull'eccessivo ricorso alla suddette «valvole» o «ventili», in primo luogo per i pericoli connessi alla certezza del diritto, ma altresì sotto il profilo della loro adeguatezza per pervenire ad una effettiva armonizzazione del diritto privato europeo*».

(293) Si pensi anche, semplicemente, alla circostanza per la quale ad una difficoltà di traduzione nelle diverse lingue degli Stati membri, corrisponda anche una difficoltà di trasposizione, sul piano giuridico, di istituti nei casi in cui la definizione che degli stessi viene fornita dal legislatore europeo non sia perfettamente sovrapponibile alla concezione di quel determinato istituto giuridico all'interno dell'ordinamento dello Stato membro. E' il tipico

già influenzato, il processo di creazione di un vero e proprio ordinamento giuridico europeo che sia unico e condiviso.

Per quanto di interesse in questa sede, può evidenziarsi come nel diritto comunitario ed europeo non esista, ad oggi, una disciplina generale del rapporto obbligatorio, come nell'esperienza dei codici civili italiano, tedesco e francese[294]. Una tale circostanza è sicuramente da ricondurre, oltre alla carenza di esperienza di codificazione in capo all'ordinamento europeo, anche al fatto che all'esperienza europea partecipino paesi alla cui tradizione giuridica di *common law* risulti sconosciuta la categoria generale delle obbligazioni[295].

Da quanto sin qui brevemente considerato, dovrà desumersi come la mancanza di un vero e proprio ordinamento europeo compiuto si rifletterà, inevitabilmente, sul contenuto e la portata delle clausole di buona fede e correttezza. Ed infatti, se, come sottolineato, buona fede e correttezza integrano la tipologia giuridica delle clausole generali, il relativo contenuto, proprio in virtù della loro struttura, sarà dato anche dalla funzione di concretizzazione di quei principi e di quei valori propri dell'ordinamento nel quale risultino calate. Alquanto difforme sarà, quindi, la portata che una clausola generale, come quella di buona fede, potrà assumere se posta all'interno di un ordinamento come quello italiano, rispetto a quella della medesima norma calata in un ordinamento come quello europeo, manchevole di quegli elementi di organicità, completezza e strutturalità tipici degli ordinamenti dell'Europa continentale. Ecco che, allora, le clausole generali avranno, sicuramente, maggiore difficoltà a dispiegare i loro possibili contenuti, all'interno del panorama europeo, di quanto possa avvenire in un

problema che è possibile riscontrare al momento del recepimento delle direttive comunitarie, che necessitano, dunque, di un attento e lungimirante lavoro di adattamento e recepimento.

(294) CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 139; *ivi*, gli Autori, al riguardo della mancanza di una disciplina del rapporto obbligatorio: «*le ragioni sono evidenti. Il diritto delle obbligazioni è tendenzialmente un «prodotto» delle codificazioni. In quanto elemento «ordinamentale» ha dietro di sé un'autorità legiferante e ne è forma significativa di manifestazione. Le fonti comunitarie e quelle che si ispirano più generalmente al diritto europeo si sono preoccupate, in prima battuta, di regolare aspetti dei contratti in generale e/o di singoli contratti o della responsabilità connessa*».

(295) CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,138.

ordinamento come quello italiano[296]. D'altro canto, se è vero che è possibile, senz'altro, affermare che un principio di buona fede sia rinvenibile all'interno di tutte le tradizioni giuridiche degli Stati membri, è altrettanto vero che diversa sarà la portata dallo stesso assunta, all'interno dei diversi contesti ordinamentali[297].

Una tale circostanza potrebbe costituire una ragione ostativa ad una completa unificazione, sotto questo profilo, di uno degli elementi fondamentali della disciplina europea del diritto contrattuale.

Le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e una non configurabilità, ancora, di un compiuto ordinamento comunitario potrebbero infatti condurre, dalla prospettiva del nostro sistema giuridico, ad un annacquamento del principio di buona fede[298].

Ove, infatti, la ricerca di un minimo comune denominatore non venga effettuata con tutte le dovute attenzioni, si potrebbe dar vita ad una visione troppo semplicistica della buona fede, non solo sotto il profilo contenutistico, ma anche sotto quello funzionale. C'è il rischio, infatti, che in nome del valore e dell'esigenza di condivisibilità, da parte di tutte le tradizioni giuridiche coinvolte all'interno del panorama europeo, vengano selezionati solo alcuni significati e solo alcune funzioni riconducibili alle clausole di buona fede e correttezza, con questo limitando la funzioni e la portata integrativa delle

---

(296) In questo senso si veda CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,149.

(297) CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, 119. In detta opera, l'Autore cura la versione italiana dei P.E.C.L., i *Principles of European Contract Law*, che furono elaborati dalla Commissione sul diritto europeo dei contratti, nota anche come Commissione Lando, dal nome del Presidente che ne ricoprì la carica dal 1982 sino al 2001. Detti principi hanno lo scopo di porre in essere una disciplina relativa alla parte generale del contratto, da coordinarsi con la normativa dei singoli paesi membri. Alla pagina 119, il Commentatore italiano sottolinea come: «*il principio di buona fede e di correttezza è riconosciuto o, quanto meno, è richiamato come direttiva sul comportamento contrattuale in tutti gli stati membri. Tuttavia vi è una considerevole differenza tra i sistemi giuridici sia relativamente all'estensione sia alla forza di penetrazione del principio. Al culmine figura un ordinamento in cui il principio ha rivoluzionato il diritto dei contratti così come altre parti dell'ordinamento aggiungendo lineamenti particolari allo stile di quell'ordinamento (la Germania). Dalla parte opposta si trovano ordinamenti che non riconoscono un obbligo generale della parti di conformarsi alla buona fede, ma in molti casi mediante regole particolari ottengono il risultato che in altri ordinamenti si ottiene per mezzo del principio di buona fede (Inghilterra e Irlanda). Gli altri ordinamenti della UE oscillano tra questi due opposti. Riconoscono la buona fede e la correttezza come un principio generale, ma tali principi non hanno attinto il medesimo livello di penetrazione nella disciplina del contratto di quei Paesi come è accaduto in Germania*».

(298) Così BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, *cit*., 553.

stesse. Accanto a quanto appena sottolineato, bisognerebbe tener conto di un aspetto peculiare della buona fede che potrebbe complicare, ulteriormente, il processo di unificazione della stessa, nella sua proiezione europea.

Come si è avuto occasione di sottolineare, la buona fede viene usualmente distinta in soggettiva ed oggettiva.

Nel nostro ordinamento, la buona fede in ambito contrattuale è ricondotta a quella c.d. oggettiva, intesa quale regola di comportamento da rispettare all'interno della vicenda contrattuale[299]. Una tale accezione di buona fede risulta, invece, sconosciuta ai sistemi di *common law*: la *good faith*, infatti, esprime un concetto assimilabile alla nostra buona fede soggettiva[300].

Ecco che, allora, un impiego generico della nozione della buona fede, potrebbe creare non univoche conseguenze sotto il profilo applicativo, all'interno dei diversi ordinamenti.

Alla luce, anche, delle suddette considerazioni ci si interroga, dunque, se possa parlarsi di un principio generale di buona fede all'interno del diritto comunitario[301]. Ci si è anche chiesti se il principio di buona fede, alla luce della sua diffusione negli ordinamenti degli Stati membri, possa essere idoneo a fungere da *common core* del diritto europeo dei contratti[302]. In ogni caso, che la buona fede rivesta un ruolo importante all'interno della normativa contrattuale di diritto europeo appare emergere con chiarezza anche solo a considerare, tacendo d'altro, la disciplina in materia di tutela del consumatore[303]. Tale disciplina risulta, già *prima facie*, pervasa dal principio

---

(299) Si veda a tal riguardo quanto rilevato nel corso dei precedenti paragrafi.

(300) Cfr. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità,* cit., 553; nello stesso senso CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,496 che rilevano che «*la* bona fides *romana è sconosciuta al contrario al common law inglese, sia nella tradizione storica che nel diritto applicato attuale. Il fatto che la* «good faith» *inglese non è riconducibile alla* bona fides *contrattuale della tradizione continentale rappresenta perciò* […] *uno dei problemi centrali dell'attuale diritto privato comunitario*».

(301) CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,515.

(302) Così BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità,* cit., 552. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali,* cit., 67: «*il ricorso alle clausole generali è necessario nella costruzione dell'ordinamento privatistico europeo come è (stato) indispensabile nella costruzione delle legislazioni nazionali del continente europeo legate all'idea di codificazione*».

(303) Cfr. Direttiva 93/13. Si vedano, a titolo esemplificativo, anche gli artt. 3 e 4 della Dir. 86/653 in materia di agenti commerciali indipendenti, nei quali viene previsto un obbligo di agire secondo lealtà e buona fede.

di buona fede[304], che riveste criterio integrativo[305], da impiegarsi ai fini del giudizio sulla vessatorietà delle clausole nei contratti conclusi dal consumatore[306].

Analizzando il nostro Codice del Consumo[307], anche alla luce dei suoi più recenti aggiornamenti[308], appare evidente l'influenza e l'apporto delle clausole di buona fede e correttezza[309]; queste ultime vengono, infatti, annoverate fra i diritti dei consumatori, oltre che quali criteri necessari per definire il grado dovuto di professionalità. Vengono, inoltre, coinvolte in un ruolo di primo piano nella valutazione delle clausole vessatorie, quali regole nelle attività commerciali e, ancora, quali criteri per la valutazione dei comportamenti tenuti, dalle parti, nella fase precontrattuale[310].

La buona fede, in materia di tutela del consumatore, permette, quindi, di rendere tutta la vicenda contrattuale permeabile a valori altri e ulteriori rispetto a quelli riconducibili, esclusivamente, ad un mercato razionale ed efficiente[311]. Ed è proprio per questo che la buona fede può considerarsi

---

(304) CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,151.

(305) Nel considerando n. 16 della Direttiva 93/13 è dato leggere: «*considerando che la valutazione, secondo i criteri generali stabiliti, del carattere abusivo di clausole, in particolare nell'ambito di attività professionali a carattere pubblico per la prestazione di servizi collettivi che presuppongono una solidarietà fra utenti, deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa; che si tratta nella fattispecie del requisito di buona fede; che nel valutare la buona fede occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo accordo alla clausola e se i beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore; che il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi*».

(306) BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 545. Nello stesso senso CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,151 i quali rilevano che: «*quanto, invece, alla normativa di diretta origine comunitaria, essa è in primo luogo ispirata alla tutela del consumatore ed in essa opera a tutto campo il principio di buona fede (art. 3 dir. 93/13 sulle clausole abusive). Ove ci si interroghi sulla valenza e sul significato di detto principio, è evidente che esso è portatore di un interesse che non si identifica con quelli di cui il contratto, ispirato alla logica dello scambio e della forza di pattuizione, è espressione. E' un valore «diverso» ed «esterno» rispetto al contratto*».

Vedi, sul medesimo profilo, anche ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, III, 2013, 698 ss.

(307) Cfr. D. Lgs. 205/2006 e successive modifiche.

(308) Per recepire la Direttiva 2011/83/U. Nell'ambito della normativa italiana di recepimento, l'espressione buona fede e utilizzata, per lo più, unitamente a quella di correttezza.

(309) Nella traduzione nella lingua italiana, viene impiega l'endiadi buona fede e correttezza ogni volta che si parla di buona fede.

(310) Rispettivamente, art. 2 lett. C-bis); art. 18, lett. h); art. 33; art. 39; art. 67 *quater*.

(311) CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,152.

espressione di un valore «*ordinamentale*», idoneo a promuovere valori solidaristici che non potrebbero essere devoluti solo agli accordi contrattuali[312].

Accanto alla normativa proveniente dal legislatore europeo, bisogna brevemente considerare anche gli sforzi volti all'unificazione del diritto dei contratti[313], compiuti da insigni Accademici, e sfociati in lavori dall'approccio sistematico come i *Principi di diritto europeo di contratti*, il cui pregio, fra i tanti, è quello di proporre dei principi generali riferibili alle diverse fattispecie contrattuali.

Si tratta di un tentativo, dunque, di sistematizzare una disciplina generale riferibile a tutti i contratti, consci del fatto che questo sia un approccio imprescindibile, nella prospettiva di procedere, quanto prima, all'uniformazione della normativa in tema di diritto contrattuale europeo. All'interno dei Principi, il ruolo della buona fede e della correttezza[314] risulta davvero fondamentale[315]. Ed infatti, l'insieme di disposizione relative alla buona fede (ed alla correttezza)[316], sia per numero che per contenuto, sono tali da far emergere, all'interno dei Principi, un vero e proprio principio generale di buona fede da riferirsi a tutta la vicenda contrattuale. Particolare importanza ricopre, in questa prospettiva, l'art. 1:201, rubricato *Buona fede e correttezza*[317] e primo articolo della sezione relativa agli *Obblighi generali*.

---

(312) Così CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo,* cit.,153.

(313) Si veda VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, cit., 44 ss.

(314) Cfr. LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 76 ss.; l'Autore richiama l'uso congiunto che, in questo contesto, si fa delle espressioni di buona fede e correttezza, quasi come, ulteriore, conferma del pensiero di quegli Autori che ritengono i concetti di buona fede e correttezza perfettamente sovrapponibili fra di loro.

(315) Cfr. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo*, Napoli, 2005, 166 ss.

(316) La clausola di buona fede viene, infatti, espressamente prevista nei seguenti articoli: 1:102 rubricato *Autonomia contrattuale*; art. 1:106 *Interpretazione e analogia*; art. 1:201 *Buona fede e correttezza*; art. 1:302 *Ragionevolezza*; art. 1:305 *Imputazione di coscienza e volontà*; art. 2:301 *Trattative contrarie alla buona fede*; art. 3:201 *Rappresentanza espressa, implicita ed apparente*; art. 4:103 *Errore essenziale di fatto o di diritto*; art. 4:107 *Dolo*; art. 4:109 *Ingiusto profitto*; art. 4:110 *Clausole abusive non oggetto di trattativa individuale*; art. 4:118 *Esclusione o limitazione delle tutele*; art. 5:102 *Circostanze rilevanti*; art. 6:102 *clausole implicite*; art. 6:111 *Mutamento delle circostanze*; art. 8:109 *Clausole di esclusione o di limitazione della tutela*. Esistono, poi, alcune disposizioni, nelle quali, la buona fede pur non essendo esplicitamente menzionata, appare la *ratio* delle stesse, come, ad esempio, l'art. 1:202 rubricato *Obbligo di* cooperazione e l'art. 2:302 rubricato *Tradimento della confidenza*.

(317) Il quale recita: «*(1) Le parti devono agire nel rispetto della buona fede e correttezza. (2) Le parti non possono escludere o limitare questo obbligo*».

Gli elementi contenuti in questa disposizione concorrono a disegnare la portata delle clausole generali di buona fede e correttezza. Inoltre, soccorre, nell'operazione ermeneutica, il contenuto del commento di corredo alle disposizioni dei Principi. L'obbligo generale di comportarsi nel rispetto delle suddette clausole, appare generalizzato ed esteso a tutto il rapporto contrattuale. Il testo, infatti, impiega il termine *agire* per tale dovendosi intendere ogni attività posta in essere dalle parti, quale che sia la fase della vicenda contrattuale nella quale si trovino[318]. Nel commento, i redattori tentano di fornire una distinzione tra buona fede e correttezza[319] che, agli occhi di un giurista italiano, non appare condivisibile.

Pur volendo tralasciare un palese problema di tautologia riscontrabile nelle definizioni proposte[320], non potrebbe proporsi di identificare la buona fede esclusivamente con una categoria avente valenza soggettiva, mentre la correttezza con una dal contenuto oggettivo[321].

Ed è già il Redattore dell'edizione italiana dei Principi, a sottolineare tale aspetto[322]. Circostanza che appare confermata, laddove si proceda ad una analisi delle norme all'interno delle quali le clausole di buona fede e correttezza vengono richiamate[323]. Aspetto fondamentale, che comunque emerge dal dato testuale della norma, è che le clausole di buona fede e

---

(318) CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 115, lett. A: «*questo articolo stabilisce un principio basilare tra quelli che costituiscono i Principi. Buona fede e correttezza sono dovute nella formazione, adempimento e attuazione coattiva degli obblighi delle parti sorti dal contratto, e altrettanto nell'esercizio dei diritti di una parte in base al contratto*». Ed ancora, alla lettera B «*esso arricchisce le norme dei Principi e può avere priorità su altre previsioni di questi Principi quando un'aderenza letterale ad essi condurrebbe a risultati manifestamente ingiusti*».

(319) Cfr. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 118, ove viene riportata l'affermazione dei commentatori in base alla quale ««*Buona fede*» *significa atteggiamento di onestà e correttezza come categorie soggettive*» e ««*correttezza*» *significa correttezza come parametro oggettivo*».

(320) Così LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 77.

(321) Cfr. LAMBO, *Obblighi di protezione, cit.*, 77.

(322) CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 118 rileva; ivi l'Autore rileva che «*per quanto riguarda l'esperienza italiana, mentre correttezza trova menzione specifica nell'art. 1175 in materia di rapporto obbligatorio, la buona fede è contemplata quale modello di condotta nelle trattative (art. 1337) come criterio ispiratore nell'interpretazione del contratto (1366) e come direttiva di comportamenti delle parti nell'esecuzione del contratto (1375). Le due categorie perciò, dalla prospettiva italiana possono essere considerate un'endiadi, così come un'endiadi esse appaiono nel trattamento che i principi ne fanno sia nell'art. 1:201, sia nel commento*».

(323) Cfr. nota 312.

correttezza non possano, in nessun caso, essere derogate delle parti. Un'impostazione coerente con l'approccio contenuto nei Principi, è rinvenibile anche nella proposta di regolamento su un diritto comune europeo della vendita[324].

Il pregio di un tale progetto, e dei principi in questo contenuto, sta nel fatto che si tratti di un testo ufficiale proveniente dalle istituzioni europee, a differenza dei PECL e di quegli altri progetti aventi la medesima vocazione unificatrice del diritto dei contratti, che risultano il frutto di un impegno compiuto da commissioni di studiosi, seppur su impulso delle istituzioni europee[325].

Un ulteriore punto di vantaggio dell'approccio concretizzatosi con il regolamento per l'unificazione del diritto della vendita è quello di poter superare il problema di difficoltà applicativa, che più sopra è stato evidenziato, dovuto alle differenze che sorgono in capo ad ogni stato membro nel momento in cui il contenuto delle Direttive comunitarie viene recepito all'interno dei singoli ordinamenti. Le conseguenze tipiche, sotto tale profilo, di una normazione attraverso direttive, verrebbero ad essere risolte sin dall'inizio con un approccio così radicale come quello proposto con il regolamento comune sulla vendita europea. Nella proposta di regolamento, le

(324) Si veda, al momento della stesura di questo testo, la Risoluzione legislativa del Parlamento Europeo del 26 febbraio 2014 sulla (COM(2011)0635)-C7-0329/2011-2011/0284(COD)) sulla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (COM(2011) 1166 def., dell'11 ottobre 2011) rinvenibile su http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//IT ; sulla proposta di Regolamento di vendita, si vedano le considerazioni di VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, cit., 46 ss.

(325) Tra questi meritano di essere ricordati i *Draft Common Frame of Reference*, pubblicati nella loro forma definitiva nel corso del 2009, che risultano ispirati ai PECL della Commissione Lando. Anche in questo caso, si tratta di un tipico esempio di *soft law* che, seppur non dotato di quella cogenza tipica della legislazione europea, risulta comunque fondamentale in un processo di unificazione del diritto europeo dei contatti. Vedi sul punto ALPA-CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 161 ss. e VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, cit., 44 ss. Sulla circostanza che la proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita si ponga come diretta evoluzione anche dei DCFR, cfr. ROLLI, *La proposta di regolamento europeo nel processo di codificazione europea,* in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, 380 ss.

clausole di buona fede e correttezza[326], già richiamate nei considerando iniziali[327], vengono consacrate nel testo del regolamento a principio generale[328]. All'art. 2 della Sezione 1, relativa ai Principi generali[329], viene previsto il principio generale di buona fede e correttezza[330]. Anche nella proposta di regolamento in oggetto, così come rilevato precedentemente a proposito dei Principi di diritto contrattuale europeo, viene prevista una clausola generale di buona fede e correttezza, non derogabile dalle parti e volta alla tutela estesa dei contraenti, non limitabile alla dimensione patrimoniale del rapporto tra le parti.

In tal senso, l'esplicita previsione di non derogabilità di dette clausole generali, può essere identificata come un chiaro indizio dell'intenzione del legislatore di conferire, anche sul piano concreto, il carattere di principi generali alle norme in oggetto.

Tanto considerato, sembra potersi affermare, dunque, l'esistenza, seppur con i limiti tratteggiati, di una clausola generale di buona fede e correttezza oggettiva a livello di diritto europeo, delineata[331] sia attraverso la normazione

---

(326) All'art. 2 relativo alle definizioni, viene stabilito come buona fede e correttezza debbano essere intese come «*uno standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione*».

(327) Al considerando (31) è dato leggere che «*è auspicabile che la collaborazione fra le parti sia improntato al principio della buona fede e della correttezza. Alcune disposizioni costituiscono manifestazioni specifiche del principio generale della buona fede e della correttezza e dovrebbero pertanto prevalere sul principio generale, che quindi non deve servire per modificare gli specifici diritti delle obblighi e delle parti definiti dalle norme. Gli obblighi concreti che discendono dal principio della buona fede e della correttezza dovrebbero dipendere anche dal livello relativo di perizia delle parti e non essere quindi gli stessi nelle transazioni tra imprese e consumatori e nelle transazioni fra imprese. Nei rapporti tra imprese, è opportuno che le buone pratiche commerciali della specifica situazione interessata costituiscano un fattore rilevante a questi fini*».

(328) Come desumibile non solo da quanto affermato dal considerando 31, ma anche dalla collocazione topografica dell'art. 2.

(329) Cfr. Parte I - Disposizioni preliminari, Capo 1 - Principi generali e applicazione, Sezione 1 - Principi generali.

(330) Il testo dell'art. 2 recita «*1. Le parti sono tenute ad agire secondo buona fede e correttezza. 2 La violazione di tale dovere può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte. 3. La parti non possono escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti*». Per una globale visione funzionale del principio di buona fede e correttezza si vedano anche gli artt. 3, 23, 48, 49, 59, 68, 83, 86 e 170.

(331) BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità,* cit., 547; in particolare in questa sede, l'Autore si sofferma a sottolineare la differenza che, a livello di normazione europea, abbiano assunto la buona fede e l'equità e come, solo la prima, sia stata elevata a rango di vero e proprio principio.

europea sia attraverso tutti quei progetti, non provenienti dalle istituzioni europee, ma comunque volti alla codificazione di una disciplina contrattuale comune.

Basterebbero, sul punto, oltre a quanto già rilevato, tutte le considerazioni relative al tema degli obblighi di informazioni e delle forme di tutela rispetto alle asimmetrie informative[332] e di come il fondamento di tali tutele sia, senz'altro, da rinvenirsi in una clausola di buona fede oggettiva integrativa.

Seppur alla luce delle differenze interpretative che più sopra si è cercato, brevemente, di far emergere appare chiaro come la buona fede e la correttezza, colte nella loro dimensione oggettiva, siano, e stiano diventando sempre più, elemento imprescindibile della normativa europea destinata a regolare la vicenda contrattuale[333].

Ed ancora, pare potersi riconoscere in capo alla buona fede ed alla correttezza, nella loro dimensione europea, l'idoneità delle stesse a poter fondare obblighi di protezione a carico delle parti. Deve, infatti, riconoscersi un ruolo fondamentale alla clausola generale all'interno della normativa di diritto europeo[334], anche alla luce della *vis integrativa* della stessa. In particolare, la buona fede può fungere da strumento per la tutela della persona all'interno del rapporto obbligatorio[335], facendo in questo penetrare

---

(332) MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo,* cit., 214.

(333) Cfr. CASTRONOVO-MAZZAMUTO, cit., 495; *ivi* gli Autori rilevano, a prescindere dal contributo che il diritto europeo può dare direttamente nel delineare il contenuto e la portata del principio di buona fede all'interno del panorama dell'ordinamento europeo, come «*il principio di buona fede nel contratto, nel senso di regola generale circa il comportamento e l'esercizio del diritto a carico di ogni contraente – di buona fede quindi nel senso oggettivo e non soggettivo del termine – è presente oggi come principio pervasivo in tutti gli ordinamenti privatistici dell'Europa continentale. A buon ragione vi si può quindi riconoscere un principio essenziale e fondatore del diritto privato europeo*». Si veda anche PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali,* cit., 72 in merito all'interpretazione delle clausole generali del diritto privato europeo tra Corte di giustizia e giudizi nazionali. Sul tema dei principi e delle clausole generali si veda anche BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 287.

(334) Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 215. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali,* cit., 64 rileva che «*oggi il giurista guarda alla buona fede come criterio che potrebbe servire all'armonizzazione del diritto privato in Europa*».

(335) Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo,* cit., 217 il quale rileva come «*il ruolo di veicolo della tutela della persona all'interno del rapporto obbligatorio ricoperta dalla buona fede non sembra trovare ostacoli neanche a livello europeo, dove, a seguito della modifica dell'art. 6 TUE di cui al trattato di Lisbona, si è conferita – come si è detto più volte – piena cittadinanza alla Carta dei diritti fondamentali all'interno del Trattato e si è sancita all'adesione dell'Unione alla CEDU*». Di seguito, l'Autore sottolinea come «*d'altra parte a tale conclusione si poteva giungere anche prima del Trattato di Lisbona, se solo si fosse riallacciata la funzione integrativa*

valori ulteriori[336] rispetto a quelli relativi alla prestazione a contenuto patrimoniale, ingenerando, dunque, degli obblighi di protezione all'interno della vicenda contrattuale[337].

L'esigenza di fornire una protezione alle parti, alla luce del rischio derivante dal contatto sorto in occasione della conclusione di un contratto, non è estranea al diritto comunitario, che ha, in tale senso, approntato tutta una serie di obblighi perfettamente inquadrabili all'interno della categoria degli obblighi di protezione[338].

All'esito, dunque, di questa breve riflessione sul tema della buona fede e della correttezza nell'ambito del diritto europeo dei contratti, pare potersi affermare quanto segue.

Le clausole generali di buona fede e correttezza risultano presenti, e pienamente operative, anche all'interno del diritto europeo dei contratti e idonee a svolgere un'auspicabile funzione integrativa nell'ambito del rapporto contrattuale, in grado di far sorgere anche obblighi protettivi in capo alle parti.

Buona fede e correttezza sembrano evidenziarsi, nel contesto europeo, sottodimensionate, sotto il profilo contenutistico e funzionale, rispetto a quanto avviene nell'ordinamento italiano.

L'organicità, la strutturalità e la storicità della nostra tradizione giuridica, sono tali, se paragonate all'ordinamento dell'Unione Europea, da dar vita a clausole di buona fede e correttezza dotate di un'estensione, quantitativamente e qualitativamente, sensibilmente maggiore rispetto alla

---

della buona fede alle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» di cui al comma 3 del medesimo art. 6 TUE, che, insieme al riferimento «ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri» (art. 340 TFUE), attribuisce legittimazione formale al concetto di diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione Europea».

(336) Si veda ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., 700.

(337) MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo,* cit., 217.

(338) Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo,* cit., 215. Nello stesso senso si vedano ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., 699 e LIVI, *La normativa comunitaria e la buona fede nell'integrazione del contratto*, in *Trattato di diritto europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003 evidenzia come nelle direttive comunitarie nn. 89/391/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, recepite, poi, con il D. Lgs. 626/1994, relative al miglioramento delle condizioni di sicurezza del lavoratore, siano previsti tutta una serie di obblighi di protezione.

portata che le stesse sono in grado di assumere, sino a questo momento, nel diritto europeo.

In ogni caso, pare potersi affermare una compatibilità sostanziale e formale, tra quanto previsto nell'ambito del diritto europeo dei contratti e nel nostro ordinamento, in tema di buona fede e correttezza e come, dunque, le riflessioni sin qui svolte possano ritenersi fondate, anche alla luce dei contributi normativi di derivazione europea.

CAPITOLO III - Critiche alla categoria degli obblighi di protezione fondati sulla buona fede. Conferma della categoria degli obblighi di protezione.

SOMMARIO: 3.1 La categoria degli obblighi di protezione quale specificazione del dovere di diligenza. Critiche e conferme della categoria degli obblighi di protezione. 3.2 Gli obblighi di protezione quale concretizzazione dell'interesse alla prestazione. Critica e conferma della teoria degli obblighi di protezione alla luce di specifiche norme contenute nel codice civile. 3.3. Critica della teoria che considera già coperta dalla responsabilità extracontrattuale l'area di incidenza della categoria degli obblighi di protezione e il non fondato problema della c.d. duplicazione di tutela.

3.1 La categoria degli obblighi di protezione quale specificazione del dovere di diligenza. Critiche e conferme della categoria degli obblighi di protezione

Ferma la considerazione che l'instaurazione di un rapporto obbligatorio comporti, per l'integrità personale e patrimoniale delle parti, un maggior rischio di danno derivante dalla vicinanza tra le sfere giuridiche delle parti[339], diverse sono state le soluzioni fornite in merito ai meccanismi che l'ordinamento appresterebbe per tutelare tale situazione. Come già accennato nel corso nel presente lavoro, mentre una parte della dottrina ha sostenuto l'infondatezza della categoria degli obblighi di protezione, altra parte ha invece posto in discussione che il fondamento degli stessi dovesse essere rinvenuto nelle clausole generali di buona fede e correttezza[340]. Si è, infatti, affermato[341] che non vi sarebbe necessità alcuna di ricorrere ad una tale

(339) Si veda, a tal riguardo, quanto rilevato nel corso del primo capitolo.

(340) Per una indicazione delle diverse critiche mosse alla teorica degli obblighi di protezione fondati sulla buona fede e correttezza, si vedano i Capitoli I e II della prima parte del presente lavoro.

(341) Si veda, ad esempio, MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 138. Il riferimento al pensiero di tale Autore appare doveroso in considerazione della sua visione peculiare sul rapporto tra

costruzione dogmatica, considerato che la previsione di cui all'art. 1176, nel richiamare la diligenza nell'adempimento dell'obbligazione, non farebbe altro che prevedere un particolare dovere, in capo al debitore, che si sostanzia nel dover evitare, in occasione dello svolgimento dell'attività volta ad adempiere l'obbligazione assunta, qualsiasi danno alla persona o ai beni del soggetto creditore.

In base, dunque, a tale impostazione, la previsione di cui all'art. 1176 non sarebbe relativa al *modo* di essere dell'adempimento, ma si riferirebbe «*unicamente al modo di comportarsi del debitore nella fase esecutiva dell'obbligazione*»[342]. La norma che prevede la diligenza nell'adempimento dell'obbligazione, sarebbe fonte di uno specifico dovere volto a proteggere la persona e i beni del creditore. Ci si è riferiti alla categoria che si sta affrontando in termini di *doveri* di protezione[343].

A tal proposito, viene osservato come «*non è dubbio, quindi, che quando si afferma che la responsabilità aquiliana è fondata sulla violazione di un dovere, ci si riferisce unicamente a quei doveri che sono stati posti a tutela dell'altrui patrimonio* [e dell'altrui persona, n.d.r.] *e che potrebbero quindi essere definiti «doveri di protezione»*»[344].

Dunque, sostanzialmente, si verrebbe a creare una sovrapposizione fra le situazioni tutelate attraverso il meccanismo dei doveri di protezione[345] e

---

la categoria degli obblighi di protezione e la diligenza dallo stesso proposta, ed anche alla luce della sua importanza, come termine di paragone, in tutte le successive riflessioni svolte dagli Autori in merito alla tematica degli obblighi di protezione. Nel successivo paragrafo si darà, invece, conto di quelle impostazioni che, nell'analisi della tematica degli obblighi, o doveri, di protezione pur rifacendosi alla norma di cui all'art. 1176, impostano in problema in tutt'altra prospettiva.

(342) Così MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 135.

(343)MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 57; alla nota 101 l'Autore riporta come: «*l'espressione «dovere di protezione» rappresenta l'equivalente del termine tedesco «Schutzpflicht» di cui parla lo Stoll*».

(344) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit. 57. Ed ancora, *ivi*: «*la caratteristica di tali doveri, tra i quali vanno annoverati senz'altro tutti quelli compresi nel principio del* neminem laedere*, è quella di non essere fini a sé stessi, cioè di non risolversi in una specifica utilità a favore di una controparte, ma di essere imposti da una norma giuridica all'unico scopo di tutelare e quindi di proteggere la sfera patrimoniale degli altri consociati in generale o di un altro consociato in particolare*».

(345) Nel rispetto della teoria proposta dall'Autore, ci si riferirà in questo contesto, a proposito dalla tesi sostenuta da MAJELLO, alla categoria degli *obblighi di protezione* con il termine di *doveri di protezione*, restando ferma la convinzione di chi scrive che la terminologia più corretta sia quella di obblighi di protezione condividendosi la ricostruzione della categoria

quelle già presidiate dalla previsione *ex* art. 2043. In tal senso, viene affermato come non qualsiasi violazione dei medesimi doveri di protezione comporterebbe responsabilità, ma solo quelle che cagionino lesioni di diritti per i quali è prevista tutela, sottolineando un meccanismo analogo a quello della responsabilità aquiliana per fatto illecito[346].

Ed ancora, non sarebbe di per sé punibile, *sic et simpliciter*, il comportamento che non sia stato diligente, ma solo quel comportamento che, oltre ad essere il frutto di una condotta non diligente[347], abbia arrecato un danno ingiusto ad una delle situazioni giuridiche soggettive garantite dall'ordinamento. La categoria dei doveri di protezione, dunque, sarebbe esclusivamente «*un mezzo per il fine di proteggere un diritto soggettivo*»[348].

Ma la ricostruzione proposta dall'Autore si spinge oltre: non sempre la lesione dei doveri di protezione fa scaturire responsabilità extracontrattuale: nel caso in cui i *doveri*, derivanti da un contratto[349], non rientrino tra i doveri sociali ricompresi nel principio del *neminem laedere* si darà luogo a responsabilità contrattuale, diversamente si ingenererà un concorso di responsabilità[350].

---

in termini di obblighi derivanti dalla buona fede (e dalla correttezza), la cui violazione importi l'insorgenza di responsabilità contrattuale

(346) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 58.

(347) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 58; *ivi* l'Autore postula un generale dovere di diligenza posto a carico di tutti i consociati, da ricollegarsi al dovere del *neminem laedere*.

Sul punto, si veda MENGONI, *Obbligazioni di risultato e di mezzi, cit.*, 203, il quale chiarisce, invece, che «*la regola del «neminem laedere» non implica un obbligo generale di diligenza, cioè «di comportarsi diligentemente a fine di non ledere», bensì è la sintesi terminologica di una serie indefinita di specifici doveri negativi, a noi derivanti dai fatti costitutivi di situazioni giuridiche assolute a favore di altri. In relazione alla violazione di questi doveri, la negligenza – intesa nel senso di deviazione da un determinato criterio di condotta, distinto dalla norma la cui infrazione costituisce l'ingiustizia – è rilevante come qualificazione del comportamento illecito, come elemento soggettivo normalmente complementare della fattispecie condizionante il diritto al risarcimento del danno (art. 2043)*».

(348) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit. 59.

(349) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit. 61 e ss.

(350) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 60. Alla nota 105, l'Autore aggiunge che: «*la dottrina dei «doveri di protezione» considera questi unicamente in relazione al rapporto obbligatorio, dimenticando di porre in risalto come il generico principio del* neminem laedere *non è altro che un'espressione sintetica con cui si vuole indicare quel complesso di doveri specifici diretto alla protezione dell'altrui sfera patrimoniale. Il «dovere di protezione» dunque è tipico delle relazioni sociali extra-obbligatorie, sulla cui violazione si fonda la responsabilità aquiliana. Quando per altro un «dovere di protezione» accede invece ad un rapporto obbligatorio, la sua violazione da luogo esclusivamente a responsabilità contrattuale esclusivamente se si tratti di un dovere che non preesista già come dovere sociale rientrante nel c.d. principio del* neminem laedere*, altrimenti si dà luogo a concorso di responsabilità*».

L'Autore, dunque, si pone in una posizione nettamente antitetica rispetto a quella concezione, riconosciuta dallo stesso come dominante, che postula a fondamento dei doveri di protezione la buona fede[351], affermando come «*la buona fede sia concetto generico e astratto quando in essa si vuol vedere la fonte di taluni specifici doveri*»[352]. Ed ancora, si aggiunge come la tesi non sia condivisibile sotto il profilo strutturale: non può ritenersi che al dovere di prestazione e quello di protezione siano sottese le stesse situazioni giuridiche e, dunque, possa essere apprestata la medesima tutela. Al dovere di protezione corrisponderebbe, nella ricostruzione ricordata, solo un interesse semplice (e non giuridico), mentre al dovere di prestazione corrisponderebbe, invece, il diritto soggettivo di credito. La violazione dei doveri di protezione, dunque, ingenererebbe responsabilità solo allorché via sia una effettiva lesione del diritto protetto[353]. Se, invece, si ponesse in correlazione anche il dovere di protezione con un diritto soggettivo, il dovere di protezione si snaturerebbe e diverrebbe un dovere di prestazione, una obbligazione vera e propria. Dunque, corollario di tale affermazione sarebbe che dove c'è diritto soggettivo c'è obbligazione; dove v'è un solo interesse semplice, vi sarebbe diritto di protezione.

In base, dunque, alle riflessioni brevemente riportate, la categoria dei doveri di protezione deriverebbe, secondo il pensiero dell'Autore, dal dovere di diligenza di cui all'art. 1176, il quale postulerebbe un dovere generico di protezione della sfera personale e patrimoniale del creditore, per il caso in cui il debitore, nell'eseguire le attività dirette all'adempimento, abbia causato danni alla persona o ai beni del creditore, a nulla rilevando, sotto tale profilo, che la prestazione da eseguirsi abbia subito un pregiudizio[354].

---

(351) Nello specifico la critica diretta è nei confronti di STOLL, ma per estensione anche agli studiosi italiani che hanno rinvenuto il fondamento di detta categoria nella buona fede e nella correttezza.

(352) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 67; in particolare, tale argomentazione contraria all'individuare la buona fede quale fondamento degli obblighi di protezione a causa della sua eccessiva genericità, troverà riscontro, nel corso degli anni, in chi ha fondato la propria critica sulla attitudine dei principi di buona fede e correttezza a poter fungere da fondamento di obblighi protettivi autonomi, stante la loro ritenuta eccessiva genericità. Sul punto, si rimanda a quanto si è avuto modo di rilevare nel paragrafo 2.3.

(353) Così BENATTI in *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit, 473 ricostruendo il pensiero di MAJELLO in *Custodia e deposito*, cit., 58-59.

(354) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 138.

La violazione di un dovere di protezione determinerebbe, di regola, secondo l'impostazione riportata, l'insorgere di una responsabilità extracontrattuale; tuttavia, nel caso in cui tale violazione avvenga in «*occasione e a causa*» dell'esecuzione della prestazione, si darà luogo ad un'azione di responsabilità contrattuale[355]. L'effetto di un tale ragionamento è quello di giungere ad affermare che la norma sulla diligenza di cui all'art. 1176 assume i contorni di una regola che, piuttosto che imporre al debitore di eseguire con diligenza la prestazione assunta con il sorgere dell'obbligazione a proprio carico, ingenera un dovere di protezione distinto e accessorio rispetto a quello di prestazione, con l'unica finalità di proteggere la persona e i beni del creditore[356].

Questa la riflessione posta a fondamento.

Accanto e intorno al dovere di prestazione, starebbero «*una serie o rete di doveri (di protezione) preordinati strumentalmente ad assicurare la tutela del dovere primario e/o di interessi che non sono direttamente in questo ricompresi*»[357]. In tal modo, i doveri di protezione sarebbero preordinati a due diversi scopi: nella fase precedente all'adempimento, avrebbero la funzione di mantenere inalterata la possibilità dell'adempimento o di salvaguardare i beni del creditore nella disponibilità del debitore; diversamente, nella fase successiva, sarebbero posti a tutela del creditore e dei suoi beni, da atti negligenti o

---

(355) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 131. Cfr. anche BENATTI in *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit, 473, nota 24, dove pone in evidenza le differenze tra la concezione di MAJELLO e quella classica degli obblighi di protezione che viene ricondotta allo STOLL, osservando come «*è opportuno indicare i punti in cui la tesi del Majello diverge da quella tradizionale: 1) fonte dei doveri di protezione non è, come per lo Stoll, la buona fede; 2) mentre per lo Stoll la violazione di un dovere di protezione dà luogo sempre a responsabilità contrattuale, per il Majello, determina, di regola, una responsabilità extracontrattuale: ma se tale violazione avviene durante la esecuzione di un contratto, dà luogo anche a responsabilità contrattuale; 3) per il Majello al dovere di protezione corrisponde un interesse semplice che si trasforma in interesse protetto quando la violazione del dovere abbia cagionato la lesione di un diritto: in tal modo, configurando il dovere di protezione come mezzo per proteggere un diritto soggettivo che sta al di fuori del dovere, viene compromessa la nozione di* Schutzinteresse, *su cui si basa la teoria dello Stoll*». A tal proposito, cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 456, il quale definisce «*sconcertante*» l'affermazione di MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit. 131 in base alla quale «*l'art. 1176 assolve alla funzione di commutare il danno aquiliano in danno contrattuale, ogni volta che l'inadempimento del dovere di diligenza avviene a causa dell'esecuzione di una prestazione dovuta*».

(356) Così DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 454, il quale, richiamando il pensiero di MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 138, aggiunge come il dovere di protezione sia «*strumentalmente preordinato a rendere il debitore contrattualmente responsabile dei danni diversi dall'impossibilità della prestazione, ancorché non siano conseguenza di questa stessa impossibilità*».

(357) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 454.

colposi che il debitore possa compiere nell'esecuzione della prestazione da questi dovuta[358].

All'origine di una tale concezione starebbe la convinzione che il coordinamento delle disposizioni di cui all'art. 1218 e il 1176 non darebbe luogo ad un «*sistema unitario di regole di condotta sul terreno della responsabilità debitoria*»[359]. La non unitarietà avrebbe, dunque, quale sua conseguenza quella di conferire alla regola sua diligenza un duplice ordine di funzione a seconda che la si consideri in relazione all'adempimento della prestazione dedotta in obbligazione o che si prescinda dalle vicende di questa. Ed infatti, nel primo caso, la diligenza avrà come compito quello di garantire «*la conservazione della possibilità di adempiere*»[360]; diversamente, la stessa diligenza sarà posta a tutela dell'integrità della sfera patrimoniale, e personale, del creditore[361].

La questione che si tenta di risolvere, dunque, è quella relativa al rapporto tra la norma sulla diligenza e il giudizio di responsabilità, conseguente all'inadempimento di cui all'art. 1218.

La tesi sopra riportata, in base alla quale la norma di cui all'art. 1176 fonderebbe un dovere di protezione a tutela del patrimonio e della persona del creditore, risulta, probabilmente, la più peculiare[362] tra quelle che riconducono la categoria dei doveri di protezione alla norma che prevede la diligenza nell'adempimento. Tuttavia, la tesi ricordata non appare persuasiva, muovendo da presupposti non condivisibili, che conducono a

---

(358) MAJELLO, *Custodia e deposito*, *cit*., 130 *ss*. e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 454.

(359) In chiave critica DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 454. In merito ai rapporti tra gli artt. 1176 e 1218, per quanto qui di interesse, si segnalano, con respiro di sintesi, i seguenti contributi: MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit. 200 ss; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 129 e 455; RODOTÀ, *Diligenza*, cit., 542; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit. 94.

(360) Così DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 455.

(361) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 455.

(362) Cfr. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 74-75 che, a proposito del pensiero del MAJELLO, rileva come «*la tendenza a far risalire il momento della protezione dell'altro contraente al criterio della diligenza nell'adempimento, possibile in un gran numero di casi sulla base di una esatta valutazione della prestazione, è stata spinta, com'è noto, fino all'estrema conseguenza di configurare la diligenza nell'adempimento (art. 1176) esclusivamente come «un criterio di imputabilità dei danni patiti dal creditore, nella propria persona e nei proprio beni, a causa della prestazione a lui dovuta»*».

conclusioni del medesimo tenore. Al fine di prendere posizione in merito a quanto appena affermato, è bene procedere, preliminarmente, con una sintetica analisi del concetto di diligenza al fine di coglierne funzione e portata all'interno del nostro sistema giuridico.

Sotto tale profilo, soccorre, in prima battuta, la Relazione al codice civile, nella quale viene sottolineato come il concetto in esame costituisca «*misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta*», e come racchiuda in sé «*quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze del fatto che concorrono a determinarlo*»[363]. La diligenza, dunque, assurge a criterio in base al quale valutare il comportamento del solo debitore nell'adempimento dell'obbligazione[364]; si tratta, quindi, di un «*tipico criterio di responsabilità*»[365].

Ecco che si chiarisce la profonda differenza tra la diligenza vista come criterio di responsabilità al fine di valutare il comportamento tenuto dal debitore nell'adempimento dell'obbligazione contratta, rispetto a quella concezione di diligenza intesa come fonte di un «*dovere generico di*

---

(363) Cfr. *Relazione al Codice civile*, cit., n. 559. Poco prima, è dato leggere come il criterio di cui all'art. 1176 sia stato introdotto per poter fornire, a differenza di quanto desumibile attraverso l'art.1843 del codice del 1865, «*alla responsabilità del debitore una base certa*»; ed ancora, *ivi*, «*si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo ed individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto stava in lui, per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione. Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto* […]». Si veda RODOTÀ, *Diligenza* (dir. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1963, 539 ss.; nello stesso senso RAVAZZONI, *Diligenza*, in *Enciclopedia giur. Treccani, VII*, Roma, 1988, 1, il quale rileva come «*con riferimento alla nozione in astratto di diligenza, prima ancora dell'uso della stessa nell'ambito di un rapporto giuridico, sembra possibile considerare quanto segue: a) la diligenza costituisce una qualificazione di un comportamento umano; b) questa qualificazione opera nel senso della conformazione di un comportamento ad un modello ispirato alla cura, alla solerzia, alla cautela, ad un complesso quindi, di caratteristiche spiegate in modo che il comportamento umano possa essere valutato positivamente, in quanto adeguato al fine che esso deve raggiungere*».

(364) Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 453; a titolo meramente esemplificativo, trattandosi della concezione della diligenza largamente prevalente in dottrina, si veda MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 193, il quale rileva come che la «diligentia *è una qualità soggettiva di una attività, significa cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine*»; lo stesso Autore sottolinea, poi, che «*la funzione tecnica della diligenza riguarda non tanto l'adempimento, quanto la conservazione della possibilità di adempiere*», e ancora «*chi opera bene agisce per ciò stesso diligentemente: ma appunto la diligenza è soltanto una modalità del contenuto del vincolo, un presupposto dell'esatto adempimento*»; cfr, altresì, RODOTÀ, *Diligenza*, cit., 542 e RAVAZZONI, *Diligenza*, cit., 3.

(365) RODOTÀ, *Diligenza*, cit., 542.

protezione»[366] sostenuta, come più sopra ricordato, da Majello[367]. È proprio nella scelta di concepire la diligenza sulla base di questa seconda impostazione, che si annidano una serie di presupposti e conseguenze niente affatto condivisibili come si cercherà, brevemente, di illustrare.

Preliminarmente, è bene considerare come il ricondurre in capo alla diligenza una forza integrativa, idonea a generare doveri di protezione ulteriori rispetto all'obbligo di prestazione, importi una commistione tra le funzioni che il nostro ordinamento affida alla norma di cui all'art. 1175, rispetto a quella di cui all'art. 1176.

Ed infatti, operazione preliminare da compiere, come già più volte ricordato, per poter correttamente inquadrare la categoria dei doveri di protezione è cogliere, in maniera coerente con il nostro ordinamento, i principi generali sottesi agli stessi che siano in grado di fondare la relativa categoria.

La funzione integrativa del rapporto obbligatorio, è da ricondursi alle clausole generali di correttezza e buona fede, oltre che per quanto già affermato precedentemente nel presente lavoro[368], anche alla luce della seguente considerazione di portata dirimente.

Se il dovere, o l'obbligo, di diligenza, costituisce, come appare difficilmente contestabile, un criterio di responsabilità[369], alla stregua del quale valutare l'attività posta in essere dal debitore nell'adempimento dell'obbligazione, allora lo stesso criterio non potrà, in alcun modo, aver portata integrativa rispetto al fenomeno obbligatorio[370]. In altre parole, la diligenza non

---

(366) MAJELLO, *Custodia e deposito,* cit., 137-138.

(367) Per distinguere queste due accezioni della diligenza DI MAJO, *Delle Obbligazioni in generale*, cit., 453, si riferisce a queste, rispettivamente, come *diligenza-criterio* e *diligenza-dovere*; nello stesso senso RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 154.

(368) Cfr. parte prima, capp. I e II.

(369) Cfr. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione,* cit., 472, il quale rileva come «*inoltre non pare che il significato dell'art. 1176 sia quello indicato dalla teoria in esame, in quanto tale significato contrasta con le norme che all'art. 1176 si riconducono: art. 382, 1710, 1961, comm 2°, 2104 e 2174. Si consideri, ad es., l'art. 1710, comma I°, «il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia». E' evidente che, per questa norma la diligenza rappresenta un criterio per controllare se l'attività svolta dal mandatario costituisca esatto adempimento della sua obbligazione; mentre non avrebbe senso sostenere che l'art. 1710 prevede un generico dovere di diligenza posto a tutela della sfera patrimoniale* [e della persona] *del mandante*».

(370) Sul punto si vedano gli Autori indicati alla nota 351, ai quali *adde* RAVAZZONI, *Diligenza*, cit., 3 ss.

potrebbe, allo stesso tempo, decidere la portata del fenomeno obbligatorio e costituire, del medesimo fenomeno, anche criterio atto a determinare l'eventuale presenza di comportamenti integranti inadempimento.

È possibile, innanzitutto, rilevare come l'equiparazione tra la regola sulla diligenza e il dovere di protezione non dovrebbe trovare asilo all'interno del nostro ordinamento[371].

L'implicito di una tale impostazione, che assegna alla diligenza l'attitudine fondativa di una serie di doveri di protezione, finisce per confondere gli ambiti della correttezza e della buona fede con quelli della diligenza, assegnando a quest'ultima quelle funzioni che, invece, appartengono alle prime[372].

Ed allora, a ragionar correttamente, dovrà ricondursi in capo alla diligenza solo la sua funzione propria, muovendo da una lettura sistematica delle norme relative all'obbligazione in generale.

Funzione della buona fede e della correttezza sarà quella di integrare il contenuto del rapporto obbligatorio, facendo sorgere obblighi di protezione a carico di entrambe le parti; funzione della diligenza, invece, sarà quella di fornire un criterio, elastico e necessitante di specificazione a seconda del caso concreto, idoneo a valutare l'attività svolta dal debitore e dunque l'eventuale insorgenza di responsabilità a carico di questo[373].

Né potrebbe, fondatamente, sostenersi che la diligenza svolgerebbe la medesima funzione integrativa riconducibile in capo alla buona fede ed alla correttezza, seppur in momenti distinti della vicenda obbligatoria[374].

---

(371) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 455, il quale rileva, a proposito di tale aspetto della tesi di MAJELLO, come «*così come formulata la tesi non appare convincente. Essa costituisce l'eco di dottrine, fiorite in Germania, le quali, in presenta di una tradizione dottrinale (pandettistica) che ancorava la responsabilità debitoria alle sole fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta e della mora, hanno avvertito l'esigenza di teorizzare l'esistenza di «violazioni contrattuali positive» (*positive Vertragsverletzungen). *Tali violazioni possono derivare dall'inadempimento di «doveri di protezione» che incombono sul debitore*».

(372) Cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 148 ss.

(373) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 154 e 160.

(374) RODOTÀ, *Diligenza*, cit., 540 il quale a proposito del criterio di diligenza rileva come «*piuttosto – proprio al fine di una più esatta impostazione della ricerca volta a delimitare l'ambito di operatività del criterio della diligenza e considerando la molteplicità delle ipotesi legislative a cui esso presiede – deve porsi il problema dei rapporti tra questo criterio e quello della correttezza (art. 1175) e della buona fede (art. 1375). La reciproca interferenza di questi criteri è, infatti, evidente; né una individuazione dei rispettivi ambiti di operatività può seguire ad una distinzione tra diverse fasi temporali del comportamento obbligatorio. Senza voler immediatamente proporre la questione del tipo di attività a cui a diligenza si riferirebbe – ed accettando, quindi,*

Ed anzi, ad inquadrar propriamente funzioni e portata dei principi qui considerati, potrebbe tra gli stessi identificarsi un rapporto cronologico.

Assodato, infatti, che spetti alla correttezza ed alla buona fede il compito di delineare contenuto e portata dell'obbligazione[375], il criterio di diligenza potrebbe subentrare solo in un secondo momento, atteso che al fine di poter giudicare se un determinato comportamento sia o meno stato diligente risulta necessario, logicamente e giuridicamente, che sia stata precedentemente delineata l'ampiezza del comportamento richiesto al debitore[376].

Ed ancora.

L'impostazione ricordata porta ad ulteriori considerazioni; tra queste, una delle più importanti è che l'effetto di una tale impostazione porta ad abolire, in pratica, il concetto di esatto adempimento, riconducibile ad una lettura armonica delle norme di cui agli artt. 1176 e 1218 del codice civile[377]. Ed infatti, la norma sulla diligenza è una di quelle che partecipa, su un piano ben diverso rispetto a quello sul quale agiscono le disposizioni di cui all'art. 1175 e 1375, a plasmare, sulla base della vicenda concretamente venutasi a determinare tra le parti del rapporto obbligatorio, la nozione di esatto adempimento.

Ma ciò che viene a determinarsi è quale sia il comportamento diligente, ovvero quali siano le *cure e le cautele* che il debitore deve porre in essere nel suo operare; niente a che vedere con l'insorgenza di obblighi autonomi come quelli di protezione.

Quelle derivanti dalla diligenza, tutt'al più, devono essere considerate come specificazioni della prestazione principale, ovvero come obblighi integrativi strumentali e, quindi, non autonomi, come tali integranti quel

---

l'interpretazione più restrittiva del riferimento all'adempimento, contenuto nell'art. 1176 – è comunque certo che quest'ultimo rientra anch'esso nella previsione dell'art. 1175, dal momento che proprio con l'adempimento viene meno la qualità di debitore; e che l'attività esecutiva, contemplata dall'art. 1375, si spinge fino a comprendere l'adempimento. Occorre, dunque, porre la distinzione – se esiste – su basi diverse».

(375) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 203; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 455 ss., RODOTÀ, *Diligenza,* cit., 542; RAVAZZONI, *Diligenza,* cit., 2; *contra* BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile,* cit., 171.

(376) In tal senso, si vedano RODOTÀ, *Diligenza*, cit., 542 e CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 152.

(377) Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 456.

concetto di esatto adempimento che ha reso il nostro ordinamento, sin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, ben più moderno rispetto, ad esempio, all'ordinamento tedesco, così spesso fonte di ispirazione per i nostri studiosi[378].

Ecco che, allora, quel complesso di *cure, tutele e attenzioni* possono solo essere considerate come specificazioni del contenuto di quel dovere di agire diligentemente che sorge in capo al debitore, idoneo a fondare un criterio di responsabilità atto a valutare il comportamento del debitore, ma non certo a far sorgere un autonomo dovere di protezione in capo al singolo, trattandosi questo di compito demandato, dal legislatore, alla norma di cui all'art. 1175.

Oltre agli evidenti profili di sovrapposizione tra la diligenza e la buona fede, implicita nella tesi qui analizzata e contestata, e il venir meno del concetto di esatto adempimento, altre sono le conseguenze che non convincono.

Come già esattamente rilevato[379], a tutto voler concedere, la ricostruzione proposta, pur potendo giustificare l'insorgenza di doveri di conservazione *ex* art. 1176, non sarebbe in grado di tenere in considerazione gli obblighi di comunicazione, ritenuti una delle tipologie degli obblighi di comunicazione, i quali devono essere ricondotti, sistematicamente, alle norme sulla correttezza e buona fede, oltre che a diverse previsioni contenute nel codice civile[380]. Viene osservato, infatti, come «*l'avviso non è una modalità di un comportamento come la diligenza, ma è esso stesso un comportamento*»[381].

Un'ulteriore conseguenza della riconduzione della categoria degli obblighi o doveri di protezione alla norma dell'art. 1176 sarebbe che, posto che la norma in esame si riferisce, testualmente, al solo comportamento de debitore, gli obblighi di protezione avrebbero natura diversa a seconda che si considerino a carico del debitore o del creditore. Ed infatti, ragionando sulla base di tale impostazione gli obblighi posti a tutela del creditore avrebbero natura contrattuale, mentre quelli posti a protezione del debitore avrebbero

(378) Cfr. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 508 ss.
(379) Cfr. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione,* cit., 471.
(380) Si pensi, ad esempio, alle norme in materia di responsabilità precontrattuale e di interpretazione del contratto.
(381) Così BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione,* cit., 471.

natura extracontrattuale[382]. Una tale considerazione appare, davvero, inaccettabile e conseguenza di quella visione riduttiva, unilaterale e superata del rapporto obbligatorio del quale si è dato, brevemente, conto all'inizio del presente lavoro[383].

Il carattere di reciprocità è peculiare della categoria degli obblighi di protezione e costituisce, altresì, espressione di un approccio corretto e sistematico al fenomeno obbligatorio[384].

Un ulteriore aspetto critico che pare di potersi rinvenire, nella teoria in esame, è relativo all'aver scelto la *custodia* (ed averla inteso come criterio di responsabilità) come istituto alla stregua del quale fondare lo studio della categoria degli obblighi di protezione, influenzando, forse in modo non condivisibile, tutta la teoria in esame sulla base di quelle peculiarità che potrebbero essere ricondotte solo alla custodia ed al deposito, ma non ad altre ipotesi di obblighi di protezione[385].

La considerazione, ad esempio, del fatto che, qualora il debitore custodisca la costa in modo negligente, non incorrerebbe in alcuna responsabilità ove restituisse la stessa integra al creditore costituisce, infatti, premessa fallace per una riflessione fondata sul tema analizzato[386].

---

(382) In senso critico rispetto ad una tale conseguenza CASTRONOVO, *Gli obblighi di protezione e la tutela del terzo,* cit., 149; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 292; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 16; *contra* BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 82 ss.

(383) Si veda a tal proposito NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 16, che qualifica come «inaccettabile» la tesi che riconduce gli obblighi di protezione all'art. 1176, costituendo il precipitato di una «*visione unilaterale del fenomeno*» obbligatorio; cfr. anche nota precedente.

(384) Già nel 1965 BENATTI in *Osservazioni in tema di doveri di protezione,* cit., 472 rilevava sul punto come «*l'errore in cui è caduta la teoria che si critica dipende dal non aver intuito che fonte dei doveri di protezione può essere solo la buona fede. Se questo aspetto fosse stato approfondito, non si sarebbe certo arrivati a negare il carattere di «reciprocità» degli obblighi di protezione, bensì si sarebbe agevolmente messo in luce che entrambi i soggetti di un rapporto obbligatorio (e quindi non solo il debitore) sono tenuti l'un verso l'altro ad un contegno riguardoso e prudente*». Sul punto si vedano, altresì, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 92 e ss. e MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 368 nota 13, nonché CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 711 ss.

(385) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 125.

(386) Sul punto si vedano MENGONI, *Obbligazioni di risultato e di mezzi, cit*., 204; e BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit., 475 il quale rileva come il MAJELLO abbia «*trascurato un altro aspetto che pure riveste singolare importanza; se la custodia fosse un «criterio di responsabilità», nel caso in cui il comodante si accorgesse che la sua cosa è mal custodita, non potrebbe chiedere l'immediata restituzione ma dovrebbe prima attendere che si deteriori. Questa conclusione veramente inaccettabile, è sufficiente a provare l'insostenibilità della tesi che ravvisa*

Alla luce di quanto considerato, appare non condivisibile la ricostruzione prospettata e, invero, le critiche svolte nei confronti della stessa appaiono, inoltre, corroborare la ricostruzione della categoria degli obblighi di protezione nei termini descritti.

3.2 Gli obblighi di protezione quale concretizzazione dell'interesse alla prestazione. Critica e conferma della teoria degli obblighi di protezione alla luce di specifiche norme contenute nel codice civile.

La tesi appena considerata non è stata l'unica che si è posta in una posizione, per così dire, alternativa rispetto a quella che identifica il fondamento della categoria in esame nella correttezza e nella buona fede.

Deve, infatti, ora considerarsi quella ricostruzione che, ricollegandosi al tema della diligenza, seppur in una prospettiva strutturalmente distinta da quella appena ricordata, ritiene la categoria di obblighi di protezione priva di autonomia e giunge ad affermare come i medesimi obblighi (o doveri) sarebbero, in realtà, mere specificazioni della prestazione[387].

In tal senso, proprio contro la concezione che ravvisa il fondamento della categoria degli obblighi di protezione nella buona fede, si osserva come al debitore non si richieda «*semplicemente un comportamento improntato a*

---

nella custodia un «criterio di responsabilità»». Lo stesso Autore, sul medesimo aspetto, rileva alla pagina precedente come «*l'opinione che ritiene la custodia un «criterio di responsabilità» si fonda principalmente su due argomenti: 1) esiste un parallelo tra la diligenza e la custodia, essendo entrambe dirette alla conservazione della possibilità di adempiere: da ciò discende che la custodia, al pari della diligenza, è un «criterio di responsabilità»; 2) il comportamento custodiente del debitore non è suscettibile di valutazione economica, in quanto non determina un vantaggio, diretto ed immediato, nella sfera patrimoniale del creditore; la concezione, quindi, della custodia, come oggetto di un rapporto obbligatorio, è in contrasto con la definizione di obbligazione, quale si desume dall'art. 1174*».

(387) Si tratta delle tesi di Autori come NATOLI, BRECCIA, BIANCA, BIGLIAZZI GERI le quali, pur differenziandosi sotto alcuni profili, rinvengono rispetto al tema affrontato un comun fondamento; di tali posizioni si darà conto nel presente capitolo. Appare evidente che ove si ritenesse di condividere una tale ricostruzione della categoria dei doveri/obblighi di protezione, ciò osterebbe alla possibilità che gli obblighi protettivi possano irradiarsi a protezione di terzi. Come infatti puntualmente rilevato da CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, II, Le obbligazioni,* Milano, 426: «*l'ammissibilità di obblighi* [di protezione] *nei confronti di terzi è da escludere in radice se si reputa che detti obblighi siano una mera articolazione della diligenza nell'esecuzione della prestazione, pacifico essendo che la diligenza limita i suoi effetti ai rapporti tra le parti*».

correttezza ma un comportamento diligente, e che a questo comportamento rientra nel contenuto del rapporto obbligatorio alla stregua del suo obiettivo unificato»[388].

A fondamento di una tale affermazione, v'è il convincimento che la *cautela* costituisca quell'aspetto della diligenza[389] che, oltre ad avere lo scopo di evitare che sia impedito il soddisfacimento dell'interesse dedotto nell'obbligazione, sia volta ad impedire che siano pregiudicati «*altri interessi del creditore giuridicamente tutelati*»[390].

Il dovere di non ledere la persona e i suoi beni, mediante comportamento imprudente, rileva, a prescindere dall'esistenza di un rapporto obbligatorio, grazie alla previsione di cui all'art. 2043. Ciò non toglie, prosegue nel proprio ragionamento l'Autore[391], che al comportamento prudente un soggetto sia tenuto in base alla sua posizione debitoria all'interno di una vicenda obbligatoria. In questo caso, il debitore sarebbe tenuto a salvaguardare quegli interessi, del creditore, posti in pericolo dall'attività svolta al fine di adempiere all'obbligazione contratta.

A tutela di tali interessi, sarebbe superfluo ipotizzare l'esistenza di autonomi obblighi di protezione atteso che, come già sopra riferito, il debitore risulti tenuto ad una prestazione di contenuto prudente, inteso quale comportamento obiettivamente idoneo ad impedire il verificarsi di un evento dannoso[392]. Sostanzialmente, dunque, sulla base di tale teoria, l'obbligo di protezione (o il momento protettivo) sarebbe, di per sé, implicito all'interno

---

(388) Così BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Art. 1218-1229*, Bologna – Roma, 1979, 36. Alcuni anni dopo lo stesso Autore, in *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 205 ss., ribadirà come «*si conferma, tra l'altro, l'inaccettabilità della tesi che fonda sulla buona fede i c.d. «obblighi di protezione». Nell'adempimento dell'obbligazione il debitore è tenuto ad un comportamento che non leda i beni personali e patrimoniali del creditore ma qui la responsabilità deve essere valutata non secondo il criterio della buona fede bensì secondo quello della diligenza*». Nello stesso senso, SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede,* cit., 2134.

(389) Lo stesso BIANCA, in *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 210 spiega come «*l'obbligo di diligenza impone l'adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l'interesse del creditore e per non ledere i diritti altrui. La diligenza misura l'obbligo cui il soggetto è tenuto per soddisfare l'interesse altrui giuridicamente tutelato da un diritto di credito o da un diritto assoluto. Indica l'impegno del soggetto in relazione al diritto altrui*». Già da tale definizione, è possibile apprezzare la rilevante differenza di impostazione sottesa alla teoria del BIANCA rispetto a quella del MAJELLO riportata nel paragrafo precedente.

(390) Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 93 ss.

(391) Così BIANCA, *Diritto civile*, cit., 93.

(392) BIANCA, *Diritto civile*, cit., 94.

dell'obbligo di prestazione e, dunque, non sarebbe fondata la distinzione in due momenti, concettualmente separati, dell'interesse alla protezione rispetto all'interesse alla prestazione[393].

Il precipitato di una tale teoria sarebbe, dunque, che, di fatto, si postulerebbe un'obbligazione strutturalmente unitaria e che gli obblighi di protezione, in realtà, sarebbero momenti nei quali si specificherebbe la prestazione principale di contenuto prudente[394]. La violazione di tali pseudo obblighi, dunque, integrerebbe, solamente, un'ipotesi di inesatto adempimento[395]. Viene osservato come un difetto di cautela, da parte del debitore nell'adempimento, potrebbe concretizzare un danno di un interesse non direttamente ricollegabile a quello dedotto nella prestazione[396].

A tal proposito, dunque, resta da comprendere quale tipologia di responsabilità ingeneri una violazione di tali tipi di interessi; certamente una tutela in tal senso non potrebbe negarsi già sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale. Ma, si osserva[397], la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità da fatto illecito non deve, di per sé sola, escludere un'ipotesi di

---

(393) BIANCA, *Diritto civile*, cit., 93-94, alla nota 46; qui l'Autore rileva come «*la prestazione comprende ciò che è dovuto dal debitore, ed è semplice osservare che il momento prudente è implicito nella prestazione già alla stregua del comune intendimento. Chi si obbliga a trasportarmi con la sua vettura, si obbliga per ciò stesso a trasportarmi sano e salvo, e quindi – tra l'altro– a guidare nel rispetto delle norme tecniche e giuridiche di cautela*». In una prospettiva sostanzialmente analoga BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 72, il quale rileva, a proposito dei c.d. doveri di protezione che «*quel che importa è aver chiaro che questi sono aspetti della fase esecutiva di una complessa attività dovuta, non sono specifici obblighi individuati in base ad una presunta fonte integrativa del contratto. Ma più spesso il momento della protezione è qualcosa di strettamente connesso con il nucleo centrale dell'obbligo, cioè con la prestazione* strictu sensu».

(394) In una prospettiva sostanzialmente analoga, BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171 che a proposito della funzione degli obblighi di protezione derivanti dalla buona fede, rileva che «*ancor più misera risulta quando ci si renda finalmente conto che anche tali «doveri», lungi dal porsi quali obblighi accessori con autonomia di contenuto e di oggetto, o costituiscono – al pari dei cosiddetti doveri integrativi di prestazione – niente più che tipiche specificazioni, momenti particolari dell'obbligazione, il cui contenuto unitario si determina in relazione alla natura della prestazione ed alle modalità di esecuzione* […] *o si traducono, invece, in puri e semplici oneri e, più esattamente, in limiti formali riguardanti l'esercizio di un diritto* […], *non immediatamente deducibili dalla normativa di correttezza, ma esplicitamente previsti da singole disposizioni di leggi pur ad essa ispirate*».

(395) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 34 il quale rileva che «*come particolare atteggiamento della diligenza la cautela fa parte della prestazione dovuta, e la sua inosservanza è quindi da qualificare come inesattezza della prestazione: tale inesattezza è da accertarsi in base alla richiesta misura della diligenza, la quale anche in relazione a questo aspetto può importare l'applicazione di appropriati mezzi e principi tecnici*».

(396) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 34.

(397) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 35.

inadempimento[398]. Ed infatti, la particolarità del contatto che si instaura tra le parti di un rapporto obbligatorio, espone i beni del creditore[399] ad un *specifico* rischio di danno, non assimilabile a quello *generico* che, astrattamente, incombe su tutti i consociati.

Tuttavia, l'Autore rileva come, al fine di postulare una tutela contrattuale in caso di lesione di interessi del creditore, non sia necessario ipotizzare una categoria di obblighi di protezione, fondati sulla buona fede, distinti ed autonomi rispetto all'obbligo di prestazione[400], giacchè il debitore sarebbe già tenuto ad una prestazione di contenuto prudente volta a realizzare un vantaggio del creditore e, quindi, già di per sé, nel pieno rispetto di tutti gli ulteriori interessi di questo[401]. Il creditore, dunque, invertendo la prospettiva di analisi, avrà diritto ad ottenere una prestazione di contenuto prudente,

---

(398) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 35.

(399) Sfugge completamente da questa analisi la possibilità che il danno possa cagionarsi nella sfera giuridica del debitore; in realtà, come già rilevato nel precedente paragrafo, è proprio la scelta della norma di cui all'art. 1176 a spostare in modo non condivisibile l'attenzione, all'interno del fenomeno obbligatorio, quasi esclusivamente sul debitore, tralasciando le vicende relative al creditore.

(400) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 35. In merito all'ascrivibilità al regime di responsabilità contrattuale di eventuali comportamenti dannosi di interessi altri del creditore, BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 76-77, dopo aver rilevato come non si avverta la necessità di ampliare attraverso la buona fede e correttezza la sfera della responsabilità contrattuale per ricomprendervi i doveri di protezione, di avviso, di conservazione, afferma che «*il problema è presumibilmente un altro: si tratta di vedere se possa definirsi come diligente e corretta, cioè esattamente adempiuta, una prestazione che ha avuto conseguenze dannose nell'altrui sfera giuridica. L'esame deve compiersi avendo presenti, in primo luogo, la natura delle prestazioni e le misure cautelari che in essa debbono ritenersi normalmente comprese; in secondo luogo, il nesso tra la cattiva esecuzione della prestazione e il danno subito dalla controparte; nesso che deve, sia pure genericamente, essere ravvisabile a priori sulla base di una valutazione finalistica degli elementi, esplicitamente o implicitamente predeterminati, dall'obbligo. Al di fuori di questi limiti, ogni commutazione del danno aquiliano in contrattuale, a qualunque principio la si voglia ricondurre, anche se la si mantenga nei confini di una precisa identificazione del nesso causale tra danno e contengo della parte, avrebbe conseguenze spesso forzate e insostenibili. In particolare, non si avverte l'esigenza logica e normativa di rinvenire il fondamento della presunta serie di obblighi integrativi nella regola della buona fede*».

(401) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 37 rileva: «*ed infatti: l'obbligazione si costituisce, nel comune convincimento, per realizzare uno specifico vantaggio del creditore e – di regola – non per sacrificare o compromettere altri beni di questo soggetto. La prestazione dovuta è quindi da intendersi già secondo la comune interpretazione come un fatto vantaggioso previsto e voluto nel rispetto degli altri rilevanti interessi del creditore. Nel rispetto, cioè, di quegli interessi che sono socialmente apprezzabili e che si collegano alla sfera del creditore anche tramite rapporti di parentela, di servizio e di ospitalità. Se la costituzione del rapporto obbligatorio presuppone che rimanga fermo il rispetto degli altri interessi, il soddisfacimento dello specifico interesse creditorio deve appunto intendersi come programmato attraverso una prestazione che non s'ingerisca dannosamente nella sfera giuridica del creditore*».

eseguita nel rispetto della sua integrità patrimoniale e personale[402]. Ed è proprio alla luce di queste considerazioni che si sostiene come i danni compiuti dal debitore nell'esecuzione della prestazione, dovuti a mancanza di diligenza, e che comportino una lesione della sfera giuridica del creditore, saranno da ascriversi al regime di responsabilità contrattuale, senza che sia necessario teorizzare una autonoma categoria di obblighi di protezione fondati sulla buona fede[403].

Ad una posizione, sotto alcuni profili, coincidente con quella appena analizzata può essere ricondotto il pensiero di un altro Autore[404], il quale si è premurato di affermare che procedendo ad una corretta sistematizzazione delle norme relative alla buona fede ed alla correttezza, da un lato, e a quella relativa alla diligenza, dall'altro, non sarebbe necessario, al fine di fornire idonea tutela, giungere ad una proliferazione dei c.d. doveri integrativi.

Bisognerebbe, quindi, distinguere tra quei doveri strumentali, accessori, da ricondursi, in ultima analisi alla necessità di adempiere alla prestazione principale, rispetto a quei doveri di protezione posti a tutela delle sfere giuridiche delle parti nel rapporto obbligatorio[405].

I doveri di correttezza, *ex* art. 1175, sarebbero solo questi ultimi. Questo ragionamento permetterebbe, nella prospettiva proposta, una riduzione di tutti quelli che vengono definiti «*pseudo-obblighi di protezione*» che, in realtà

---

(402) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 37. Alla pagina seguente, l'Autore afferma come, in una tale ricostruzione, il creditore avrebbe la possibilità di rifiutare la prestazione che possa mettere a rischio la propria integrità personale o patrimoniale o di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento ove il comportamento, non prudente, del debitore abbia arrecato «*danni di non scarsa importanza ai beni del creditore medesimo*».

(403) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 37.

(404) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 16 ss.; qui l'Autore dopo aver affermato che la norma sulla diligenza di cui all'art. 1176 «*rappresenta la misura dell'attività di volta in volta, necessaria per l'esecuzione della prestazione, tenuto conto della natura del relativo oggetto e delle circostanze, nella quale essa deve avvenire*», rileva, poco dopo, che «*si può, intanto, osservare che se si ammette, come deve ammettersi, che le norme degli artt. 1175 e 1776 hanno* […] *una diversa sfera di incidenza (il che, del resto, non ne esclude il possibile concorso, cioè la possibilità di una contemporanea applicazione) ne risulta già notevolmente ridotta la somma dei c.d. doveri di integrazione, che dovrebbero far capo alla prima, dovendosi praticamente accantonare tutti quelli, che in un modo o nell'altro possono essere considerati come semplici specificazioni del criterio della diligenza indicato all'art. 1176*». Sul punto deve rilevarsi, come esattamente affermato da LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 116, nota 310, che «*è da notare che se si segue la teoria del rapporto complesso, gli obblighi di protezione (che possono concretizzarsi anche in un avviso) non sono obblighi secondari (questi riguardano il risarcimento)*».

(405) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 17-18.

sarebbero, solo momenti nei quali si specificherebbe la prestazione principale[406].

Ma, si rileva, che tuttavia a ben guardare gli obblighi di protezione apparirebbero in realtà, come un momento essenziale del contenuto dell'obbligazione che «*si determina automaticamente in base alla natura della prestazione e che, particolarmente, reagisce anche sul* quantum *della diligenza necessaria alla sua esecuzione*»[407].

Pertanto, la categoria degli obblighi di protezione, sia che se ne rinvenga il fondamento nell'art. 1775 che nel 1176, costituirebbe, si sostiene, un'inutile superfetazione[408].

Ove vi fosse una previsione in tal senso, la stessa sarebbe rinvenibile nella legge o sarebbe deducibile «*dalla stessa natura della prestazione*»[409] e verrebbe in considerazione solo in quei contratti nei quali l'esecuzione comporti un rischio per la persona o le cose dell'altro contraente[410].

Altro assunto, a fondamento di una tale ricostruzione, è che dovrebbe negarsi alcuna valenza integrativa alle norme relative alla buona fede ed alla correttezza[411]. Da tale analisi, rimarrebbero esclusi solo i doveri di protezione posti a carico del creditore che, però, risulterebbero davvero esigui e che potrebbero palesarsi solo nel caso in cui la prestazione sia eseguita «*nella sfera di azione del creditore o sotto la direttiva di costui*»[412], tanto più che, in ogni caso, a tutela del debitore starebbe la previsione di cui all'art. 2043[413].

---

(406) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 18.

(407) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 20.

(408) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 20.

(409) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 21.

(410) Così NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 22 che richiama il pensiero di BENATTI, in *Osservazioni in tema di doveri di protezione,* cit., 484.

(411) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 26; *ivi* l'Autore rileva come «*l'esigenza, cui dovrebbe provvedersi deducendo dalla regola suddetta nuovi «doveri» integrativi di protezione, risulta già soddisfatta in un considerevolissimo numero di casi sulla base di precise ed esplicite previsioni di legge, che sembrano ridurre in minime proporzioni la sfera di rapporti, nella quale dovrebbe esplicarsi la funzione integrativa dell'art. 1175*»; l'Autore afferma, nelle pagine immediatamente successive, come la correttezza inciderebbe solo all'interno della fase di attuazione del rapporto obbligatorio, acquisendo una funzione riduttiva della conseguenze che deriverebbero da una pedissequa applicazione dello «*strictum ius*».

(412) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 22; un esempio in tal senso, secondo l'Autore, sarebbe da rinvenirsi nella previsione di cui all'art. 2077 del codice civile.

(413) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 24. Poco dopo, si rileva come la differenza del regime probatorio riconducibile in capo all'art. 1218 e al 2043 non rileverebbe considerato che «*è anche vero che, per lo più, si tratterà di responsabilità qualificantesi sotto il*

Le tesi sopra riportate, a conferma di quanto sostenuto, propongono una peculiare analisi di alcune norme contenute nel codice civile, ed in particolar modo degli artt. 1681 e il 2087 dedicati, rispettivamente, alla *Responsabilità del vettore* ed alla *Tutela delle condizioni di lavoro*, nonché delle disposizioni in materia di locazione.

In particolare, relativamente alla prima disposizione, viene affermato come nel trasporto di persone l'obbligazione contratta dal vettore, e quindi la prestazione assunta, non si esaurirebbe nel solo trasferimento del viaggiatore da un luogo sino ad un altro, ma si sostanzierebbe, altresì, nel trasferimento dello stesso viaggiatore senza che questi subisca alcun danno alla sua persona o alle sue cose[414]. La circostanza che all'interno del codice siano contenute due norme distinte, segnatamente l'art. 1678 e l'art. 1681, non costituirebbe indizio della sussistenza di due distinti obblighi, quello relativo all'esecuzione della prestazione e quello di protezione[415].

Si tratterebbe, in realtà, di diversi aspetti della prestazione che, dunque, non sono idonei, di per sé, ad alterare una visione unitaria del fenomeno obbligatorio che, questo ne è il corollario, si esaurirebbe nell'obbligo di prestazione[416]. Dunque, ogni volta che la prestazione coinvolga la persona del

---

riflesso delle disposizioni speciali degli artt. 2050-2054 e tale fatto finirà in pratica col porre il danneggiato – dal punto di vista che si è appena ricordato – in una posizione *sotto vari aspetti analoga a quella che avrebbe sulla base dell'art. 1218».*

(414) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 18.

(415) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 18.

(416) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 19. L'Autore osserva anche come «*osservazioni analoghe si possono fare in tema di locazione. Come si deduce dagli artt. 1575, 1576, 1578, 1580, l'obbligazione del locatore non si limita al «far godere» al conduttore una cosa, ma implica che ciò avvenga senza danno per la persona di questo (e di coloro che partecipano a quel «godimento»: familiari o dipendenti). E anche qui non si tratta di una obbligazione più o meno accessoria, con autonomia di contenuto od oggetto, ma di un momento particolare dell'obbligazione, il cui contenuto (unitario) si determina anche in questo senso in considerazione della particolare natura della prestazione, che, come nel caso precedente, coinvolge immediatamente la persona dell'altra parte*». In senso conforme anche BIANCA, *Diritto civile,* cit., 94, nota 47. Sul punto BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile,* cit., 171 osserva «*così non si dovrebbe dubitare, come invece tutt'ora si fa, che l'obbligazione del vettore (art. 1678) non consiste soltanto nel trasferire il viaggiatore da un luogo ad un altro, ma nel trasferirlo indenne (arg. ex art. 1681): non, dunque, un'obbligazione principale ed una, accessoria, di protezione o di sicurezza, ma un'unica obbligazione con unicità di contenuto e di oggetto, della quale la legge evidenzia, sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, due diversi aspetti, senza per questo spezzarne, com'è stato significamente detto, il contenuto unitario*». Sotto tale profilo, si vedano anche MAJELLO, *Custodia e deposito,* cit., 112 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 47 nota 72; da ultimo, BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione, cit.*, 480 ss, il quale, a proposito della norma di cui all'art. 1681 quale norma

creditore, sarebbe connaturato con l'essenza stessa della prestazione, l'obbligo (o il dovere) di svolgere la stessa in modo tale da salvaguardare l'integrità della persona del creditore[417]; lo stesso potrebbe dirsi nel caso in cui la prestazione coinvolga i beni di pertinenza del creditore[418].

Un ragionamento analogo viene svolto, relativamente alla disposizione di cui all'art. 2087 del codice civile. Ed infatti, sotto tale profilo viene rilevato come, innanzitutto, le ipotesi nelle quali sarebbe astrattamente configurabile un dovere di protezione a carico del creditore sono alquanto ridotte; in ogni caso, tali ipotesi sarebbero da ricondurre al caso in cui si possa ingenerare una situazione di pericolo, a carico della persona o delle cose del debitore, per il fatto che la prestazione debba essere eseguita nella sfera di azione del creditore o sotto la direttiva di costui: questa sarebbe, eminentemente, l'ipotesi regolata dall'art. 2087[419].

Il fondamento della norma, però, sarebbe da rintracciare nella particolare natura del lavoro subordinato, ed è per questo che la norma predisporrebbe un vero e proprio obbligo, non secondario.

Ma, da una tale disposizione, nulla potrebbe trarsi a livello sistematico per poter sostenere l'esistenza, nel nostro ordinamento, di autonomi obblighi previsti, in via generale, attraverso il meccanismo previsto dai principi di buona fede e correttezza[420].

---

contenente un obbligo di protezione, la cui violazione concreterebbe un caso di responsabilità contrattuale, afferma, dopo aver criticato le affermazioni di MAJELLO sul punto, che «*una giustificazione dell'azione di risoluzione concessa al passeggero potrebbe trovarsi considerando che il vettore, qualora non metta in opera tutte le misure idonee ad evitare sinistri, non adempie esattamente la c.d. obbligazione principale, la quale non è tanto quella di trasportare il cliente da un luogo ad un altro, quanto quella di trasportarlo sano e salvo: opinione questa che sembra confermata dal fatto che l'art. 942 c. nav. Disciplina unitariamente le varie ipotesi di responsabilità del vettore*». A proposito di questo ultimo Autore, deve segnalarsi, come si avrà modo di approfondire a breve, che le relative riflessioni in merito ai rapporti tra obblighi di protezione e art. 2087 sembrano, invece, smentire dogmaticamente quanto appena affermato dallo stesso.

(417) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 19. Ecco perché, secondo tale ricostruzione, l'ipotizzare un obbligo di protezione ai sensi dell'art. 1175 costituirebbe «*un'inutile superfetazione*».

(418) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 22.

(419) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 22.

(420) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, cit., 22; *ivi* l'Autore afferma, infatti, che «*l'art. 2087 non offre, dunque, alcuna indicazione che possa valere sul piano generale, ma, ancora una volta, un esempio di dovere di protezione o di sicurezza (la denominazione non ha alcuna importanza), che la legge esplicitamente prevede in considerazione della particolare natura*

Sarebbero le peculiarità del rapporto di lavoro subordinato a giustificare la predisposizione di un tale obbligo autonomo e, dunque, la categoria degli obblighi di protezione fondata sui principi di correttezza e buona fede, non avrebbe alcuna ragione di esistere, atteso che l'obbligazione, da assumersi unica da un punto di vista strutturale, conterrebbe già in se, per il tramite del dovere di diligenza o di specifiche previsioni normative, l'obbligo di proteggere l'integrità personale e patrimoniale dell'altra parte, senza che debbano essere previsti autonomi e distinti obblighi rispetto a quello di prestazione.

Le teorie sopra considerate, delle quali si è, brevemente, cercato di dare conto che, negando la *vis* integrativa dei principi di buona fede e correttezza, postulano l'infondatezza o l'inutilità della categoria degli obblighi di protezione, seppur pregne di spunti riflessivi, non persuadono sulla base di una serie di considerazioni.

Innanzitutto, ad avviso di chi scrive, un primo ordine di problemi appare legato ad una non condivisibile interpretazione delle norme coinvolte.

Spesso[421], una paventata difficoltà nell'interpretazione dei principi di buona fede e correttezza, nonché una non esatta identificazione delle loro funzioni, ha portato ad una sovrapposizione degli ambiti e delle funzioni propri di questi due principi con quelli proprio della diligenza[422].

Altre volte, se non ci si inganna, si è implicitamente postulata una ricostruzione del fenomeno obbligatorio a prescindere dal dato normativo, escludendo le norme in tema di correttezza e buona fede[423].

---

del rapporto». In senso, sostanzialmente, analogo BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 84.

(421) A titolo meramente esemplificativo, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 77, il quale afferma come «*le regole della correttezza, o della buona fede in senso oggettivo, concorrono a determinare il contenuto della prestazione, come si ammette in dottrina. L'incidenza di queste regole sul contenuto della prestazione non è tuttavia chiara, ma ciò dipende dalla stessa incertezza sul significato della correttezza e, in ultima analisi, dalla mancanza di indicazioni concrete sulla condotta del debitore concreto. Manca, cioè, una definita nozione di correttezza che valga a distinguerla rispetto ad altri modelli di condotta e, soprattutto, rispetto alla diligenza*». Si rimanda, in merito alle problematiche relative ad una definizione dei principi generali di correttezza e buona fede, a quanto rilevato nei Capitoli I e II della Prima parte del presente lavoro.

(422) Si vedano i contributi indicati in apertura del presente paragrafo.

(423) Sembrerebbe essere il caso di BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 72, 73 e 76, il quale giunge a teorizzare un'obbligazione a struttura

Ed un tale approccio non pare condivisibile.

Pur considerando come l'analisi di determinate norme o istituti comporti, per evidenti ragioni, il soffermarsi proprio su quelle norme o istituiti, tale procedimento, per così dire, di messa a fuoco di un argomento non dovrebbe far giungere a isolare lo stesso dal contesto nel quale si trova. L'ordinamento giuridico è un sistema complesso e connesso che, come tale, non può essere colto se non nei rapporti che i singoli componenti dello stesso hanno tra di loro, in una visione che tenga conto, per quanto possibile, di tutti i diversi aspetti. Al fine di poter correttamente cogliere la portata della diligenza, appare necessario muovere dall'interpretazione della norma di cui all'art. 1176, da un lato, avvalendosi degli elementi desumibili dalla Relazione al codice civile[424], dall'altro, tenendo ben presenti la reale portata delle clausole generali di buona fede e correttezza al fine di distinguerne il contenuto e le funzioni rispetto alla diligenza. Solo un tale approccio sistematico permette, infatti, di potersi fondatamente avvicinare al tema degli obblighi di protezione.

Si pensi solo alla seguente circostanza.

Tutte le tesi brevemente richiamate in questo capitolo, ricostruiscono il fenomeno obbligatorio con delle caratteristiche tali da coincidere con quell'obbligazione che sarebbe propria di un sistema basato solo sulle norme di cui agli artt. 1176 e 1218[425], di fatto addivenendo ad una interpretazione nel concreto, chi più chi meno, abrogativa.

Appare evidente come un tale ragionamento non possa essere condiviso, poiché non ne convincono i presupposti e, probabilmente, neanche il procedere. Sostenere che il momento di protezione debba essere ricondotto ad una attività prudente e che, come tale, quale specificazione dell'obbligo principale di prestazione è un'affermazione che suggerisce le seguenti considerazioni.

---

semplice, ma muovendo dal non condivisibile presupposto che gli obblighi di protezione siano obblighi integrativi strumentali e non, come invece deve riconoscersi allorché se ne accetti la costruzione fondata sulla correttezza e buona fede, aventi natura autonoma.

(424) Si rimanda al par. 3.1.

(425) CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 3.

La prima è quella di escludere la valenza integrativa dei principi di buona fede e correttezza la quale, ormai, dovrebbe considerarsi come acquisizione pacifica[426].

Ed ancora.

Non si tiene conto della dirimente considerazione che gli obblighi di protezione perseguono un interesse altro e ulteriore rispetto a quello sotteso all'obbligo principale di prestazione; confondere i due piani non appare in linea con una attenta analisi del fenomeno obbligatorio considerato nel suo complesso.

Ed anzi, è proprio tale riflessione che dovrebbe condurre, senza dubbio alcuno, a poter affermare che gli obblighi di protezione, oltre ad avere un diverso fondamento rispetto alla diligenza, abbiano anche natura autonoma rispetto all'obbligo di prestazione[427].

Non può darsi una ricostruzione di un'obbligazione senza considerare l'apporto che, in concreto, viene fornito dalle clausole generali di correttezza e buona fede, attesa, peraltro, la non derogabilità di tali principi dalle parti[428].

Tale affermazione, peraltro, appare del tutto in linea con quella ricostruzione attuale del rapporto obbligatorio, della quale più sopra si è cercato di dare conto[429], che non può limitarsi a considerare solo l'aspetto della prestazione e che, soprattutto, propone una visione della vicenda obbligatoria nella quale le parti si trovino ad occupare una posizione di parità e di cooperazione.

---

(426) Lo stesso BIANCA che, come sopra illustrato, pur non ritenendo di accogliere la categoria degli obblighi di protezione, in *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale,* cit., 205, non riesce a negare la valenza integrativa, seppur in una dimensione ridotta, dei principi di buona fede e correttezza, allorquando afferma che «p*ur se riferita al momento esecutivo la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto. La tesi secondo la quale la buona fede non integrerebbe il rapporto ma varrebbe a solo a correggere il rigoroso giudizio di formale conformità del comportamento alla legge, non può essere condivisa*». Sul punto, in ogni caso, si rimanda a quanto già rilevato nei primi due capitoli della Parte I del presente lavoro.

(427) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 369.

(428) Sul punto cfr. capp. I e II della prima parte. Inoltre, appaiono prive di pregio quelle considerazioni svolte sulle clausole di buona fede e correttezza che tengano conto solo delle norme di cui agli artt. 1175 e 1375, trascurando tutte le disposizioni contenute nel codice civile, *in primis* quelle relative alla fase delle trattative o all'interpretazione del contratto secondo buona fede, che concorrono, al pari delle prime, a delineare la reale portata dei principi di buona fede e di correttezza.

(429) Cfr. parr. 1.2 e 1.3.

Come già osservato nel precedente paragrafo, le ricostruzioni da ultime considerate giungerebbero alla non condivisibile conseguenza di dar luogo alla seguente, immotivata, disparità: la lesione degli obblighi, o doveri, protettivi da parte del debitore sarebbe da ascriversi alla responsabilità contrattuale, mentre le medesime condotte, concretizzanti i medesimi danni alla persona o alle cose del debitore, darebbero luogo per il creditore a ipotesi di responsabilità extracontrattuale[430].

La conseguenza è ingiustificabile, proprio alla luce di quell'innegabile parità che creditore e debitore hanno, ormai, conquistato all'interno del rapporto obbligatorio grazie, anche, proprio alla forza integrativa che la correttezza e la buona fede, e i principi che tramite queste possono concretizzarsi, per primo quello di solidarietà costituzionale, assumono rispetto alla vicenda obbligatoria. Né, sotto tale profilo, avrebbe valenza giustificativa l'affermazione che i casi in cui sarebbe la condotta del creditore a porre in pericolo l'integrità fisica o patrimoniale del debitore risulterebbero quantitativamente ridotti[431].

Ed ancora, un ulteriore elemento critico delle tesi che avversano la ricostruzione della categoria degli obblighi di protezione qui condivisa, sta nell'utilizzare fattispecie poco idonee a fungere da banco di prova della ricostruzione medesima. Considerare, infatti, la custodia e il deposito, come già visto[432], o quei casi in cui, come nella prestazione d'opera del medico, l'obbligo di protezione si può confondere, in analisi poco puntuali, con la prestazione, non costituiscono scelta ottimale per giungere a conclusioni fondate[433].

---

(430) Così CASTRONOVO, *Gli obblighi di protezione e la tutela del terzo,* cit., 149 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 292; *contra* BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit. 82 ss.

(431) Così NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 24. Sul punto si ribadisce quanto già affermato nell'Introduzione al presente lavoro. Il criterio *quantitativo* non può essere considerato un criterio, di per sé solo, idoneo a giustificare la fondatezza o meno, all'interno di un dato ordinamento, di una ricostruzione teorica, atteso che, a tutto voler concedere, lo stesso potrebbe avere attinenza con la maggiore o minore utilità di una determinata ricostruzione ma mai con la fondatezza o la compatibilità della stessa con le norme contenute in un dato contesto normativo.

(432) Cfr. precedente par. 3.1.

(433) Cfr. CASTRONOVO, Obblighi di protezione e tutela del terzo, cit., 153, nota 107 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 125.

Da ultimo, sia dato prendere posizione in merito alle riflessioni sugli artt. 1681 e 2087 che, a giudizio di coloro i quali riconducono il momento protettivo alla norma generale sulla diligenza, costituirebbero la conferma della fondatezza della ricostruzione proposta.

Ed invero, in merito all'art. 1681, come già esattamente rilevato[434], è possibile constatare, contrariamente a quanto sopra riportato[435], come la disposizione in esame preveda un'ipotesi di responsabilità, posta su un piano ben distinto da quella derivante dall'inadempimento della prestazione di trasporto di cui all'art. 1678[436].

Se l'ipotesi disciplinata dall'art. 1681 concretizzasse una semplice ipotesi di inadempimento della prestazione principale, come vorrebbero le tesi criticate, non si spiegherebbe la necessità della stessa, alla luce dell'ampia portata della disposizione di cui all'art. 1218 che renderebbe del tutto superflua la disposizione *de qua*. Ferma già la portata di una tale considerazione, un'ulteriore aspetto appare deporre, senza rischio di smentita, a favore dell'affermazione che quello in esame costituisce un autonomo obbligo di protezione.

Ed infatti, il secondo comma dell'art. 1681 prevede che «*sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore*».

Ora, a ben guardare, secondo la ricostruzione che propone l'obbligo di cui all'art. 1681 come riconducibile all'obbligo principale di prestazione, tale norma sarebbe inspiegabile: non si spiegherebbe una disposizione del genere che sanziona una tale nullità riferita, non ad un obbligo nella sua interezza, come dovrebbe ammettersi ricostruendolo in chiave di obbligo di protezione autonomo, ma solo ad una parte, o ad un momento, della prestazione come vorrebbe la tesi qui considerata. Non resta, dunque, che identificare la disposizione in esame per quello che realmente è: un'esplicita previsione

---

(434) Per questa e le successive riflessioni cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 145 ss.

(435) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 18.

(436) Sul punto, nello stesso senso, già BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., 143, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 90 ss e DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1245.

normativa di un autonomo obbligo di protezione a carico del debitore, all'interno del contratto di trasporto[437].

Che, dunque, la teoria degli obblighi di protezione trovi, nella norma di cui all'art. 1681, un'esplicita base normativa appare affermazione, senz'altro, da condividersi[438].

Quanto sopra rilevato appare fondamentale, per poter anche prendere posizione sull'art. 2087. Anche se deve rilevarsi come le teorie che negano autonomia agli obblighi di protezione basati sulla buona fede e correttezza e si richiamino, invece, alla prestazione avente contenuto prudente, siano solite impiegare maggiormente l'esempio dell'art. 1681 quale dato normativo solo apparentemente idoneo a confermare l'impostazione dagli stessi proposta.

Deve esser risultato evidente, agli stessi Autori che propugnano le tesi qui in commento, come il caso di cui all'art. 2087 costituisca un' ipotesi senza

---

(437) Nello stesso senso sempre CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 6. Sotto tale profilo si veda anche MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni,* cit., 509 il quale, a proposito delle critiche alla teoria degli obblighi di protezione, definito come «*l'aspetto più interessante*» dell'ormai acquisita concezione della struttura complessa dell'obbligazione, afferma che «*gli attacchi dei critici nostrani sono abbastanza facilmente rintuzzabili già sulla base degli indici normativi da essi utilizzati: per esempio l'art. 1681 c.c., in tema di trasporto di persone, indica chiaramente che l'obbligo di preservare l'incolumità del viaggiatore è considerato dalla legge non come specificazione dell'obbligo di trasportare ma come termine di riferimento di una distinta fattispecie di responsabilità contrattuale*». Lo stesso Autore aveva già rilevato, in *Obbligazioni di mezzo e di risultato*, cit., 380 che «*il principio sancito dall'art. 1681 cod. civ., secondo cui l'obbligo di protezione della persona e delle cose del viaggiatore, inerente al contratto di trasporto, è un obbligo di risultato e non di mera diligenza. Il vettore è tenuto a questo preciso risultato: far pervenire alla meta stabilita, e in orario, il viaggiatore incolume col proprio bagaglio intatto. Pertanto la prova dell'inadempimento dell'obbligo di protezione, imposta al vettore dall'art. 1681, non implica una valutazione della condotta del debitore alla stregua dell'art. 1176, ma solo la dimostrazione oggettiva del sinistro di viaggio, vale a dire una lesione subita dalla persona o dalle cose del viaggiatore durante il trasporto e a causa di esso*». Nello stesso senso anche DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 321 il quale, a proposito della tesi criticata, rileva che «*i casi di espressa disciplina legislativa che si adducono ex adverso (esemplare è quello de trasporto di persone o di cose ex art. 1681 c.c.) denotano proprio il contrario di quanto si vorrebbe dimostrare: l'autonomia, anche sul piano della disciplina legislativa, di un interesse (contrattuale) a non subire danni a causa o in occasione della esecuzione della esecuzione del rapporto*».; cfr., altresì, *ivi*, 456. Nello stesso senso anche CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 713.

(438) Cfr. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 509, il quale afferma, a proposito della teorica degli obblighi di protezione che «*nel nostro ordinamento questa teoria trova una base normativa e una possibilità di definizione dogmatica più puntuali che nell'ordinamento germanico, così che dovrebbe essere immune dalle critiche e dai propositi per così dire di smobilitazione recentemente emersi in una parte della giovane dottrina tedesca. E' vero che pure da noi non mancano voci che negano autonomia agli obblighi di protezione e li riconoscono, nell'ambito del rapporto obbligatorio, solo nella misura in cui sono analizzabili come parti non-indipendenti del contenuto dello stesso obbligo principale di prestazione*». Per la relativa critica, si veda la nota precedente.

riscontro all'interno della loro costruzione ed infatti, solitamente, si assiste o all'assenza di qualunque riferimento a tale norma[439], o in una *deminutio* del ruolo di questa, spostando il centro dell'attenzione non sulla categoria sottesa agli obblighi dei quali il datore di lavoro deve farsi carico, ma sul contratto di lavoro subordinato[440] o, addirittura, laddove vi sia l'intenzione di affrontare in maniera imparziale il tema, si assiste ad un cambio di rotta rispetto a quanto rilevato a proposito dell'art. 1681[441], fino a mettere in serio dubbio la costruzione proposta per la norma in materia di responsabilità del vettore.

Il tutto, al fine di poter giungere a negare valenza generalizzante alla previsione di cui al 2087[442], dopo aver già analizzato le norme sulla responsabilità del vettore e sulla locazione[443], e quindi al solo scopo di negare riconoscimento alla categoria nel nostro ordinamento.

Certo, come già rilevato[444], deve concordarsi sulla considerazione che gli obblighi di protezione espressamente previsti da disposizioni normative non

---

(439) Così nel caso delle opere precedentemente indicate di Autori, come BIANCA o BIGLIAZZI GERI, che pur hanno ivi affrontato il tema degli obblighi di protezione.

(440) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 22 ss.

(441) E' il caso di BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezioni,* cit., 483 ss., il quale, dopo aver negato che l'ipotesi di cui all'art. 1681 possa configurare un autonomo obbligo di protezione, si trova ad affermare che «*è necessario tener pur conto dell'art. 2087, il quanto sembra in contrasto con quanto sinora affermato*»; e ancora rilevando come «*esigenze analoghe a quelle delineate per il contratto di lavoro si presentato anche per altri contratti: si pensi al contratto di albergo, a quello di casa di cura e via dicendo*», giunge ad affermare che «*poiché, dunque, in taluni contratti il regolamento di interessi perseguito non può essere attuato con sufficiente sicurezza se una parte non tiene una condotta idonea a salvaguardare da fatti lesivi la persona o i beni dell'altra, è necessario, in ossequio al principio dell'art. 1175 c.c., ammettere la costruzione di un obbligo diretto a tutelare l'integrità fisica o il patrimonio altrui, obbligo che svolgerà una funzione analoga a quella che caratterizza i doveri di avviso o di custodia. Ne consegue che la mancata osservanza dei doveri di conservazione dà diritto alla risoluzione del contratto e ad altre misure cautelari; ed è certo che, se un danno viene arrecato, al responsabilità è contrattuale, dato il nesso esistente tra il comportamento diretto ad evitare l'evento dannoso e il contenuto del contratto*».

(442) NATOLI, *l'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 22 ss.

(443) In chiave critica CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 146, il quale rileva, a proposito della tesi di NATOLI, come questa non riesca ad essere «*persuasiva neppure a proposito del contratto di locazione, dalla cui disciplina (artt. 1575 s., 1580) si cerca di ricavare che «l'obbligazione del locatore non si limita 'al far godere' al conduttore una cosa, ma implica che ciò avvenga senza danno per la persona di questo e di coloro che partecipano di quel godimento: familiari o dipendenti». Dagli artt. 1575 e 1576 non pare si possa inferire che la natura della prestazione del locatore implichi la tutela dell'interesse di protezione del conduttore. Quanto poi all'art. 1580, esso sembra piuttosto confermare l'esistenza di un dovere di protezione a favore del conduttore. Nella fattispecie in questione il conduttore può chiedere la risoluzione «anche se i vizi gli erano noti, nonostante qualunque rinunzia», quindi al di là dei limiti dell'obbligo (in senso ampio) che astringe il locatore a far godere la cosa al conduttore alla garanzia per vizi si converte, infatti, in una limitazione del vincolo della controparte*».

(444) Cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 146, nota 76.

necessitino, per questo, di ricorrere ai generali principi di buona fede e correttezza ed alla loro funzione integrativa.

Ma ciò appare difettare è il successivo passo del ragionamento[445].

Se le ipotesi delle quali si è dato conto, previste dal legislatore, appaiono introdotte alla luce dei principi di buona fede e correttezza, è inverosimile ritenere che una tale valutazione di buona fede, o meglio le esigenze sottese ad una tale valutazione di buona fede e correttezza, possano essere limitate solo ad alcuni rapporti obbligatori, seppur a prescindere dalle peculiarità di ognuno.

L'esigenza di protezione è, infatti, esigenza presente in ogni vicenda obbligatoria e non specifica solo di alcune[446].

Non è ipotizzabile che, dunque, venga prevista la tutela di un diritto della parte a non essere lesa, nella sua integrità personale e patrimoniale, solo in quelle ipotesi esplicitamente previste dal legislatore.

Quelle disciplinate devono apparire per quello che sono: fattispecie rispetto alle quali il legislatore ha reputato opportuno prevedere, esplicitamente, l'obbligo protettivo da affiancare accanto all'obbligo di prestazione[447].

Ma una tale circostanza non fa che confermare quanto sin qui sostenuto: che l'obbligo di protezione costituisca momento autonomo e indipendente rispetto all'obbligo principale, che potrà essere o disciplinato direttamente dal legislatore, come nelle ipotesi da poco considerate, o in ogni caso fondato, per il tramite delle clausole di correttezza e buona fede, che accedono sempre ad ogni rapporto obbligatorio, essendo posto a tutela della sfera personale e

---

(445) Vedi NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* cit., 22 e BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, cit*., 47 nota 72, e 74.

(446) CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 147, alla nota 76 afferma come il «*criterio politico della buona fede*» non possa essere limitato solo ad alcuni rapporti obbligatori, ma che assurge a dimensione propria di un rapporto obbligatorio che nelle fattispecie direttamente previste dal legislatore viene semplicemente esplicitato. Sul punto si veda anche CARUSI, *Correttezza (obblighi di),* cit., 712, BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezioni,* cit., 484 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generala,* cit., 125.

(447) Precisamente sul punto rileva LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 113, alla nota 300 indicando come la ragione che ha portato il legislatore a disciplinare determinate ipotesi, possa rinvenirsi nel fatto che «*in quei contratti si è posto da tempo, perché più frequente, il problema di preservare l'integrità della persona e dei suoi beni dal rischio specifico di danno generato dalla relazione particolare instauratasi con l'altra parte*».

patrimoniale delle parti esposta al rischio di potenziale danno a cagione del contatto negoziale instauratosi.

3.3. Critica della teoria che considera già coperta dalla responsabilità extracontrattuale l'area di incidenza della categoria degli obblighi di protezione e il non fondato problema della c.d. duplicazione di tutela.

Da ultimo, nel panorama delle diverse posizioni assunte dalla dottrina[448], un'ulteriore critica è stata mossa avverso la categoria degli obblighi di protezione, sostenendosi che la stessa si rivelerebbe inutile una volta considerato che a tutela della persona e dei beni della parte starebbe, in ogni caso, la norma di cui all'art. 2043 e che, dunque, la previsione di autonomi obblighi di protezione basati sulla buona fede, concreterebbe una inutile duplicazione di tutela[449]. A parte considerazioni di ordine storico e

---

(448) Sull'impiego degli obblighi di protezione nella giurisprudenza, per quanto di attinenza all'oggetto del presente lavoro, si rimanda al par. 2.4 della seconda parte.

(449) A tal proposito, si può considerare, a titolo meramente esemplificativo, il contributo di NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I,* cit., 24., il quale, dopo aver affermato come la previsione di cui all'art. 2087 c.c. non possa concretare una generalizzazione della categoria degli obblighi protettivi fondati sulla correttezza e sulla buona fede, afferma «*tanto più, poi, che ad una generica esigenza di tutela della persona del debitore* […] *sembra soddisfare già il generale divieto del* neminem laedere*, che, com'è noto, è alla base della responsabilità* ex delicto *(art. 2043)*»; ugualmente, al riguardo di coloro che ipotizzano che i doveri di protezione debbano fondarsi, invece, sulla norma di cui all'art. 1176, rileva che «*si tratterebbe, in altri termini, di una sorta di duplicato della norma generale, che presiede all'illecito extracontrattuale (art. 2043), ma che avrebbe la virtù di trasformare in contrattuale, in quanto verificatasi nella fase di esecuzione di un'obbligazione, una responsabilità, altrimenti, tipicamente extracontrattuale*». Sotto il medesimo profilo, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni,* cit., 34, rileva che «*rimane tuttavia da chiedersi se la violazione di altri interessi del creditore per mancanza di cautela sia da riportare all'inadempimento della prestazione oppure alla violazione di un dovere extracontrattuale. Il dovere del debitore di rispettare altri interessi del creditore potrebbe, in effetti, sussistere già sul piano della responsabilità extracontrattuale*». Sempre sul medesimo tema, ma da una posizione differente, in quanto a corollario della critica che riconduce gli obblighi di protezione alla norma sulla diligenza di cui all'art. 1176, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 159 rileva «*che una ricostruzione della diligenza come dovere generico di protezione rischia di tradursi in una inutile duplicazione di quanto è già disposto dall'art. 2043: il che è già dimostrato dal fatto che in tutte le ipotesi consuetamente ricondotte al ricordato dovere di protezione è possibile ottenere il risarcimento in base all'art. 2043;* e ancora, «*sì che la ricostruzione di quel dovere si risolverebbe unicamente in un aggravamento della posizione processuale dell'autore del danno, non giustificabile secondo il nostro sistema*». Per una ulteriore critica alla categoria degli obblighi di protezione è anche BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa,* 1991, 565.

comparatistico che rendono non condivisibile il punto di partenza delle superiori teorie[450], può, sinteticamente, considerarsi quanto segue.

Innanzitutto, si consideri che la tesi criticata sembra muovere dalla seguente, implicita, riflessione: a rilevare sarebbe che la lesione di determinate situazione giuridiche sia tutelata dall'ordinamento, a prescindere che la stessa sia quella generica di cui alla previsione di cui all'art. 2043.

In realtà, il problema si pone in una prospettiva diversa.

La teorica degli obblighi di protezione prevede che una lesione dello *status quo* integri un'ipotesi di responsabilità contrattuale, postulando, quindi, una tutela specifica e più adeguata rispetto a quella da illecito civile. Ed infatti, bisogna sempre muovere dalla considerazione che il contatto negoziale, derivante dal processo di instaurazione di una relazione obbligatoria, costituisca, come più volte ribadito, occasione di rischio, per la sfera giuridica personale e patrimoniale delle parti, più specifico rispetto all'ipotesi in cui detto rapporto obbligatorio non vi sia.

Ad un maggior rischio, corrisponde una esigenza di tutela più intensa[451].

Che, dunque, gli obblighi di protezione fondati sulla correttezza e buona fede abbiano ad oggetto la tutela dello *status quo* esattamente come la disposizione dell'art. 2043 non pare possa dubitarsi; ma tale circostanza certo non costituisce ragione di duplicazione di tutela[452].

---

(450) Sul punto RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 159: «*si consideri, inoltre, che una tesi siffatta è esplicitamente fondata sul riferimento alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sulle* positive Vertragsverletzungen*: una concezione che, nell'ambiente giuridico tedesco, si origina e si svolge per attenuare gli inconvenienti della mancata previsione legislativa di una clausola generale di responsabilità, ed alla quale, di conseguenza, non sembra possibile fare ricorso ricostruendo il sistema italiano, che invece conosce tale clausola*». Nello stesso senso, LAMBO, *Obblighi di protezione, cit.*, 97. Sulla differenza, tra i due sistemi, per tutti si vedano le sintetiche, ma cristalline, considerazioni di MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni,* cit., 508.

(451) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 369 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 123.

(452) Cfr., per tutti, MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 369 ss., il quale rileva che «*chi si mette in relazione con un altro soggetto, allo scopo di attuare un dato regolamento di interessi, espone la propria sfera giuridica a rischi che altrimenti non lo toccherebbero, entra in una specifica zona di pericolo determinata dalla possibilità che l'attività dell'altra parte, connessa allo svolgimento del rapporto, sia di tale natura da arrecargli danno. Di fronte a questa specifica cerchia di pericolo, in cui sono coinvolti i beni di una parte che vengono in contatto con l'attività e le cose della controparte, il principio della buona fede negoziale completa e rafforza la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043, creando una serie parallela di obblighi* relativi*, come tali soggetti alle norme della responsabilità contrattuale*».

Non può, infatti, non tenersi conto delle peculiarità tipiche di una tutela che si avvalga del regime proprio della responsabilità contrattuale, rispetto a quello previsto per l'illecito civile[453].

Non un mero aggravamento di una posizione processuale per la parte, ma una tutela più stringente e specifica, commisurata al rischio ed al rapporto instauratori tra le parti.

Né, potrebbe sostenersi, che la tutela della sfera giuridica personale e patrimoniale delle parti sia esclusiva competenza della norma di cui all'art. 2043 e che, proprio in forza di tale circostanza, debba essere esclusa l'operatività degli obblighi di protezione.

Sono le stesse considerazioni svolte nei paragrafi precedenti a vanificare la portata di una tale affermazione[454]. Ed infatti, la presenza di disposizioni quali gli artt. 1681 e 2087, unitamente alle norme sulla locazione di cui sopra si è fornita una chiave interpretativa[455], confermano non solo la possibilità, ma la vera e propria esigenza, sancita dal legislatore, che a fronte del contatto ingeneratosi dalle parti si conferisca alle stesse una tutela del rispettivo *status quo* più pregnante di quanto alle stesse si possa garantire per il tramite della norma relativa alla responsabilità aquiliana[456]. Tale ipotesi assume ancor più peso, soprattutto, ove si tenga conto del mutamento del relativo regime di responsabilità susseguente all'introduzione delle citate disposizioni[457].

Nessuna fondatezza appare dunque rinvenirsi nella critica qui brevemente considerata, in merito alla presenza della previsione di cui all'art. 2043 ed alla possibilità di duplicazione di tutela[458], attesa la diversità di presupposti e le differenze qualitativa sottesa all'esigenza di tutela di eventuali danni posti in essere dalla condotta delle parti nel rapporto obbligatorio[459].

---

(453) Cfr. precedente nota 447.

(454) Cfr. i precedenti parr. 3.1 e 3.2.

(455) Cfr. par. 3.2.

(456) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* cit., 369, e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 123.

(457) Vedi LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 110.

(458) Sul problema del concorso di azioni, ci si limita a rimandare, stante la cristallina chiarezza del ragionamento, a MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni,* cit., 513.

(459) A mero titolo esemplificativo, rimandando per i profili rilevanti nel contesto del presente lavoro al par. 2.4 della seconda parte, si pensi all'evoluzione che il tema della responsabilità medica ha subìto nel corso degli ultimi anni.

PARTE II – Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi

CAPITOLO I - Problematiche e fondamenti della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

SOMMARIO: 1.1. Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: problematiche sottese alla categoria in esame. 1.2 La diversa figura del contratto a favore di terzi. 1.3 Il contratto a favore di terzi e il dogma della relatività contrattuale. 1.4 Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503: due modelli a confronto. 1.5 Relatività degli effetti contrattuali e terzi protetti: un primo approccio. 1.6 Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: autonomia, relatività e terzi protetti.

1.1. Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: problematiche sottese alla categoria in esame.

Nel corso della prima parte del presente lavoro, si è cercato, seppur con respiro di sintesi, di tratteggiare la categoria degli obblighi di protezione derivanti dalla buona fede e correttezza. Il tema che ci si troverà ad affrontare, in questo e nel prossimo capitolo, è legato alla possibilità che tale efficacia protettiva possa spiegare la sua funzione di tutela non solo nei confronti delle parti di un dato rapporto obbligatorio, ma anche a favore di specifici soggetti terzi, in ragione della loro particolare posizione di vicinanza rispetto al vincolo instaurato. Prima di poter prendere posizione su una tale possibile attitudine degli effetti protettivi, appare evidente come ci si dovrà confrontare sulla concreta possibilità, alla luce di norme, principi e clausole generali propri del nostro ordinamento, che un contratto possa produrre i propri effetti anche nei confronti di soggetti altri rispetto alle parti.

Un'analisi in tal senso dovrà, pertanto, muovere dall'ipotesi principale nelle quale è previsto che un contratto produca i suoi effetti in capo ai terzi, come, appunto, nel contratto a favore di terzi, per evidenziare quelle differenze ontologiche rispetto alla categoria oggetto del presente lavoro.

La figura disciplinata agli artt. 1411 e ss. del c.c. permetterà, quindi, di iniziare a confrontarsi con il tema della relatività degli effetti contrattuali, una tematica che spesso viene coinvolta allorquando ci si trovi a fronteggiare il tema del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[460].

Anche in questo caso, come nella prima parte del presente lavoro, vi è una linea di fondo che motiva le ragioni di una tale indagine, legata ai vantaggi che la possibilità di accogliere la categoria del contratto con effetti protettivi darebbe al nostro ordinamento: una tutela specifica, sicuramente più adeguata a favore di quei soggetti terzi danneggiati dall'inadempimento contrattuale di una delle parti di un rapporto, in virtù della loro particolare posizione.

Come si è già avuto modo di accennare, le motivazioni in base alle quali accogliere una tale costruzione dogmatica non potranno certo, ed è bene sottolineare questo passaggio con forza, essere ricondotte a ragioni di mera convenienza[461].

Si tratterà di indagare su quale debba essere considerata la tutela più idonea nell'ipotesi prospettata, alla luce delle norme vigenti in materia ed in considerazione della tipologia di interessi coinvolti nel caso concreto, valutando se debba ritenersi maggiormente fondata l'applicazione di una specifica tutela contrattuale o di una generica tutela aquiliana[462].

---

(460) *Infra* parr. 1.3, 1.5 e 1.6.

(461) A questo proposito, si desira richiamare le parole di CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 334 che, di fronte ad una situazione analoga, con riguardo alla più idonea tutela da assegnare al consumatore per il danno derivante da prodotto, rilevava come «*ridurre infatti il compito della scienza del diritto a una pura funzione di approntamento di strumenti da far valere in una prevedibile serie di controversie innestate sul problema di volta in volta analizzato significa immiserire la dimensione propria del discorso dogmatico, in una prospettiva che ne compromette irrimediabilmente il valore, trasformando quella che deve essere una progettazione strategica in un affastellarsi di espedienti tattici*».

(462) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 1 ss., rileva, a tal proposito, come «*nel caso inverso invece di danno causato ed occasionato dall'esecuzione dei contratti, la soglia della tutela aquiliana è apparsa insufficiente a tutelare terzi la cui posizione si presentava «differenziata» rispetto al* quisque de populo *e/o meglio, come oggi si dice, al c.d. passante*».

1.2 La diversa figura del contratto a favore di terzi.

Come appena evidenziato, il punto di partenza del presente capitolo sarà l'analisi del contratto a favore di terzo.

La motivazione di una tale scelta è da ricondursi a due ordini di ragioni: la prima è di tipo storico, la seconda di ordine sistematico. Sotto il primo profilo, pur sottolineando come il presente lavoro non abbia aspirazioni di confrontarsi con il metodo di analisi storica, non si può non considerare la circostanza che nei lavori riguardanti il tema del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, specie laddove si ripercorrano le tappe sullo sviluppo che tale figura ha avuto in Germania, si sottolinei il collegamento sussistente, nella genesi della categoria che qui interessa, tra quest'ultima e il contratto a favore di terzo e di come il contratto con effetti protettivi costituirebbe un'evoluzione, per così dire, depotenziata della figura del contratto a favore di terzo[463].

---

(463) Cfr. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 31 ss.; vedi, altresì, DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 7 che alla nota 12, riportando il pensiero di LARENZ, rileva come il contratto idoneo a far insorgere obblighi protettivi a favore di terzi sarebbe «*una forma contrattuale non regolata espressamente dalla legge ma realizzante una tipologia «più debole» rispetto a quella del contratto a favore di terzo*»; si veda ,sempre del medesimo Autore, *La protezione contrattuale del terzo,* in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 112 . Sul medesimo aspetto GRAZIADEI, *I terzi e gli aspetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica,* cit., 159, il quale rileva come «*ammesso il contratto a favore del terzo come figura generale, i giuristi dell'Europa continentale non hanno resistito alla tentazione di servirsi di questo strumento per proteggere determinati terzi nei confronti di alcuni danni. Questo sviluppo ha dapprima toccato le lesioni recate all'integrità personale, ed ha poi investito anche i danni causati mediante la violazione di altri diritti assoluti, tutelati in linea di principio anche dalle norme vigenti in tema di responsabilità extracontrattuale. E' l'esordio della giurisprudenza tedesca in tema di contratti con effetti protettivi a favore di terzi, non ancora ben distinti dal contratto a favore di terzo*». Sul punto anche LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 244 e 245 alla nota 16 ove ricorda come l'espressione *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* risalga a LARENZ, il quale «*costruisce una figura generale di contratto a favore di terzo, nella quale può essere isolata la figura del contratto con effetti di protezione per il terzo*». Nello stesso senso MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo,* in *Rivista di diritto civile,* 2001, I, 51. Sul collegamento tra le due figure cfr. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale,* in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica,* cit., 272 ss.; da ultimo, MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi,* in *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto Europeo,* a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 618 il quale muovendo dalla categoria degli obblighi di protezione, spiega come ne sia scaturita «*la tutela contrattuale del terzo danneggiato attraverso lo schema del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, che non costituisce un contratto a favore di terzi, ma è un tipo contrattuale a sé stante, più "debole" rispetto al contratto a favore di terzi, non regolato dalla legge, ma frutto di un'elaborazione giurisprudenziale che appare ormai consolidata nel diritto tedesco*».

Il contratto a favore di terzo ha, infatti, costituito il primo espediente tecnico, nell'esperienza tedesca, attraverso il quale postulare l'estensione degli effetti contrattuali nei confronti di soggetti terzi[464].

Ferma la considerazione, più volte effettuata, che nel presente lavoro si terrà conto solo di quanto di interesse per il nostro ordinamento positivo, il collegamento tra le due figure non può essere ignorato, soprattutto ove si consideri che, nelle occasioni nelle quali i nostri studiosi si siano trovati a confrontarsi con il tema del contratto con effetti protettivi, in special modo nel commento di quelle, per la verità limitate, pronunzie nelle quali la nostra giurisprudenza abbia impiegato esplicitamente[465] la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, molti commentatori, non trovandosi in accordo con tale ricostruzione teorica, abbiano preferito rivolgere il loro sguardo all'ipotesi disciplinata agli artt. 1411 e ss. come soluzione preferibile, al fine di poter più correttamente inquadrare, a loro avviso, la questione affrontata[466].

Pertanto, sarà opportuno, seppur brevemente e nei limiti rilevanti per il presente lavoro, analizzare la figura del contratto a favore di terzo al fine di poterne sottolineare le differenze strutturali rispetto al contratto con effetti protettivi e restituire, così, ogni tipologia contrattuale al proprio specifico ambito operativo.

---

(464) A tal riguardo, oltre alle indicazioni contenute nella nota precedente, si veda CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 156 ove l'Autore osserva come «*è corretta la critica dottrinale che mette in evidenza – come si vedrà oltre – la differenza tra contratto a favore di terzo e contratto con effetti di protezione per il terzo, e però occorre altresì riconoscere che l'adozione di quel modulo prendeva spunto da una corretta coscienza dell'ostacolo rappresentato dal principio di relatività degli effetti del contratto, nel tentativo di superare il quale la giurisprudenza utilizzava l'unico strumento che il sistema normativo veniva ritenuto capace di approntare*».

(465) Tra le quali cfr. Cass., civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, Cass. civ., sez III, 10 maggio 2002, n. 6735, Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754; l'affermazione è particolarmente vera per la prima delle sentenze di legittimità sul punto. In ogni caso sia consentito rinviare al par. 2.4 per una analisi della giurisprudenza sul tema.

(466) Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 695 *ss.*, in particolare 698 *ss.*, PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto a nascere sano*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, P. I, Sez. I, 317 ss,. entrambi a commento di Cass., civ., sez. II, 22 novembre 1993, n. 11503. Nello stesso senso GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, I, 134 ss. e STANZIONE-SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, in *Il diritto di famiglia e delle persone,* 2013, I, 473 ss. e Navarretta, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Foro Italiano*, 1991, I, 1053.

La figura del contratto a favore di terzi, prevista agli artt. 1411 e ss., costituisce, nell'architettura del codice civile, una categoria contrattuale generale[467]; ciò significa che, proprio in quanto tale, risulti essere suscettibile di applicazione in una serie indefinita di tipi contrattuali[468]. La figura del contratto a favore di terzi, definita come una delle innovazioni più significative del codice civile del 1942[469], costituisce il risultato finale di una lunga elaborazione dogmatica che, sconosciuta al diritto romano, è fiorita per effetto della pandettistica[470] sino ad affermarsi quale figura comune agli ordinamenti europei continentali[471].

Cona le denominazione di contratto a favore di terzi si indica quella tipologia contrattuale mediante la quale le parti convengono di attribuire un

(467) Concorde in tal senso è praticamente tutta la dottrina: si segnalano in tal senso, fra i tanti, MAJELLO, *Contratto a favore del terzo,* in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, IV,* Torino, 1989, 237; MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* in *Enciclopedia del diritto, X,* Milano 1962, 207; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 19; ID., *Il contratto a favore di terzi* in BUSNELLI (diretto da), *Commentario del codice civile,* Milano 2012, 2 ss.; DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 1; VECCHI, *La stipulazione di terzi da figura eccezionale a strumento generale,* cit., *274;* MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi* in MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto Europeo,* Torino, 2002, 610; SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi,* in *Enciclopedia giuridica, IV*, Roma, 1988, 1 ss.; TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo,* in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato,* Torino, 2000, 366; ANGELONI, *Il contratto a favore di terzi,* Bologna, 2004, 2.

(468) Si veda, ad esempio, MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi* in *Il contratto e le tutele,* cit., 610.

(469) Così MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 2.

(470) Per una ricostruzione storica, muovendo dal diritto romano classico, delle tematiche collegate alla figura del contratto a favore del terzo si segnalano, con respiro di sintesi, MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, cit., 5 ss.; ID., *Il contratto a favore di terzi* in *Commentario del codice civile,* 2 ss., MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi, 1962*, qui impiegato nella riproduzione anastatica Napoli, 2010, 2 ss.; VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale,* in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica,* cit., 275 ss.; DONADIO, *Contratto a favore di terzi,* in *Nuovissimo digesto italiano, IV,* Torino, 1989, 656 ss. Per una chiara ricostruzione storica in merito al principio di relatività ed alle connessioni fra questo e il contratto a favore di terzo dal XVII secolo sino al codice civile del 1942 si veda ALPA-FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi,* Milano, 2000, 1 ss. Un'ulteriore indicazione si ricava dalla *Relazione al codice civile*, 141, n. 643, nella quale è dato leggere che «*la regola della nullità dei contratti a favore di terzi pervenne al codice del 1865 dal diritto romano classico, con i temperamenti che in questo e nel giustinianeo aveva gradualmente ricevuti. I codici moderni la hanno capovolta in un principio di validità, e questa tendenza ha seguito l'art. 1411*». Sulla differenza di regime tra il codice del 1865 e quello del 1942 di veda ANGELONI, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 93 ss.

(471) In tal senso si veda LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit. 238 e *ivi* nota 1 nonché MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi* in *Il contratto e le tutele,* cit., 613. Si veda, altresì, DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 22.

diritto direttamente[472] in capo ad un soggetto terzo che, proprio perché tale, non è partecipe della formazione dell'atto, né viene, in un secondo momento, per effetto dell'attribuzione concordata fra le parti, inserito all'interno del rapporto contrattuale originario assumendo la qualifica di parte.

Si tratta, dunque, di uno schema generale[473] di contratto nel quale, in forza di una clausola che accede al contratto concluso tra promittente e stipulante, viene deviata l'attribuzione patrimoniale, che astrattamente spetterebbe allo stipulante, a favore del terzo[474]. Il terzo acquisisce il proprio diritto, salvo patto contrario, per effetto della sola stipulazione[475] conclusa tra le parti.

---

(472) Si veda, fra i tanti, DONADIO, *Contratto a favore di terzi,* cit., 658: «*l'interesse del terzo è immediato, diretto e prevalente, rispetto a quello dello stipulante che deve essere mediato, indiretto e subordinato*».

(473) Cfr. precedente nota 464. Sul differente tema della tipicità del contratto a favore di terzo, si veda quanto rilevato da MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi,* cit., 25 ove si afferma come «*l'opinione, secondo cui il contratto a favore di terzi sarebbe contratto tipico, nasce dunque da un equivoco, e precisamente da una pretesa coincidenza dei concetti di fattispecie tipica e contratto tipico. La tipicità, è vero, è concetto tecnico così ampio da ricomprendere ogni ipotesi di rilevanza di determinati fatti o elementi di una fattispecie. Senonché, quando la tipicità viene riferita a un contratto, gli elementi della fattispecie vengono disciplinati anche in funzione di interessi che sono propri del particolare contenuto economico del contratto considerato* […]. *Se ora si esamina la disciplina del contratto a favore di terzi, ci si rende subito conto che essa non ha riguardo a un particolare contenuto economico del contratto tra le parti, bensì ha riguardo ad una particolare modalità degli effetti contrattuali e quindi ai limiti di efficacia di questa modalità rispetto al terzo e ai contraenti* […]. *In conclusione, il contratto a favore di terzi è una fattispecie tipica allo stesso modo in cui può definirsi il fattispecie tipica il contratto condizionale o il contratto per persona da nominare, ma non può dirsi contratto tipico, avente cioè un peculiare ed essenziale contenuto economico giuridicamente rilevante, così come non possono dirsi contratti tipici le menzionate figure contrattuali caratterizzate dalla presenza di una condizione o di una facoltà di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti e assumere gli obblighi nascenti dal contratto*». Sul punto si veda anche SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi,* cit., 1.

(474) Così MAJELLO, *Contratto a favore di terzo,* cit., 241 e 246.

(475) Si tratta dell'orientamento nettamente maggioritario espresso in dottrina, corroborato dalla lettura delle relative norme del codice civile e della *Relazione al Codice civile*, 141, n. 643, nella quale è dato rinvenire, a proposito del dettato di cui all'art. 1411, che «*si dispone altresì che il diritto si acquista dal terzo per effetto del contratto e non per effetto dell'accettazione, non potendo il contratto ritenersi una proposta rivolta al terzo*». Si veda in tal senso MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 61, il quale oltre a rilevare, alla nota 2, come l'acquisto immediato del diritto da parte del terzo costituisca «*la indefettibile nota caratterizzante del contratto a favore di terzi*» sottolinea come la subordinazione dell'acquisto del diritto da parte del terzo alla di lui accettazione, corrisponderebbe all'impiego dei «*principi generali dell'ordinamento nell'ambito stesso della regola tradizionale della relatività dei contratti, in quanto coincide con l'applicazione delle norme relative all'attività gestoria in nome altrui posta in essere dal* falsus procurator*, seguita da ratifica*». Dello stesso avviso MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* cit., 202; MAJELLO, *Contratto a favore del terzo,* cit., 239; TAMPONI, *Contratto a favore di terzo,* cit., 386; DONADIO, *contratto a favore di terzi,* cit., 659. *Contra* SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi,* cit., 4, il quale sostiene che «*se effettivamente la sola conclusione del contratto fosse sufficiente a determinare l'acquisto da parte del terzo, non si spiega come lo stipulante possa farlo venire meno mediante l'esercizio del potere di revoca. Si verrebbe a profilare un'anomale ingerenza di un terzo (stipulante) nella sfera giuridica di un*

In particolare, affinché possa fondatamente parlarsi di contratto a favore di terzo, il beneficio al terzo dovrà essere attribuito intenzionalmente: lo stipulante e il promittente dovranno espressamente concordare in merito all'attribuzione della prestazione al terzo[476].

Il terzo, quindi, diviene creditore di una specifica prestazione[477] e acquista, altresì, il diritto a pretendere detta prestazione direttamente dal promittente[478].

Il concetto di *prestazione*, richiamato unitamente a quello di *diritto* all'interno della previsione di cui all'art. 1411 c.c., significa che il terzo dovrà acquisire un vero e proprio diritto e non solo un generico vantaggio[479]. Il terzo

---

soggetto (del terzo, cioè che avrebbe già acquistato il diritto in virtù della stipulazione), che in questa ipotesi non sarebbe finalizzata – come accade nel contratto a favore di terzi – a produrre effetti incrementativi, bensì privativi. Si realizzerebbe cioè una vicenda che in via generale non è ammessa nel nostro sistema giuridico». In realtà, probabilmente il fondamento della scelta del legislatore, potrebbe essere rinvenuto, da un lato, nell'interesse dello stipulante e ne la rilevanza causale che lo stesso assume e, dell'altro, dalla circostanza che si siano voluti distinguere il profilo del perfezionamento del contratto da quello della stabilizzazione dei relativi effetti.

(476) Tutti gli Autori citati alle note precedenti appaiono concordi su tale profilo; fra i molti si veda MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* cit., 199. L'Autore poco oltre, alla pagina 201, rileva come «*un altro carattere del contratto a favore di terzo – non rilevato dagli autori e della giurisprudenza – è che in esso si ha scissione fra il soggetto della (dichiarazione di) volontà e il soggetto dell'interesse: ossia fra lo stipulante (dichiarante) e il terzo (interessato)*».

(477) Per tutti, MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* cit., 198.

(478) MAJELLO, *Contratto a favore di terzo,* cit., 241, il quale aggiunge che se così non fosse non si potrebbe integrare la fattispecie del contratto a favore di terzo.

(479) Così TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 366. Sul tema della tipologia di diritti attribuibili, nei confronti del terzo, a mezzo dello schema negoziale del contratto a favore di terzi, esulando dalla portata del presente lavoro, si rimanda agli Autori indicati alle precedenti note. Sulla portata del termine *prestazione*, impiegata dal legislatore, cfr. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, 148, il quale relativamente al dibattito, all'epoca attuale, in merito all'eventuale attribuibilità al terzo di diritti reali, osserva come «*a causa della nota fragilità tecnica del linguaggio legislativo e delle diverse accezioni del vocabolo prestazione*» non sarebbe da solo idoneo a «*determinare il contenuto dell'obbligazione del promittente, nel senso che si possa sicuramente escluderne l'utilizzazione per l'attribuzione del diritto assoluto, poiché detto termine non è incompatibile con un diritto reale*». L'Autore dopo aver effettuato, nelle pagine successive, una ricognizione delle norme all'interno del codice civile all'interno delle quali viene impiegato il termine prestazione afferma, riferendosi all'ipotesi dell'art. 1411, che «*il testo della disposizione configura un'ipotesi di trasferimento automatico della titolarità del diritto che ben s'adatta anche al caso che operi nella sfera del rapporto reale*». Ciò che emerge chiaramente, dunque, è che, a prescindere dal tipo, un diritto viene chiaramente attribuito al terzo per effetto del contratto. Sul punto, si veda anche ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi,* cit., 107 ss.

beneficiario dell'attribuzione potrà ben essere anche un soggetto non determinato, seppur determinabile,[480] o non ancora venuto ad esistenza[481].

1.3 Il contratto a favore di terzi e il dogma della relatività contrattuale.

Fermo quanto, brevemente, ricordato a proposito del contratto a favore di terzo, un aspetto preme evidenziare, anche nella prospettiva di dover porre a confronto la figura di cui al 1411 e ss. c.c. con il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. Si tratta dei rapporti che la figura analizzata nel precedente paragrafo presenta con il tema della c.d. relatività degli effetti del contratto[482], che verranno considerati per quanto di interesse rispetto agli scopi del presente lavoro.

Come noto, in base al principio della relatività degli effetti del contratto, di cui al secondo comma dell'art. 1372 c.c., che costituirebbe il precipitato normativo di quel principio, «*il contratto non produce effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*». Il dogma della relatività, costante degli ordinamenti di *civil law* e di *common law*[483], risulta, nella sua evoluzione, legato a doppio filo con lo sviluppo ed affermazione del contratto a favore di terzo, tanto da segnare il riferimento alla stregua del quale disegnare la storia dell'istituto contrattuale qui considerato e che ha portato un Autore a definire il contratto di cui agli artt. 1411 e ss. come il «*cavallo di Troia*» impiegato in alcuni ordinamenti europei per «*far breccia nella cittadella della relatività degli effetti del contratto*»[484]. Il suddetto principio di relatività troverebbe la sua

(480) Sul tema dell'indeterminatezza del terzo al momento della stipulazione del contratto, fra stipulante e promittente, si vedano, ad esempio, MAJELLO, *Contratto a favore del terzo,* cit., 242, TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo,* cit., 370, 391, DONADIO, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 659.

(481) Tipico è l'esempio del nascituro o della società da costituirsi; sul tema la dottrina sembra essere quasi tutta concorde, anche se DONADIO, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 659 afferma come il terzo possa essere indeterminato ma «*non può essere però un soggetto futuro*».

(482) Considerato come «*tale dogma abbia sempre rappresentato un serio ostacolo a ravvisare nel contratto effetti di irradiazione verso terzi*», così DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., *2*.

(483) Così MOSCATI, *I rimedi contrattuale a favore dei terzi,* cit., 606.

(484) MOSCATI, *I rimedi contrattuale a favore dei terzi,* cit., 611.

prima affermazione nel diritto romano[485]; prescindere dalla genesi[486], resta il fatto che un tale principio generale abbia trovato sicuro riscontro[487] nel corso della storia del diritto.

E di tale dogma, proprio il recepimento della figura del contratto a favore di terzi, nel BGB e nei codici da esso derivati, costituirebbe una importante innovazione segnando l'introduzione di una figura generale di contratto fondata proprio sull'eccezione del principio *res inter alios tertio neque nocet neque prodest* [488]. Tralasciando le argomentazioni di ordine storico, si pone il problema di vagliare l'attualità del principio di relatività degli effetti contrattuali, nonché la compatibilità di questo con la figura del contratto a favore di terzo.

A ben guardare, infatti, pare che l'assolutezza di tale dogma debba essere posta in discussione così come, parimenti, sembra potersi affermare che la relatività degli effetti contrattuali sia regola generale che abbia subito così

---

(485) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo,* cit., 5 lo indica in termini convincimento generalmente adottato come «*sicura base storica di partenza*» nell'affrontare il tema dell'efficacia del negozio e del contratto rispetto ai terzi.

(486) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo,* cit., 5.

(487) Sul fondamento di una tale regola generale, si veda la sintetica ma chiara ricostruzione proposta da MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo,* cit., 7 ss. Qui l'Autore indica le diverse ragioni che sarebbero state poste a fondamento della regola tradizionale: l'asserita primitività del diritto romano o il rigido formalismo dello stesso, oppure l'asserita incompatibilità della struttura del rapporto obbligatorio di un'efficacia al di là della parti dello stesso; ancora, il dogma della relatività sarebbe un corollario della concezione volontaristica del negozio giuridico o espressione dell'avversità degli ordinamenti giuridici primordiali, nei confronti dei negozi a titolo gratuito. Cfr., altresì, dello stesso Autore *Il contratto a favore di terzi*, cit., 2 ss. Si veda, sempre nella prospettiva di una ricostruzione storica delle vicende legate al principio di relatività, ALPA-FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi,* cit., 1 ss.

(488) L'affermazione in base alla quale la figura del contratto a favore di terzo costituirebbe una chiara deroga al principio di cui al 1372 c.c. appare accolta, fondatamente, da larga parte della dottrina; si vedano a tal proposito gli Autori indicati nelle precedenti note. Si segnala, tuttavia, il pensiero di MAJELLO, *Contratto a favore del terzo,* cit., 250 il quale afferma che «*la disciplina di cui all'art. 1411 c.c. non è prevista in funzione del superamento del tradizionale principio di relatività del contratto – sancito dall'art. 1372 c.c. – ma piuttosto in ragione dell'esigenza di prefigurare uno strumento di autonomia mediante il quale sia possibile a taluno dei contraenti di realizzare, in riferimento al terzo, un interesse differenziato (ancorché dipendente) rispetto all'affare che le parti realizzano tra di loro*». Nello stesso senso SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi,* cit., 2, il quale ritiene che la figura contrattuale recepita nel codice civile del 1942 contenga «*un meccanismo* acquisitivo *del diritto da parte del terzo sostanzialmente riconducibile alle regole generali*»; tuttavia, ove si accogliesse tale ultima prospettiva, sfuggerebbe la nencessità di predisporre una norma come quella di cui all'art. 1411.

tante erosioni da avere difficoltà, in concreto, a mantenere quella integrità che si addice ad un principio generale all'interno del nostro ordinamento[489].

Ed infatti, l'ampliamento delle ipotesi, oltre la figura del contratto a favore di terzo[490], nelle quali il contratto assume rilevanza nei confronti dei terzi[491] ha portato ad affermare che la posizione del terzo, ormai, rivesta un ruolo centrale all'interno del diritto dei contratti[492].

E, in tale prospettiva, il principio di relatività degli effetti del contratto è stato messo a dura prova, anche alla luce della ormai assodata considerazione che i terzi possano essere danneggiati e/o pregiudicati da un contratto che venga concluso da altri[493], nonché dalla configurabilità, in capo a soggetti terzi, di rimedi di tipo contrattuali e dalla possibilità che si verifichino ingerenze, da parte di terzi, in un contratto altrui[494].

Tali ultimi aspetti, tuttavia, verranno presi in considerazione allorquando ci soffermeremo sul contratto con effetti protettivi nei confronti del terzi.

Ritornando al principio di relatività e al contratto a favore di terzi, resta da considerare come l'introduzione di questa figura contrattuale abbia modificato l'assetto concretamente assunto dal dogma della relatività all'interno del nostro ordinamento[495]. Come, infatti, già osservato[496] il

---

(489) Si veda GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi,* in *Gli effetti del contratto nei confronti di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 339 ss.

(490) A tal proposito, DI MAJO, *La protezione del terzo fra contratto e toro,* cit., 1 ss. rileva come la «*figura del contratto a favore di terzi ormai risente di un effetto di quasi-normalizzazione, perché si riconduce pur sempre all'esercizio della privata autonomia, pur con taluni limiti di struttura che le legislazioni hanno individuato*».

(491) Cfr. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi,* in D'ANGELO-ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 29 ss.

(492) Così GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi,* cit., 337 nel riportare il pensiero di BIANCA.

(493) Così DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 3.

(494) MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi,* cit., 605.

(495) Considerazioni analoghe svolte su tale aspetto relativamente alla figura del contratto a favore di terzo possono essere estese all'ipotesi prevista all'art. 1333 c.c. A tal proposito si vedano, a titolo esemplificativo, MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 8 e 103, ANGELONI, *Il contratto a favore di terzi,* cit., 7, MAJELLO, *Contratto a favore di terzo,* cit., 238 e TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo,* cit., 420. In merito alla norma di cui all'art. 1333, si rinvia al par. 2.6.

(496) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo,* cit., 20 nonché ID., *Il contratto a favore di terzi,* cit., 8. Nello stesso senso si veda ANGELONI, *Il contratto a favore di terzo,* cit., 5, il quale rileva come «*l'autonoma previsione della generale figura del contratto a favore di terzo, unitamente all'interpretazione sistematica del nostro ordinamento, dalla quale risulta che non è possibile affermare una generale regola dell'inidoneità del contratto (o del negozio) a produrre effetti nell'altrui sfera giuridica (ossia nella sfera giuridica di soggetti diversi dai loro autori), consente*

principio di relatività degli effetti del contratto deve essere riletto, alla luce dell'introduzione di una figura generale di contratto a favore di terzo, e riformulato in questa chiave: «*il contratto non produce effetti rispetto ai terzi salvo che non sia stipulato in loro favore*»[497].

Appare evidente, come si abbia riguardo, allorquando si affronta il tema della relatività e del contratto a favore di terzi, al tema degli effetti diretti del contratto, tralasciando le ulteriori incidenze che la vicenda contrattuale possa provocare nei confronti di soggetti estranei al vincolo contrattuale[498]. D'altronde, la disposizione di cui all'art. 1372 «*mira soprattutto ad esonerare il terzo da conseguenze del contratto, che possano nuocergli*»[499]. Ed è proprio in una tale prospettiva che debbono essere analizzati gli ulteriori elementi caratterizzanti la fattispecie di cui al 1411 c.c.[500], da porsi in coordinamento con la previsione della relatività degli effetti del contratto.

Da un lato, infatti, al fine di impedire una indebita ingerenza all'interno della sfera giuridica del soggetto terzo, a questi è data la possibilità di rifiutare[501] l'attribuzione disposta a suo vantaggio; dall'altro, proprio in virtù della disposizione in esame, al terzo potranno essere attribuiti diritti ma, in capo allo stesso, non potranno essere costituiti obblighi di alcuna natura[502]. Alla luce di quanto sin qui considerato, dunque, pare che della figura del contratto a favore di terzo possa parlarsi come di figura tutt'altro che

---

di affermare l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un generale principio secondo il quale il contratto o il negozio è idoneo a produrre effetti giuridici favorevoli nell'altrui sfera giuridica, salvo il potere di rifiuto.

(497) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, cit. 20.

(498) Cfr. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi,* cit., 29 ss. e DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo,* cit., 109 ss.

(499) MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* cit., 196.

(500) Si tralascia in questa sede di considerare il tema dell'interesse dello stipulante e della sua valenza giustificativa, sotto il profilo causale dell'attribuzione patrimoniale al terzo beneficiario; per tutti vedi MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi,* cit., *6 ss.* e GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi,* cit., 8 ss, nonché l'opera monografica di MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit.

(501) Per tutti MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* cit., 203

(502) Tutti gli Autori citati nelle precedenti note concordano all'unanimità sulla circostanza che l'attribuzione al terzo non possa far sorgere in capo a questo alcun tipo di obbligo. Diversamente, ove dall'attribuzione derivino degli oneri, pare che la configurabilità degli stessi debba essere accettata, alla luce della natura intrinseca dell'onere «*e cioè come dovere dalla cui inosservanza non può derivare a carico del terzo altra conseguenza che quella del mancato acquisto, o della perdita, del diritto*», così MOSCARINI, *Contratto a favore di terzi,* cit. 119; si veda anche MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi,* cit., 162.

eccezionale[503], con la conseguenza, fra l'altro, sotto il profilo ermeneutico che le norme relative sarebbero suscettibili di applicazione analogica[504]. Se, dunque, forse non appare corretto parlare di superamento *tout court* del principio di relatività nel nostro ordinamento, si potrebbe, ben parlare di frantumazione di tale principio[505]: appare, infatti, evidente come l'effettività dello stesso sia da ravvisarsi solo per determinate categorie contrattuali e solo per determinate tipologie di effetti.

1.4 Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503: due modelli a confronto.

Alla luce di quanto sin qui considerato, si ritiene utile evidenziare i profili di diversità tra l'ipotesi di cui all'art. 1411 e quella qui approfondita. Per procedere in tal senso, si muoverà dalla pronuncia giurisprudenziale che per prima[506] ha recepito formalmente nel nostro ordinamento la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. Dalla lettura dell'indicata sentenza della Suprema Corte, emerge come a fondamento della vicenda *de qua* vi fosse la nascita di un bambino affetto da una cerebropatia

---

(503) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo,* cit., 20 ss.; qui l'Autore indica a fondamento di una tale osservazione le seguenti considerazioni: innanzitutto per la collocazione topografica delle norme relative alla figura del contratto a favore di terzo e per la ragione che le stesse disposizioni delineano uno schema contrattuale generale; ancora, perché la disposizione di cui all'art. 1372, 2 co., appare un «*inutile residuato della vecchia posizione del legislatore*»; ma, soprattutto, la generalità di detta figura contrattuale deve apparire evidente, ove si consideri che la si stessa si inserisce in un ordinamento giuridico «*nel quale la regola della relatività dei contratti – rispetto alla quale si porrebbe l'eccezione – sembra del tutto obliterata e nel quale si presenta sempre più frequente, anche per opera del legislatore speciale, e anche al di fuori della materia del contratto, la previsione di strumenti negoziali diritti ad avvantaggiare soggetti diversi dalle parti, senza necessità di una loro partecipazione al contegno acquisitivo*».

(504) Cfr. in tal senso MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo,* cit., 20, MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, cit., 207, e ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, cit., 10. *Contra* MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi,* cit., 100; a tal proposito l'Autore afferma che «*anche se l'ordinamento giuridico sembra riconoscere una figura generale di contratto a favore di terzi, tale riconoscimento non è in contrasto con quanto dispone il secondo comma dell'art. 1372, dal momento che il riconoscimento di quella figura generale è limitato, nell'art. 1411, all'esistenza di un particolare requisito – l'interesse dello stipulante – tale da renderla pur sempre eccezionale rispetto al principio dell'inefficacia del contratto a favore di terzi e, quindi, insuscettibile di estensione analogica ai casi in cui sussista solo un interesse del promittente e non anche dello stipulante a che il terzo acquisti un autonomo diritto*».

(505) L'espressione è GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi,* cit., 341.

(506) Si tratta, come già accennato, di Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, cit.

irreversibile da ricondursi, nella ricostruzione prospettata dai genitori del minore che avevano agito in qualità di legali rappresentanti, all'inadempimento della struttura ospedaliera coinvolta, che non avrebbe correttamente adempiuto l'obbligazione contrattuale assunta di assistere la gestante, ricoveratasi presso la stessa struttura, alcuni giorni prima del parto.

Nelle proprie conclusioni, i genitori del minore ravvisavano che, a carico dell'ente ospedaliero, fossero configurabili sia un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale che contrattuale.

Il Tribunale di Torino aveva rigettato le richieste degli attori sulla base di due considerazioni: sotto il profilo contrattuale, la carenza di capacità giuridica del nascituro impediva la configurazione, in capo allo stesso, della capacità di stipulare alcun contratto e l'evento lesivo, costituito da una asfissia neonatale, non poteva che essersi verificato, nella prospettazione del giudice di primo grado, solo al momento in cui il feto diveniva soggetto giuridico. Tanto considerato, ci si trovava al di fuori della fattispecie regolata dall'art. 1 c.c.[507] e, pertanto, l'ipotesi sottesa al caso considerato si sarebbe dovuta ricondurre qualificare come illecito extracontrattuale.

Tuttavia, anche sotto tale aspetto, la domanda spiegata dai genitori non poteva essere accolta per intervenuta prescrizione ai sensi e per gli effetti della norma di cui all'art. 2947 c.c. I genitori, infatti, considera il Tribunale piemontese, ben avrebbero potuto rendersi conto di tutti gli elementi integranti l'illecito ben prima di quando avevano agito in giudizio. La sentenza del Tribunale veniva impugnata, innanzi la Corte d'Appello di Torino, dai genitori del minore, i quali a fondamento della propria impugnazione asserivano, altresì, che fosse ravvisabile nei confronti della struttura sanitaria anche un'ipotesi di responsabilità contrattuale ritenendo che, nel caso di specie, fosse configurabile un'ipotesi di contratto a favore di terzo, non ostando alla conclusione dello stesso che il soggetto fosse nascituro, e che, dunque, dovesse applicarsi il diverso termine prescrizionale decennale,

(507) Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, nella parte relativa allo svolgimento del processo.

la cui decorrenza, comunque, sarebbe dovuta essere differita rispetto a quella ipotizzata dal giudice di primo grado.

Anche a fronte di una tale argomentazione, tuttavia, la domanda spiegata dagli appellanti veniva rigettata. La Corte d'Appello, ritenendo quasi superfluo il tema della prescrizione, dirigeva la propria attenzione principalmente sul problema dell'identificazione del momento in cui si fosse verificato l'evento lesivo che aveva colpito il nascituro. Se, infatti, come risultante dagli atti di causa, il danno cerebrale si fosse dovuto ricondurre ad un errato trattamento ostetrico, in conseguenza del quale, a causa di una permanenza del corpo del nascituro nel grembo materno oltre il tempo dovuto, se ne fosse causato uno stato patologico permanente da ricondursi alla insufficiente ossigenazione, tale evento lesivo si sarebbe verificato allorquando il minore non era ancora venuto ad esistenza. Lo stesso, dunque, al momento della condotta pregiudizievole sarebbe stato sprovvisto di capacità giuridica e, pertanto, nessuna azione di risarcimento dei danni, sia a titolo contrattuale che extracontrattuale, si sarebbe potuta configurare a protezione del minore[508].

Avvero tale decisione, ricorreva innanzi la Suprema Corte di Cassazione la madre del minore, nella sua qualità di tutore provvisorio del figlio interdicendo.

La Terza Sezione della Cassazione Civile chiamata a pronunziarsi sulla questione, si pone criticamente sia rispetto alla pronunzia del Tribunale che dalla Corte d'Appello. Il ragionamento svolto dalla Corte di Cassazione muove dalla considerazione che dalla lettura coordinate di tutta una serie di norme rilevanti in materia[509], può affermarsi che nel nostro ordinamento

---

(508) Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, nella parte relativa allo svolgimento del processo.

(509) Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503: «*già la Corte Cost.le, con la sent. 18.2.1975, n. 27, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la sua prosecuzione implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre, ha precisato che anche la tutela del concepito ha "fondamento costituzionale" nell'art. 31 c. 2 della Costituzione, che "impone espressamente la protezione della maternità" e, più in generale, nell'art. 2, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito". La successiva l. 22.5.1978, n. 194, significativamente intitolata "norme per la tutela sociale della maternità", oltre che "sull'interruzione volontaria della gravidanza", proclama, all'art. 1, che "lo*

l'individuo venga tutelato non solo dal momento della nascita, ma sin dal proprio concepimento. Se, dunque, il concepito assurge a centro di interessi giuridicamente tutelato ben si potrà riconoscere in capo allo stesso un diritto al risarcimento del danno, ove sia configurabile, come nel caso di specie, «*un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che sia derivato al soggetto che, con la nascita, abbia acquistato la personalità giuridica*»[510].

Risolta l'ammissibilità di una tutela extracontrattuale in capo al soggetto concepito[511], nel prosieguo della pronunzia in esame, la Suprema Corte prende posizione sulla possibilità di rinvenire in capo allo stesso soggetto una tutela di natura contrattuale.

Stato…. riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana del suo inizio", che, come si evince dal combinato disposto con gli articoli successivi, va riferito al momento del concepimento (e non tanto, o non solo allo scadere del novantesimo giorno dal concepimento, cui fa riferimento il successivo art.4). L'interruzione della gravidanza è quindi ammessa solo entro i primi novanta giorni (art. 4) ed allorché la sua prosecuzione, il parto o la maternità comporterebbero "un serio pericolo per la… salute fisica o psichica" della madre, attraverso quel bilanciamento degli interessi già individuati dalla Corte Cost.le con la citata sent. 18.2.1975, n. 27. Solo eccezionalmente è consentita l'interruzione anche oltre i novanta giorni (art. 6). È sanzionata penalmente, inoltre, anche l'interruzione della gravidanza per colpa o la determinazione per colpa di un parto prematuro (art. 17), senza il consenso della donna (art. 18), o al di fuori dei casi e delle modalità consentiti (art. 19). Lo stesso diritto alla salute, che trova fondamento nell'art. 32 della Cost. - per il quale la tutela della salute è garantita "come fondamentale diritto dell'individuo" (oltre che "interesse della collettività") -, non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionato, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precedono, volte a garantire l'integrità del nascituro. Numerose norme prevedono, del resto, forme di assistenza sanitaria alle gestanti ed assicurano ad esse i necessari congedi dal lavoro - l. 30.12.1971, n. 1204, d.p.r. 25.11.1976, n. 1026, l. 9.12.1977, n. 903, etc. -, non al solo fine di garantire la salute della donna, ma altresì al fine di assicurare il migliore sviluppo e la salute stessa del nascituro»; continua, poi, la Corte osservando come «*attraverso tali norme non viene ovviamente attribuita al concepito la personalità giuridica, ma dalle stesse si evince chiaramente che il legislatore ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute*».

(510) Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, n.2.

(511) Sul punto CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, cit., 551: «*si è così attribuita sostanza al principio della tutela della vita umana «dal suo inizio», affermato – in maniera che a parecchi è sembrata contraddittoria – dall'art. 1 della legge 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, e corroborato dall'art. 32 e dall'art. 1 della legge 405 del 1975»;* ed ancora «*già «l'apertura» alla responsabilità extra-contrattuale per comportamenti anteriori alla nascita del soggetto danneggiato incontra talora resistenze (come dimostra la cassata sentenza della Corte d'Appello di Torino) e suscita delicate questioni teoriche* […]. *In ogni caso, è un'apertura indispensabile ad evitare la conseguenza nel nostro caso efficacemente delineata dalla parte ricorrente: «l'aberrante fattispecie di un danno, sicuramente esistente e collegato ad un fatto colposo, non risarcibile per l'ordinamento giuridico, per la pretesa inesistenza di un soggetto legittimato all'esercizio dell'azione». Alla soluzione affermativa della responsabilità, comunque, è sembrato possibile pervenire senza bisogno di costruire una parziale anticipata capacità del nascituro».*

Innanzitutto, il Giudice di legittimità procedere ad un confronto tra la vicenda concretamente verificatasi e la figura del contratto a favore di terzi richiamato dalla parte ricorrente.

Affermato come detta figura contrattuale debba ritenersi perfezionata con l'incontro della volontà tra stipulante e promittente[512] e che l'adesione dello terzo beneficiario attenga al profilo dell'irrevocabilità dell'attribuzione effettuata e non a quello del perfezionamento del contratto, non sarebbe necessaria, sotto tale profilo, la dichiarazione del terzo[513]. Né creerebbe ostacolo alla teorica configurabilità della categoria contrattuale prospettata la circostanza che il soggetto terzo, che si assume essere beneficiario della prestazione, non sia ancora venuto ad esistenza[514].

Né, come puntualmente osservato nella sentenza qui considerata, vi sarebbe incompatibilità tra la vicenda *de qua* e la prima parte della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 1411 c.c., grazie al quale la prestazione, in caso di revoca o rifiuto del beneficiario, rimane a beneficio dello stipulante, considerato che, proprio nella medesima disposizione viene chiarito che tale attribuzione possa venire meno, oltre che per la volontà delle parti, anche per la natura del contratto stesso.

Astrattamente, infatti, si sarebbe potuto obiettare, rispetto alla figura del contratto a favore di terzi, che la prestazione che si sarebbe dovuta svolgere a favore del terzo, non sarebbe potuta andare, stante la peculiarità della stessa, a beneficio della madre. Il vero ostacolo che, ad avviso di chi scrive appare insormontabile, come puntualmente evidenziato nella sentenza in esame, è che in capo al nascituro, difettando nello stesso la personalità giuridica, non possa ascriversi quel ruolo di creditore, al quale viene attribuita

---

(512) Che come già rilevato costituisce la tesi maggioritaria; si veda quanto in tal senso evidenziato nei paragrafi precedenti del presente capitolo.

(513) Non costituirebbe, quindi, in via teorica, ragione ostativa alla configurabilità dell'ipotesi di un contratto a favore di terzo la circostanza che il concepito non possa rendere tale dichiarazione.

(514) Come già rilevato precedentemente nel presente capitolo, la non esistenza del beneficiario al momento della stipulazione non risulta in contrasto con la figura del contratto a favore di terzo; ed anzi, può osservarsi come il nascituro sia, insieme all'ipotesi della costituenda società, uno di quei casi emblematici di terzo beneficiario non ancora venuto ad esistenza; si veda, ad esempio, ZENCOVICH, *Il danno al nascituro,* cit., 698.

una vera e propria prestazione[515], che deve necessariamente ricondursi in capo al terzo beneficiario affinché possa configurarsi l'ipotesi contrattuale disciplinata all'art. 1411[516]. Come si è avuto modo di sottolineare precedentemente, infatti, affinché possa integrarsi l'ipotesi generale del contratto a favore di terzo dovranno sussistere congiuntamente tutti gli elementi costitutivi tipici, previsti dalle norme del codice civile.

Tanto considerato, difettando nel caso di specie la possibilità di ipotizzare la sussistenza di un contratto a favore di terzo concluso tra la gestante e la struttura sanitaria, la Corte ha dovuto affrontare il problema sull'eventuale sussistenza di una forma di responsabilità contrattuale diversamente fondata. Proprio in una tale prospettiva, la Corte richiama la figura dei contratti con

---

(515) Non concorda, sotto tale aspetto, ZENCOVICH, *Il danno al nascituro,* cit., 698, il quale richiamando le norme di cui agli artt. 1412 e 1920 c.c. nonché l'ipotesi di un incarico conferito ad una impresa affinché costruisca un'abitazione da intestarsi al figlio concepito ma non ancora nato, afferma che nella sentenza annotata «*si è di fronte ad una obbligazione articolata nel tempo, consistente in una pluralità di prestazioni, alcune nel corso della gestazione, altre dopo la nascita. Non sembra né utile né necessaria una frammentazione di tali prestazioni per individuare beneficiari diversi a seconda del momento del loro espletamento. L'obbligazione è unitaria e dunque il neonato ha diritto ad agire anche per gli inadempimenti pregressi*». Concorde con l'Autore appena richiamato appare PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto a nascere sano,* cit., che rileva come «*contrariamente a quanto sostenuto nella decisione in esame, alla fattispecie in esame non può rimanere estraneo il richiamo al contratto a favore di terzo*» rilevando come l'interesse dello stipulante di cui al 1411 c.c. possa «*corrispondere anche ad un interesse morale o affettivo dello stipulante. Quello che rileva è che al terzo non debba essere imposta alcuna obbligazione* […] *il contratto a favore del terzo può essere rivolto nei confronti di un soggetto non ancora esistente*» e, da ultimo, che seppur il contratto si perfeziona con l'incontro della volontà tra stipulante e promittente, «*il terzo acquista però tutti i diritti che dal contratto medesimo scaturiscono, comprese le azioni di adempimento e di risarcimento dei danni*». Sia consentito rilevare come le considerazioni sopra riportate, inducano alle seguenti considerazioni. In particolare, rispetto all'opinione espressa da ZENCOVICH pare potersi affermare che i casi considerati e le ipotesi formulate non tengano conto della sincronicità che, nel caso del contratto a favore di terzo, deve esservi tra l'esecuzione della prestazione a beneficio del terzo e la configurabilità in capo allo stesso della qualifica di creditore. Ed infatti, parte delle prestazioni, dedotte all'interno del contratto concluso tra la gestante e la struttura ospedaliera, verranno eseguite sul soggetto non ancora nato, il quale in quel momento non potrà essere considerato creditore e che, certo, non avrà possibilità di poter agire per l'esatto adempimento (come implicitamente affermato da PINORI, allorquando riconduce in capo al terzo l'esercitabilità dell'azione di adempimento), ma potendo solo, nel caso, agire per il risarcimento del danno in un momento successivo. Ed infatti, nelle ipotesi richiamate dal primo Autore, a sostegno della configurabilità, nel caso di specie, del contratto a favore di terzo, in realtà, a prescindere dal momento della conclusione del contratto a favore di terzo, ogni volta che la prestazione viene eseguita il soggetto che beneficia della prestazione è già nato e non più nascituro. A ciò si aggiunga la considerazione che il nascituro non potrebbe mai esercitare il proprio poter di rinuncia all'attribuzione prestazionale effettuata nei suoi confronti, integrando una violazione del dettato di cui all'art. 1372 c.c.

(516) Che il terzo beneficiario assurga alla qualità di vero e proprio creditore appare circostanza pacifica, della quale si ritiene di aver dato debitamente conto nei paragrafi precedenti (cfr. quanto rilevato nei precedenti paragrafi nn. 1.2 e 1.3).

effetti protettivi nei confronti di terzi «*nell'ambito dei quali, in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a favore del quale è posta quella previsione*»[517].

Come esattamente osservato[518], più che di pluralità di prestazioni, nel caso di specie si sarebbe dovuto parlare, accanto alla prestazione principale, di obblighi di protezione, anche in considerazione della circostanza che, al di là di qualsiasi ambiguità terminologica, il concetto disegnato dall'inciso «*numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto e oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei*»[519] corrisponde perfettamente a quello di obblighi di protezione[520] estesi, in questo caso, a favore di un terzo qualificato: il nascituro.

Qui la «*prestazione accessoria*» o, più correttamente, l'«*obbligazione accessoria*» per il cui inadempimento può agire il soggetto nato è, precisamente, un obbligo di protezione, analogo a quegli obblighi accessori che, in virtù delle clausole generali di buona fede e correttezza sorgono fra le parti di un rapporto obbligatorio[521].

Dubbi su tale circostanza, al di là della non sempre precisa terminologia impiegata nella ricostruzione proposta dalla Suprema Corte, non dovrebbero sorgere allorché si abbia presente la costruzione dogmatica degli obblighi di protezione e del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[522].

---

(517) Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, n. 3.

(518) Cfr. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 165 alla nota 44; l'Autore, puntualmente, a proposito del pensiero espresso da ZENCOVICH e riportato nella precedente nota 480, osserva che «*se Cass. n.11503/1993 avesse ritenuto che l'integrità del minore fosse stata oggetto di un diritto alla prestazione non avrebbe dovuto chiamare in causa il contratto con effetti protettivi per i terzi. E' vero che la sentenza parla di «prestazioni necessarie al feto» ma poi aggiunge «la controparte del contratto rimane sempre la partoriente, o, comunque, colui che lo abbia stipulato, ma il terzo, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, non è più il nascituro, bensì il nato, anche se le prestazioni devono essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita*».

(519) Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, n. 3.

(520) Cfr. la prima parte del presente lavoro.

(521) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 12 rileva, a proposito della sentenza in commento, come «*qui l'obbligo inadempiuto è quello «accessorio» (di protezione) che si estende anche al terzo*».

(522) Sul punto, VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 166, alla nota 44, osserva come «*l'uso di una terminologia ambigua non consente di valutare a pieno la congruità*

La conferma, in tal senso, è rinvenibile in due ulteriori affermazioni rese dalla Corte: la prima è la chiara indicazione di come la controparte del contratto, rispetto alla struttura ospedaliera, resti in ogni caso la gestante, o chiunque abbia stipulato il contratto; la seconda è che il soggetto terzo protetto, anche alla luce di quanto già rilevato precedentemente, potrà agire solo per il risarcimento del danno derivante da inadempimento e non per per l'adempimento stesso[523].

Nella sentenza in oggetto, dunque, seppur deve riscontrarsi una non completa ricostruzione dogmatica della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[524], sembrano essere recepiti quegli elementi maggiormente caratterizzanti la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: la circostanza che da un contratto concluso si irradino obblighi di protezione nei confronti di terzi qualificati, che i terzi protetti non diventino creditori della prestazione ma siano tutelati in via contrattuale per il risarcimento del danno nel caso di inadempimento da parte del debitore che

---

dello strumento tecnico adoperato». La sensazione che si potrebbe trarre nella lettura della sentenza in oggetto, potrebbe essere quella di ritenere che la Corte non avesse una totale familiarità con l'istituto richiamato e con le teoriche allo stesso sotteso, ma non che per questo ne ignorasse il fondamento e la funzione principale che, anzi, sembrano essere chiaramente evidenziati nei passaggi sopra riportati in diversi momenti dell'arresto qui considerato.

(523) Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, n. 3.

(524) Cfr. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 169 il quale, con la solita attenzione sul tema, evidenzia come «*resta il dubbio di quale sia la base della legittimazione contrattuale del terzo; non può essere la volontà delle parti – alla maniera della prima giurisprudenza del Reichsgericht, eventualmente forzando il dato testuale dell'art. 1411 c.c. (l'interesse alla prestazione si ricava dalla volontà delle parti, l'interesse alla protezione della buona fede) come si faceva in Germania con il §328 BGB - , non il diritto consuetudinario – ogni considerazione è superflua – e men che meno la buona fede che, pur potendo costituire il fondamento normativo di questo* Vertrag mit Schutzwirking für Dritte *nostrano, non viene menzionata da Cass. n. 11503/1993 neanche in sembiante*». E parimenti, bisogna concordare con l'affermazione, resa poco dopo, in base alla quale ove la sentenza in oggetto avesse contenuto una parte ricostruttiva impiegando quale fondamento normativo la buona fede «*avrebbe potuto costituire un vero e* proprio leading case *ben oltre la volontà di risolvere un caso specifico*». Di diverso avviso sembra essere, invece, IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione,* in *Responsabilità civile e previdenza,* 1994, 413 la quale premesso come «*una volta sancita la presenza di un contratto tra partoriente e USL (e, parallelamente, scartata la qualificazione dello stesso in termini di contratto a favore di terzo), di un adempimento concretizzatosi in un danno in presenza di un soggetto, sì terzo rispetto al contratto, ma costituente addirittura egli stesso il destinatario e l'oggetto della prestazione*» afferma che «*il dovere di protezione rappresenta certamente lo strumento tecnico più idoneo alla soluzione del caso, al fine di consentire l'azione diretta al beneficiario effettivo delle prestazioni inadempiute. Il contratto a favore di terzo, avrebbe infatti cozzato, come rilevato dalla Corte, contro l'art. 1 c.c. e la conseguente assenza di capacità giuridica al nascituro*».

si concretizzi in una lesione della propria sfera giuridica[525]. Se è vero che Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503 non scioglie tutti i nodi relativi alla figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[526], sui quali si cercherà di prendere posizione nel prosieguo del presente lavoro, certo si può affermare che alla luce delle considerazioni svolte, la categoria del contratto a favore di terzo non pare idonea a regolare il caso di specie per il quale, invece, la ricostruzione più calzante risulta essere proprio quella del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

1.5 Relatività degli effetti contrattuali e terzi qualificati: un primo approccio.

Ferme le considerazioni già svolte sul principio di relatività contrattuale in riferimento alla figura del contratto a favore di terzo[527], sarà necessario, ora, effettuare ulteriori riflessioni sul tema nella prospettiva del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

La sentenza considerata nel precedente paragrafo se, da un lato, afferma la riconducibilità della fattispecie alla categoria del contratto con effetti protettivi, dall'altro, non molto dice in merito al fondamento della stessa categoria in una prospettiva di teoria generale[528]. Nel prosieguo del presente capitolo, dunque, ci si dovrà approcciare ai due problemi chiave della categoria contrattuale analizzata: quale sia lo strumento giuridico idoneo a giustificare l'estensione degli effetti di protezione nei confronti di soggetti

---

(525) In ogni caso, deve convenirsi con le osservazioni critiche svolte da VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 169 nei riguardi del pensiero di IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione,* cit., 408 e 412, che parla di definitivo accoglimento della costruzione dogmatica, peraltro a proposito degli obblighi di protezione, più che del contratto a favore di terzo.

(526) Con la consueta lucidità VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 170: «*accogliere gli obblighi di protezione non significa accettare automaticamente il contratto (rectius, rapporto obbligatorio) con effetti protettivi per i terzi* […]. *Quando la visuale si sposta dal rapporto creditore-debitore alla posizione del terzo servirebbe uno sforzo ulteriore: bisogna spiegare perché il terzo viene inserito nella sfera protettiva del o contratto/obbligazione e quali sono i requisiti di una tale estensione*».

(527) Cfr. parr.1.2, 1.3 e 1.4 della seconda parte del presente lavoro.

(528) Oltre ad avere avuto cura di sottolineare la circostanza che l'ordinamento si ponga in una prospettiva di tutela della vita dell'essere umano sin dal suo concepimento.

terzi e attraverso quali criteri sia possibile distinguere i soggetti terzi che saranno beneficiari di una tale protezione.

Una premessa dalla quale muovere è che le eccezioni al dogma della relatività che hanno portato a parlare di una frammentazione o, addirittura, di un vero e proprio superamento dello stesso, non possono certo esaurirsi nell'ipotesi del contratto a favore di terzo[529] che, anzi, seppur funge da certo punto di riferimento sul tema, appare allo stesso tempo, sotto alcuni profili[530], coordinabile con il principio di cui all'art. 1372[531].

Sul punto si rifletta come, ad esempio, l'inserimento, nell'alveo della tutela extracontrattuale, anche della tutela dei diritti di credito abbia contribuito, seppur sotto altro profilo, all'erosione del dogma della relatività contrattuale, postulando il dovere di rispetto, anche da parte di terzi, del regolamento contrattuale predisposto dalle parti, e la diffusione dell'idea che all'interno del contratto e del rapporto obbligatorio trovino spazio anche finalità protettive[532], e come tale evoluzione sul tema dell'efficacia del contratto «*non poteva non toccare anche la sfera di terzi in qualche modo o forma coinvolti nell'area «protettiva» del contratto*»[533]. Pacifica appare la constatazione che dalla conclusione di un accordo contrattuale i terzi possano subire un pregiudizio o un danno.

Ciò che rileva, ai fini del presente discorso è a quale ambito tale pregiudizio possa essere ricondotto.

---

(529) Cfr., ad esempio, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 193 ss.

(530) Si veda, in merito alla relatività degli effetti diretti derivanti da contratto CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 220.

(531) A tal proposito DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 1 rileva che «*mentre la figura del contratto a favore di terzi ormai risente di un effetto di quasi normalizzazione, perché si riconduce pur sempre all'esercizio di privata autonomia, pur con taluni limiti di struttura che le legislazioni hanno individuato, gli altri aspetti ora menzionati* [la lesione degli interessi dei terzi ad opera del contratto e quello simmetrico degli effetti del contratto sulla responsabilità dei terzi] *impingono più direttamente nel dogma della «relatività» degli effetti contrattuali, così come recepito dai codici (art. 1165 code civil; art. 1372 cod. it.) e tale dogma tendono a contrastare o comunque a ridurne la portata*». Concorde appare MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, cit., 605, il quale evidenzia come le due «*linee di tendenza attraverso le quali si va sempre più erodendo il dogma della relatività*» siano i rimedi contrattuali a favore di terzi e la responsabilità del terzo per l'ingerenza in un contratto altrui.

(532) DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 8 a proposito della categoria degli obblighi di protezione rileva come «*siffatta categoria sembra uscita di minorità e navigare in mare aperto*».

(533) Così DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 3.

Ed infatti, non interessano in questa sede i casi in cui dalla conclusione di un contratto si ingeneri, semplicemente, una situazione di incompatibilità tra una delle posizioni rivendicate da una parte rispetto a quella ricoperta dal terzo[534].

Ciò che, invece, qui interessa è il diverso profilo del danno subìto da un terzo nella propria sfera giuridica, in conseguenza di un inadempimento contrattuale. E, come esattamente osservato[535], è proprio la circostanza che il terzo possa dolersi della cattiva esecuzione della prestazione dedotta nel rapporto contrattuale, e non dell'esecuzione in sé, a far comprendere come non ci sia un problema di conciliabilità fra le posizioni delle parti o della parte e del terzo, ma come lo stesso si lamenti dell'inesatta esecuzione della stessa.

Considerato, dunque, come il contratto possa concretamente causare danni ad un soggetto terzo, non sempre la tutela contrattuale può ritenersi la soluzione più idonea a tutelare il danneggiato: non tutti i terzi, infatti, sono uguali rispetto all'assetto di interessi ed agli effetti del contratto.

Alcuni si porranno in una posizione che, per la loro vicinanza o prossimità alle parti del contratto o al contenuto dello stesso, li differenzierà rispetto a tutti gli altri[536].

Che una malaccorta esecuzione, cagionando danno alla persona o alle cose del terzo, sia circostanza idonea a determinare l'insorgenza di una responsabilità aquiliana nei confronti del terzo non pare circostanza della quale si possa dubitare[537].

---

(534) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 3: si pensi al caso della doppia alienazione immobiliare ad opera del medesimo dante causa; in questo caso, a prescindere da specifiche previsioni di legge, il soggetto danneggiato ben potrà agire per il risarcimento del danno extracontrattuale da contratto.

(535) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 4.

(536)Con felice formula CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione,* in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 194 proprio a proposito della necessità di differenziare la posizione giuridica da ricondurre in capo al medico operante in una struttura sanitaria, ha parlato di *responsabilità del passante* come tipica responsabilità *ex* 2043 c.c. da distinguere, nettamente, da altre ipotesi di responsabilità, come quella propria del medico, che seppur non afferenti ad un rapporto contrattuale nella sua accezione più tradizionale, neanche si sarebbero potute ricondurre ad una ipotesi di responsabilità aquiliana, pena una eccessiva semplificazione.

(537) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 5 osserva come «*il principio o dogma della relatività del contratto non si è mai posto di traverso all'applicazione (del regime) del torto, là dove di questo ricorressero i presupposti. In tal caso, l'esecuzione (e/o meglio la cattiva)*

La questione, in realtà, è se sia tale tipo di responsabilità, tenuto conto del contesto nel quale il danno si verifica, quella più idonea a tutelare le ragioni di un terzo che si trovi in una situazione tale da essere esposto al medesimo rischio, di subire un pregiudizio della propria sfera giuridica, riscontrabile in capo alle parti del contratto. E non, si badi bene, come più sopra accennato, per ragioni di mera convenienza, ma per ragioni di coerenza sistematica con la concreta situazione alla stregua della quale il danno si è causato, tanto più ove si consideri che non sempre regime contrattuale sia sinonimo di regime più vantaggioso[538]. Considerata, dunque, tale circostanza, può avvalersi il soggetto terzo del regime di tutela contrattuale, riconducibile al contratto concluso tra le parti, dalla cui cattiva esecuzione è derivato un danno allo stesso?

Si pensi, a tal riguardo, al caso emblematico risolto in Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503[539].

Ed infatti, ritenendo valida, come chi scrive, la ricostruzione prospettata nella pronuncia richiamata, in tal caso, il terzo potrebbe agire per il risarcimento del danno, avvalendosi del regime contrattuale, non in quanto creditore, ma in quanto soggetto terzo in una posizione di prossimità tale da risultare tutelato dagli obblighi di protezione, insorti in occasione della conclusione del contratto.

Appare evidente come, in questo caso, ci si trovi ben distante dall'ipotesi del contratto a favore di terzo. Se anche deve concordarsi, e alla circostanza si è già avuto modo di riferirsi nella prima parte del presente lavoro, che l'ordinamento civilistico italiano, per il tramite dell'ampia previsione dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 1218, non abbia avuto dovuto affrontare le medesime problematiche che in Germania hanno portato alla creazione della teorica degli obblighi di protezione, sfociata poi attraverso successivi passaggi dottrinari e giurisprudenziali, nella categoria del contratto con effetti

esecuzione del contratto non rileva come tale (quale fatto di adempimento) ma più semplicemente quale elemento materiale di responsabilità verso il terzo».

(538) A tal riguardo sia sufficiente il rimando a DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 121 ss. e le approfondite riflessioni di MAGGIOLO, *Il risarcimento da pura perdita patrimoniale*, cit., 100 ss.

(539) Si veda il paragrafo precedente.

protettivi nei confronti di terzi[540], deve parimenti rilevarsi come le differenze strutturali e la portata della norma sulla responsabilità aquiliana, non siano di per loro sufficienti ad accantonare il problema[541].

Come prospettato, il problema posto non potrebbe trovare soluzione nella semplice constatazione della sussistenza di una generica tutela[542]; la questione, infatti, è quella di valutare quale possa essere la tutela più adeguata nell'ipotesi di danno al terzo così come sopra delineata.

Si ripropone, dunque, anche con riguardo alla tutela dei terzi uno dei problemi considerati nell'analisi condotta sugli obblighi di protezione; in quel caso era il contatto negoziale a giustificare l'insorgenza di autonomi obblighi di protezione fra le parti del contratto, qui, invece, sarebbe la vicinanza, la prossimità con l'esecuzione della prestazione che esporrebbe il terzo al rischio di subir danno[543] e che, pertanto, potrebbe giustificare una protezione di tipo contrattuale a tutela di questo, in considerazione della sua prossimità e del suo essere terzo qualificato e distinto dal resto del consociati.

Ed è proprio in tale situazione che la disciplina di contratto e torto sembrano confliggere tra di loro: l'esigenza di una tutela adeguata spingerebbe verso la soluzione contrattualistica, anche in difetto di un rapporto contrattuale così come tradizionalmente considerato[544].

---

(540) Si rinvia, per la ricostruzione delle vicende che in Germania hanno portato all'affermazione del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi a VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 11 ss. e 53 ss., nonché LUIG, *Effetti protettivi dei contratti a carico di terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 193 ss.

(541) Appaiono calzanti, anche in merito alla figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, seppur formalmente riferite alla teorica degli obblighi di protezione, le osservazioni di MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 507 e 512 (che, anzi, rilevava come ben più fondata possa essere in Italia detta categoria che in Germania, anche se attualmente una tale affermazione sarebbe da rivedere alla luce della Legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, approvata in data 26 novembre 2001), e di CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., ai paragrafi 10.3 e 10.4.

(542) Non persuadono, dunque, sotto tale aspetto le affermazioni di inutilità di una tale indagine e costruzione teorica, alla luce dell'esistenza di una tutela di tipo extracontrattuale. A tale riguardo si rimanda alla prima parte del presente lavoro.

(543) Alla propria persona, alle proprie cose e al proprio patrimonio.

(544) A tal riguardo, a dimostrazione dell'importanza che la problematica di una tutela idonea può assumere, sia consentito richiamare il tema della responsabilità del medico dipendente all'interno di struttura sanitaria ed alla nota evoluzione della stessa, avvenuta sia in dottrina che in giurisprudenza, che ha condotto a far sì che in tale materia, prima esclusivo appannaggio della responsabilità aquiliana, attraverso la teoria del contatto sociale qualificato, si configurasse, a carico del medico, una forma di responsabilità contrattuale. Per tale specifico profilo, si rimanda al capitolo seguente.

Prima di procedere oltre, pare opportuno sottolineare la seguente circostanza.

Se è vero, come sembra, che il nostro ordinamento giuridico ha sperimentato, e probabilmente ancora sperimenta, una sorta di primazia della responsabilità extracontrattuale[545] per quanto attiene la tutela dell'integrità personale e patrimoniale della generalità dei consociati, delle parti del contratto (soprattutto in passato) e dei terzi, è altrettanto vero che una tale circostanza non possa assumere alcuna portata dirimente, in merito alle questioni che si stanno affrontando in questa sede.

Ed infatti, quella rigida distinzione tra i due regimi di responsabilità che si sarebbe potuta affermare all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, che imponeva netti confini tra gli stessi[546], oggi non appare più attuale.

Non basta, dunque, guardare solo alle situazioni giuridiche tutelate, nello specifico l'integrità della persona e dei suoi beni, ma anche, e soprattutto, al contesto all'interno del quale il danno si è verificato ed alla luce del quale il risarcimento del danno dovrà, eventualmente, essere concesso.

Se, come rilevato, la struttura dell'obbligazione è complessa e, dunque, in grado di accogliere al proprio interno non solo l'obbligo primario di prestazione ma anche una serie di obblighi, autonomi e distinti, nascenti dalle clausole di buona fede e correttezza insorgenti senz'altro fra le parti, è possibile, con sicurezza, poter affermare che «*individuato il carattere dell'obbligazione in termini di relatività, tutto si esaurisca all'interno dei confini del rapporto bilaterale*»[547]?

O si dovranno distinguere, forse, diversi profili di relatività in base alle differenti tipologie di effetti considerati?

Se non ci si inganna, in prima battuta, pare potersi confermare l'attuale effettività del principio di relatività degli effetti contrattuali, con riguardo agli effetti ricollegabili all'obbligo primario di prestazione.

---

(545) In questo senso si veda, per tutti, VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 25.

(546) Sulle problematiche relative alla regolazione di fattispecie che sembrano porsi esattamente a metà delle due forme di responsabilità, si avrà occasione di effettuare alcune considerazioni nel prossimo capitolo in merito alla c.d. obbligazione senza prestazione.

(547) Così VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 25.

E, tuttavia, non può non considerarsi la questione per quanto attiene gli effetti ulteriori riconducibili alla vicenda contrattuale.

In precedenza, si era fatto riferimento alle obbligazioni accessorie che vengono a comporre la struttura del rapporto obbligatorio, insieme all'obbligo di prestazione. E, dunque, che dire in merito agli obblighi di protezione nascenti da buona fede e correttezza? Anche per tale categoria di obblighi si porrà il problema di relatività di effetti del contratto ai sensi e per gli effetti del 1372 c.c.?

Nella prima parte del presente lavoro si è tentato di dare conto di come, alla luce dell'interferenza che si crea tra le sfere giuridiche del debitore e del creditore, in occasione della conclusione di un accordo contrattuale, si assista, in forza delle clausole generali di buona fede e correttezza, sorgono gli obblighi di protezione che tutelano, in via contrattuale, situazioni giuridiche che, se verificatesi al di fuori di un contatto negoziale, ingenererebbero una chiara ipotesi di responsabilità aquiliana[548].

Ed allora, tanto considerato, può affermarsi che questa accresciuta possibilità di ingerenza dannosa nella propria sfera giuridica, potrebbe ben verificarsi anche nei confronti di alcuni soggetti terzi che, in virtù di una loro peculiare posizione rispetto all'esecuzione del contratto, o per un particolare rapporto con le parti, o a causa della natura del contratto stipulato, si possano trovare coinvolti nella medesima «*situazione di contatto con l'attività dell'altra parte dalla quale derivi il danno*»[549]; di talché, si potrebbe ritenere che determinati terzi possano risultare protetti da obblighi di protezione, autonomi e indipendenti da quello primario di prestazione.

Se la premessa appena svolta appare condivisibile, sorge il problema di giungere ad una corretta individuazione di quei terzi, che proprio in virtù

---

(548) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit. 369.

(549) Le parole sono di CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 126. Sul punto DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 15: rileva che «*ciò che dunque si postula, in chiave appunto di correzione/integrazione del diritto dei contratti e/o meglio del diritto delle obbligazioni, è che il c.d. «dovere di protezione», che indubbiamente deve considerarsi una componente del rapporto obbligatorio primario, in quanto diretto a tenere indenne il creditore (della prestazione) (ma anche il debitore) da danni (alla sua persona ed alle cose) che abbiano a verificarsi in occasione della esecuzione di essa, si estende anche a tutelare terzi estranei al contratto e/o al rapporto*».

della particolare posizione ricoperta, o per le loro qualità, possano essere considerati terzi qualificati e, dunque, da distinguersi rispetto all'indistinta cerchia dei terzi altri da loro.

Unitamente al problema dell'individuazione dei terzi si pone, inoltre, la questione del rinvenimento di uno strumento tecnico giuridico che sia in grado di giustificare e fondare una tale estensione protettiva; appare evidente come non sarebbero sufficienti, in una prospettiva ricostruttiva, mere ragioni di convenienza, opportunità o giustizia materiale.

Procedendo con l'enucleazione di idonei criteri idonei ad individuare i terzi protetti, è stato rilevato[550], si potrebbero superare anche le critiche basate su una supposta incompatibilità con il principio di relatività contrattuale e, inoltre, limitare una potenzialmente eccessiva espansione della responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi a carico del debitore[551].

In merito ai criteri per l'identificazione e delimitazione dei terzi protetti, un imprescindibile punto di riferimento è il risultato dell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza tedesche, seppur da impiegarsi in questa sede come mero spunto di riflessione e non come indicazioni recepibili *tout court*[552].

---

(550) In questo senso, ad esempio, VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 31 e DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 15 riferiscono in merito all'esperienza tedesca. Sui limiti di una tale impostazione del problema si veda, *infra*, il par. 1.6.

(551) VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 35.

(552) Ciò che interessa a questo proposito è poter valutare l'esistenza di criteri che rendano, a priori, determinabili i terzi protetti. Per questa e le successive considerazioni nel testo, relativamente a tali criteri, si vedano DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 16 ss., ID., *La protezione contrattuale del terzo,* cit., 113 ss., e VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi,* cit., 36 ss. In merito a tale tema, sia consentita la seguente considerazione. Si è più volte chiarito come oggetto del presente lavoro sia la configurabilità del contratto con effetti protettivi in Italia, a prescindere dalla genesi e dalla storia che tale categoria ha avuto in Germania, proprio in considerazione delle profonde differenze che emergono tra il nostro ordinamento e quello tedesco. Differenze tali, da sconsigliare, in base ad un accorto approccio, se non da impedire, l'impiego indiscriminato dei risultati teorici frutto dell'esperienza tedesca nel risolvere le problematiche sottese alla categoria *de qua*, all'interno dei confini del nostro ordinamento. Tanto considerato, tuttavia, una seppur rapidissima valutazione dei criteri identificativi dei terzi protetti, così come concepiti dall'esperienza tedesca, appare consigliabile dopo aver valutato come tali parametri attengano a presupposti di fatto e, dunque, autonomamente valutabili all'interno di ciascun ordinamento in base ai principi ed alle regole proprie di questi. Secondariamente, una rapida ricognizione di tali criteri servirà nella logica espositiva del presente lavoro, al fine di dimostrare come la non esaustività di tali criteri sia da ricondurre ad una non corretta qualificazione della categoria in esame, nei modi che si avrà modo di sottolineare nel corso del capitolo.

Parimenti critico sulla possibilità di recepire nel nostro ordinamento le riflessioni compiute nel contesto tedesco è CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 154.

Diversi sono stati i criteri proposti come valevoli per tutte le fattispecie contrattuali che l'esperienza tedesca ha affrontato nel corso del ventesimo secolo. Tra questi, *in primis*, v'è quello della *prossimità* del terzo in virtù della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio. Con tale criterio si suole individuare quel terzo che, alla luce della sua particolare posizione, si trovi sottoposto ad un rischio di danno analogo a quello che verte sul creditore della prestazione, a causa di una sua *vicinanza* con la prestazione.

Un ulteriore criterio permette di identificare quali terzi protetti coloro nei cui confronti una delle parti abbia interesse a che gli stessi godano della medesima protezione, dai rischi derivanti dall'esecuzione della prestazione, riconosciuta a sé medesimo.

Ed ancora, in base ad un ulteriore criterio sarebbero da proteggere quei terzi che risultino essere destinatari della prestazione, destinazione della quale sarebbe o potrebbe essere consapevole lo stesso debitore, in virtù della natura della prestazione dedotta nel rapporto.

Un ultimo criterio sarebbe quello della c.d. carenza della protezione che affligge il terzo[553]; in base a tale presupposto andrebbe riconosciuta protezione nei confronti di quei terzi che, diversamente, si ritroverebbero a non godere di alcuna forma di tutela, sia essa contrattuale od extracontrattuale[554].

Tralasciando quest'ultima ipotesi che appare per nulla persuasiva, può rilevarsi che per quanto attiene il criterio della prossimità, il fondamento dello stesso sarebbe riscontrabile nella particolare posizione in cui si venga a trovare il terzo, che lo esporrebbe ad un rischio di danno analogo a quello rinvenibile in capo al creditore.

A tal proposito, si è osservato come lo stesso appaia, in ogni caso, quale criterio empirico e come tale poco utile al fine di fungere, di per sé solo, da sicuro orientamento[555].

---

(553)Per tutti, si veda DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 16.

(554) Appare evidente come il criterio da ultimo considerato, discenda direttamente dalla mancanza, nell'ordinamento tedesco, nel momento di massima espansione della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, di clausole di responsabilità di una portata analoga a quella degli artt. 1218 e 2043 del nostro codice civile.

(555) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 17

Spesso, si è provato ad effettuare una distinzione tra una prossimità stabile ed una prossimità occasionale, considerando le varie fattispecie concretamente poste all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza tedesche, allo scopo di aumentare la puntualità del criterio ma, tuttavia, senza ottenere risultati sempre affidabili[556].

Il criterio dell'interesse del creditore, che il terzo sia protetto dall'esecuzione della prestazione, appare un criterio dotato di maggiore *visibilità giuridica*[557].

I primi due criteri potrebbero senz'altro essere impiegati congiuntamente; tuttavia, anche un uso sinergico degli stessi non appare idoneo a far sì che gli stessi siano in grado di fronteggiare tutte le ipotesi riconducibili alla categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

A migliori risultati sembra condurre, invece, il *riferimento al terzo della prestazione dovuta*[558]. In tal caso, come puntualmente osservato[559], ci si troverebbe di fronte ad una estensione della tutela al terzo allo scopo di proteggere non solo l'integrità fisica e dei beni dello stesso ma, anche, l'interesse meramente economico dello stesso a non subire un danno, in seguito ad una inesatta esecuzione della prestazione posta in essere da una delle parti del contratto.

Tuttavia anche se, tra quelli considerati, quest'ultimo è probabilmente il criterio che più di tutti, se non usato con attenzione, rischia di ampliare in modo illegittimo il novero dei terzi protetti, bisogna sottolineare come lo stesso presenti un indubbio vantaggio: il riferimento congiunto all'interesse del terzo ed alla natura della prestazione dedotta permette di impiegare gli elementi desumibili dal rapporto contrattuale per delineare quali possano essere i terzi da proteggere e in che misura, consentendo di guardare alla

(556) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 17; la poca affidabilità è probabilmente anche da ricondursi alla eterogeneità delle ipotesi considerate.

(557) Cfr. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 17. A tal proposito l'esperienza tedesca ha postulato che si ravviserebbe l'ipotesi in esame, laddove il creditore sia in qualche modo o forma responsabile del "*bene e del male*" del terzo; tipici esempi di tali rapporti sarebbero quelli di tipo familiare e di lavoro, nei quali sarebbe rinvenibile un generale obbligo di cura a carico della parte.

(558) Seppur solo in riferimento a determinati casi concreti.

(559) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 17

fattispecie concreta ed alle dinamiche della stessa, molto di più di quanto potrebbe ottenersi impiegando uno solo degli altri criteri indicati[560].

La natura stessa di tali criteri, ad esclusione forse del quarto, il quale non persuade se non alla luce di valutazioni di mera giustizia materiale, permette di considerarli come utili elementi dai quali muovere per giungere alla soluzione del problema che ci si pone.

Ed innanzitutto, val la pena sottolineare come certo ci si possa avvalere di una combinazione degli stessi al fine di identificare le situazioni contrattualmente protette in capo a soggetti terzi[561].

Anche se le perplessità espresse[562], in merito al fatto che tali criteri possano essere solutivi nell'identificare quali siano i soggetti terzi legittimati ad essere protetti dalla protezione contrattuale, potrebbero essere facilmente spiegate e, forse, anche diradate ove si tenesse conto della seguente circostanza.

Ad avviso di chi scrive, infatti, quella del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi più che una semplice categoria contrattuale sembra integrare, a ben vedere, l'ipotesi di una fattispecie generale o meta-categoria contrattuale e, dunque, ontologicamente idonea a ricomprendere al suo interno diversi tipi contrattuali.

Partendo da una tale considerazione, sarebbe forse più opportuno ritenere che debba procedersi, con l'individuazione di criteri identificativi relativi a due differenti ordini: uno attinente alla categoria generale del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, l'altro relativo, invece, ai singoli tipi

---

(560) DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 19 e 20 richiamando le ragioni della nascita della categoria del contratto a favore di terzo in Germania, osserva che «*non è da sottovalutare, in primo luogo, come quella del «contratto con effetti protettivi verso terzi» è categoria che, secondo i suoi stessi propiziatori, nasce all'insegna dell'esigenza di colmare le «debolezze» che presenta il regime del torto. Il che val dire che la categoria si orienta allo scopo di estendere la tutela del contratto ad interessi che, per definizione, dovrebbero essere tutelati solo per via del torto. Ove, al contrario, non sia in questione un interesse di tipo aquiliano del terzo (e cioè un interesse della propria persona o cosa) ma un interesse di esso che si dirige alla prestazione dovuta (v. caso del testamento in fare della figlia la cui redazione è affidata all'avvocato), la via torna ad essere quella del contratto e, segnatamente, quella del contratto a favore di terzo. L'alternativa (al contratto a favore di terzo) sarebbe, in tal caso, il diniego di tutela ad un interesse (contrattuale) del terzo estraneo*».

(561) DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, cit., 113 il quale *ivi*, a proposito dell'esperienza tedesca, riferisce alla nota 3 come tuttavia «*non è sempre chiaro l'ordine con il quale siffatti criteri debbano essere disposti o organizzati e cioè se sono autonomi o l'uno è destinato ad integrarsi con l'altro*».

(562) Si veda, per tutti, DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 15 ss.

contrattuali riconducibili alla categoria in oggetto. Ecco che, allora, la ricerca di criteri puntuali e specifici condotta a prescindere da una tale riflessione non potrebbe che rivelarsi infruttuosa; è intuibile come, in una tale prospettiva, detti criteri apparirebbero sempre imperfetti, poiché subirebbero lo iato tra categoria generale e singola fattispecie contrattuale considerata[563].

Un tale approccio ricostruttivo alla categoria in esame, potrebbe avere un ulteriore vantaggio.

Una volta qualificato il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi come categoria generale, la sussunzione all'interno di questa di diversi tipi contrattuali permetterebbe di ricostruire tali ipotesi in termini di contratti dotati di efficacia protettiva tipica nei confronti di determinati terzi. Si intende che una fondata qualificazione in tal senso, permetterebbe di attribuire ad ogni ipotesi contrattuale considerata la propria specifica portata protettiva, consentendo un'individuazione tipica, seppur da effettuarsi alla stregua del caso concreto, di chi siano i soggetti terzi da doversi considerare protetti in quel dato rapporto obbligatorio.

Emblematico appare, in tale prospettiva, il caso del contratto concluso tra la gestante e la struttura sanitaria o il medico, al quale sin da Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503 è stato sempre riconosciuta efficacia protettiva nei confronti del nascituro nonché, successivamente, come si avrà modo di approfondire, anche nei confronti del padre e dei fratelli/sorelle di questo[564].

---

(563) Una conferma indiretta di un tale ragionamento si può rinvenire in CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit. 169, il quale, a proposito del criterio della prossimità del terzo rispetto ad una delle parti e, dunque, basato sul rapporto tra questi esistente, osserva «*questo criterio risulta dalla generalizzazione operata sui casi decisi dalla giurisprudenza. I rapporti che legano il terzo ad una delle parti, sono in genere di parentela o di lavoro e sono caratterizzati da quell'obbligo di cura (Fürsorgeplicht) che la dottrina ha individuato come criterio generale delle fattispecie di protezione contrattuale del terzo. La generalizzazione, però, tipica forma della elaborazione dogmatica concettuale, non è corretta, perché tra le decisioni date dalla giurisprudenza ve ne sono alcune nelle quali non è dato riscontrare alcun dovere di protezione di una parte a vantaggio del terzo*». Analoghe considerazioni si ritiene possano essere svolte nei confronti degli altri criteri, allorché la generalizzazione prescinda dalle singole ipotesi.

(564) Si veda l'analisi riportata della pronunzia indicata nel paragrafo precedente. In particolare, per quanto qui di interesse, si pensi alla circostanza che la pronuncia analizzata abbia sancito la riconducibilità in capo al nascituro, proprio perché soggetto terzo protetto, di specifica tutela contrattuale idonea a fondare, in capo allo stesso, la legittimazione ad agire in via contrattuale avverso l'inadempimento della struttura ospedaliera; tutela che, a tutt'oggi, proprio nel senso espresso nel testo, appare tipico effetto di quella tipologia di

1.6 Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi: autonomia, relatività e terzi protetti.

Fermo quanto sin qui rilevato e ripromettendosi di tornare, a breve, sul tema dell'esatta individuazione dei terzi protetti, è necessario sottolineare un ulteriore aspetto fondamentale.

Non appare convincente postulare che il solo identificare con certezza i terzi destinatari degli effetti protettivi del contratto permetterebbe di superare il problema dell'estendibilità degli effetti derivanti dal contratto a soggetti terzi[565].

I criteri di cui sopra, a tutto voler concedere, potrebbero costituire un ausilio nell'identificare i soggetti terzi, ma solo dopo che si sia ammesso che il contratto possa spiegare i suoi effetti di protezione al di fuori delle sfere giuridiche delle parti, ed allo scopo di consentire al debitore della specifica prestazione di conoscere la portata del proprio obbligo.

Avuto riguardo all'esperienza tedesca[566], alla quale deve senza dubbio riconoscersi il merito di aver postulato per prima la categoria oggetto del presente lavoro, deve sottolinearsi come la stessa, ponendosi dalla nostra prospettiva, si sia di fatto limitata a sottolineare la necessità di tutela contrattuale nei confronti di determinati soggetti terzi, approntando a tal fine, anche per via giurisprudenziale, la categoria del contratto con effetti protettivi senza, però, giungere compiutamente a fondare una ricostruzione completa, soprattutto in merito allo strumento tecnico-giuridico in base al quale determinare l'estensione degli effetti[567].

---

contratti. Per i profili relativi all'estensione dell'efficacia protettiva del contratto concluso tra la gestante e la struttura ospedaliera o il medico si rimanda al successivo par. 2.4.

(565) I criteri ricordati, come più sopra precisato, sono stati postulati dalla dottrina e giurisprudenza tedesche, le quali, tuttavia, non sembrano aver mai considerato l'aspetto della relatività degli effetti contrattuali come un problema sul quale prendere posizione. Si veda, per tutti, DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto,* cit., 15 ss. nonché, *infra*, nel testo.

(566) Per una ricostruzione storica sul punto si vedano, fra gli altri, CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit. 128 ss. nonché VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi,* cit. 11 ss. e 53 ss.

(567) Sul punto CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit. 155 sottolinea come in merito alla possibilità di estendere gli effetti nei confronti di terzi sia necessario confrontarsi con il principio di relatività degli effetti del contratto. L'Autore osserva, infatti, sul punto che «*proprio nel condurre il discorso nell'alveo della problematica contrattuale si rende*

Il tema della relatività[568] non è questione che possa essere ignorata, ove ci si prefigga di cercare di approfondire la categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[569].

Se è vero che nel procedere del presente lavoro, si sono prese le mosse dagli obblighi di protezione e si è avuto modo di sottolineare come gli stessi sorgano in base all'interazione delle clausole generali di buona fede e correttezza e siano, dunque, riferibili al rapporto obbligatorio nella sua generalità, nondimeno gli obblighi di protezione dovranno essere coordinati con le peculiarità tipiche di ogni rapporto obbligatorio sorto. E, tra le peculiarità tipiche proprie del rapporto obbligatorio derivante da contratto, un aspetto fondante risulta essere quello disciplinato dall'art. 1372, secondo comma, del codice civile.

E proprio perché qualificante, dovrà essere considerato ed affrontato per verificare se effettivamente possa costituire un limite alla configurabilità della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, o meno[570].

---

però evidente il limite di fondo dei vari tentativi di ricostruzione, assolutamente ignari dell'ostacolo rappresentato dalla regola dell'efficacia inter partes *del contratto. La dottrina tedesca ha creduto di fondare dommaticamente l'estensione ai terzi dei doveri di protezione, quando si è in realtà limitata a mostrarne l'astratta possibilità: essa ha cioè il merito di aver messo in evidenza l'esigenza di una tutela più rigorosa a favore di certi soggetti, ma il torto di aver creduto di soddisfarla senza dare alla soluzione il necessario fondamento sistematico, al quale volenti o no occorre far riferimento per fissare il grado di attendibilità di una soluzione*».

(568) Si veda la nota precedente e, altresì, sul punto VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi*, cit., 24 e 170.

(569) Di diverso avviso su una tale necessità è LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 276 ss., in particolare 291 ss. e 294 ss.

(570) Concordi sull'esigenza di un tale momento di verifica sono VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi*, cit. 26, nonché CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela dei terzi*, cit., 155 e ss. i quali sottolineano come l'elaborazione della dottrina tedesca, inopportunamente, non si sia occupata di prendere posizione in merito al problema della relatività degli effetti contrattuali. Per una diversa impostazione del problema, si rimanda al pensiero di LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 290 ss.; in particolare, l'Autore muove dal presupposto che la tutela in capo a soggetti terzi sarebbe la medesima, sia in presenza di rapporti obbligatori *ex lege* sia nel caso di rapporti obbligatori derivanti da contratto, «*mette in risalto l'analoga esigenza dogmatica che accumuna le due ipotesi, e quindi la necessità di riferirsi a una veste formale degli obblighi di protezione*» unica (sul punto, alla pagina 291 vengono richiamate alcune ipotesi provenienti dall'esperienza tedesca). L'esistenza di obblighi di protezione, anche a prescindere dall'ipotesi contrattuale, metterebbe «*in evidenza che il contratto non è essenziale nella costruzione formale dell'effetto di protezione a favore del terzo e l'elemento principale che, come nella prospettiva debitore-creditore, giustifica il ricorso alle* Schutzpflicthen *è la relazione particolare che si instaura tra la sfera giuridica del terzo e quella di una dei soggetti dell'obbligo primario di prestazione*» (così l'Autore alla pagina 293). Appare, dunque, passaggio necessario, nel ragionamento svolto dall'Autore, che si rinvenga un

fondamento unitario per gli obblighi di protezione che possa essere valevole a prescindere dall'esistenza di un vero e proprio contratto. A tal proposito, viene richiamato il modello della *culpa in contrahendo* quale ipotesi di riferimento per l'insorgenza di obblighi di protezione, sganciati dall'obbligo primario di prestazione, in virtù della clausola generale di buona fede; obblighi di protezione che, proprio in virtù della loro asserita autonomia strutturale, sorgerebbero indipendentemente dal contratto. Tanto considerato, l'Autore rileva, alla pagina 298, che «*vien facile osservare che se prima dell'accordo è il diritto positivo, cioè la buona fede, a far sorgere le* Schutzpflicthen*, non v'è motivo perché anche dopo la conclusione di un contratto valido non possa essere la legge alla base di quegli obblighi. Anzi, si deve dire che tale autonomia non può non essere estesa agli obblighi di protezione che riguardano l'attuazione dell'obbligo di prestazione: se unica, infatti, è la regola da cui promanano, e ciò è indiscutibile, unica deve essere, in ogni momento, la natura ad essi attribuita*». Ed ancora, alla pagina 298, dopo aver ribadito la condivisibilità di una struttura complessa del rapporto obbligatorio, laddove coesistano l'obbligo primario di prestazione con obblighi di protezione, si rileva che «*è naturale che se la protezione si dirige nei confronti di un terzo, anziché dei soggetti della prestazione, non ha senso evocare la concezione dell'obbligo accessorio*». Sostanzialmente, dunque, viene affermato che nell'ipotesi di protezione del terzo «*che non vanta nei confronti della parte contrattuale un interesse creditorio specifico configura un rapporto simile a quello sottostante al modello della* culpa in contrahendo*, ossia un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*». Tutto ciò premesso, LAMBO, alla pagina 304, afferma che «*questo inquadramento unitario degli obblighi di protezione consente di superare tutte le difficoltà che si incontrano nell'ambito del discorso impostato in termini contrattuali. Si supera certo l'ostacolo costituito dal principio di relatività, che si presenta in quadro ricostruttivo della materia in cui tali obblighi appaiono come effetti integrativi del contratto*»; ed ancora, alla pagina successiva, proprio in merito alla posizione del terzo rileva che «*l'autonomia dell'obbligo di protezione fa sì che il rapporto tra una delle parti e il terzo è distinto da quello che corre tra le stesse parti. Se l'effetto di protezione non è un effetto del contratto, non v'è motivo alcuno per andare alla ricerca di una soluzione interpretativa atta a vincere l'ostacolo costituito dal dogma della relatività degli effetti contrattuali. Anzi, riconoscere autonomia all'obbligo di protezione e, a un tempo, porsi il problema della relatività dell'obbligazione appare addirittura contraddittorio. Non si tratta infatti di un obbligo che sussiste tra le parti del contratto ed esplica effetti a favore di terzi; è piuttosto un obbligo che nasce* ex lege *ed esiste direttamente tra una parte e un determinato terzo, per cui non viene affatto in considerazione il principio di relatività*». La tesi sopra sinteticamente ricostruita presenterebbe l'indubbio pregio di offrire una visione unitaria della teorica degli obblighi di protezione con tutti i vantaggi a questa connessa (si veda, in particolare, quanto affermato dall'Autore alla pagina 304). E pur tuttavia, la tesi proposta induce alle seguenti considerazioni. In particolare, l'idea in base alla quale la comunanza di fondamento degli obblighi di protezione giustificherebbe una disciplina unitaria e omogenea sotto ogni profilo, appare condivisibile solo ad un più generale livello di analisi. Ove si consideri che le differenti fonti dell'obbligazione, di cui al 1173 c.c., determinino l'insorgenza di rapporti obbligatori tra loro ontologicamente differenti sarà necessario, pena in difetto un approccio assolutistico e indifferenziato, considerare come gli obblighi di protezione si atteggino rispetto ai diversi rapporti obbligatori. E, avuto riguardo al tema delle obbligazioni derivanti da contratto, in particolare, il tema della relatività degli effetti del contratto non pare possa essere trascurato, pena uno stravolgimento sistematico del tipo di rapporto considerato. Comunanza di fondamento non significa, certo, uniformità di estrinsecazione degli obblighi di protezione che, invece, necessitano proprio di cogliere in concreto il rapporto a questi sotteso per poter meglio svolgere il compito per il quale sorgono. Sia consentito, inoltre, richiamare le parole di MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 369, che dopo aver ricordato come «*gli obblighi ausiliari di protezione hanno un contenuto autonomo rispetto all'obbligo principale di prestazione*» aggiunge *ivi* alla nota 17: «*contenuto autonomo e non anche natura autonoma*» e in ID., *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 512, sempre a proposito degli obblighi di protezione rileva che «*alla stregua dell'art. 1175 e, nella misura in cui sono da esso coinvolti, gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di* neminem laedere*, bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti. Il rapporto obbligatorio, inteso come rapporto fondamentale, non è un'entità normativa ontologicamente distinta da singoli obblighi e diritti che lo costituiscono, né nemmeno è semplicemente la loro*

Innanzitutto, richiamando quanto detto, può ribadirsi come il principio di relatività debba essere letto in maniera coerente con il nostro attuale sistema giuridico e, altresì, colto in una prospettiva che tenga conto delle numerose eccezioni che affliggono il principio stesso[571].

Come noto il principio della c.d. relatività degli effetti del contratto viene ricondotto, in qualità di corollario, al principio dell'autonomia privata o, specificamente, contrattuale ed al ruolo che in questo viene riconosciuta alla volontà delle parti[572].

---

somma. Esso possiede una sua autonomia in quanto i singoli elementi sono essenzialmente determinati dalla loro posizione nella struttura unitaria del rapporto; se ne fossero separati cesserebbero di essere ciò che prima erano». Tanto considerato, anche l'ipotesi di cui all'art. 1337 c.c. dovrebbe essere generalizzata, ed impiegata analogicamente, con molta attenzione tenuto conto delle peculiarità proprie della responsabilità precontrattuale. Se è vero che «*gli obblighi di protezione sorgono già nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337), e in questo stadio costituiscono un rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti* ex lege», è altrettanto vero che se si vuole parlare di rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, a proposito degli obblighi autonomi di protezione insorti nella fase delle trattative e della formazione del contratto, (così MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 3.2), bisognerà poi tener presente che tale concetto non potrà essere analogicamente impiegato ove le parti non entrino in contatto proprio al fine di condurre trattative o concludere in contratto. Sotto tal profilo, si rimanda a quanto rilevato *infra* ai parr. 2.2 e 2.3. In merito a quanto asserito da LAMBO, e più sopra ricordato, dopo aver rilevato come il rinvenire il fondamento nella clausola di buona fede e, dunque, nella legge non sia di per sé elemento sufficiente a non considerare il problema della relatività degli effetti contrattuali, sia consentito anticipare qui una considerazione sulla quale si avrà modo di tornare nel testo: l'impiego della clausola generale di buona fede necessita di una previa determinazione o determinabilità delle parti coinvolte nel rapporto considerato. Sotto tale profilo, in particolare, non appare convincente l'idea di porre sul medesimo piano la posizione del terzo e quella della parte, anche avuto riguardo alla pregnanza delle espressioni impiegate nelle norme che postulano l'operatività delle clausole di buona fede e correttezza, che sono solite impiegare espressioni come *parti* e/o *creditore* e/o *debitore* identificando, quindi, implicitamente i limiti oggettivi dell'operatività delle stesse. Ed ancora, la lettura riproposta nel presente lavoro, sulla quale *infra* nel testo, in particolare riguardo i terzi protetti del contratto, del principio di solidarietà costituzionale e delle clausole generali di buona fede e correttezza come di un sistema sinergico in grado di operare a tutela delle diverse sfere giuridiche dei soggetti coinvolti dalla vicenda obbligatoria, chiarirà come il fenomeno protettivo possa essere considerato ben oltre una lettura in termini di effetti integrativi. Che gli obblighi di protezione nascano dalla buona fede, e dunque dalla legge, è assunto che può condividersi ma resta sempre il contratto, ove vi sia, la ragione per la quali detti obblighi sorgono ed è proprio il perimetro delineato dalla vicenda contrattuale a fornire i riferimenti necessari, sia per individuare chi siano i terzi protetti, nonché per comprendere come si possano estrinsecare in quella vicenda concreta gli obblighi di protezione e quali comportamenti, in tale prospettiva, integrino un'ipotesi di inadempimento.

(571) Si veda quanto considerato nei parr. 1.2 e 1.3 della seconda parte.

(572) Esula dallo scopo della presente trattazione quello di affontare in maniera esaustiva il tema dell'autonomia privata; ci si occuperà solo di quei, limitati, profili attinenti al tema che qui interessa. In ogni caso, senza alcuna pretesa di completezza, sul rapporto tra relatività contrattuale e autonomia privata, oltre ai contributi già segnalati ai parr. 1.2 e 1.3 della seconda parte, e per un iniziale inquadramento sul tema dell'autonomia privata, delle diverse teorie nonché delle problematiche connesse, senza alcuna pretesa di completezza, si

A tal ultimo proposito, bisogna muovere dall'acclarata premessa in base alla quale, alla luce del fenomeno di eterointegrazione del contratto, il potere di determinare il contenuto dello stesso non possa essere ricondotto esclusivamente alla volontà[573] delle parti[574].

Semplificando, dunque, è possibile affermare come l'insieme degli effetti riconducibili ad un dato rapporto contrattuale trascenda la semplice volontà delle parti. Volontà delle parti ed effetti del contratto, dunque, non risultano concetti tra di loro sempre sovrapponibili[575]. Tale discorso appare tanto più evidente, ove si tenga presente che lo iato tra il voluto e l'effetto concretizzatosi, non è dato solo dalla semplice traduzione che l'ordinamento effettua dell' atto di autonomia privata per il solo fatto di accoglierlo al

---

rimanda a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 39 e ss. e la bibliografia ivi indicata; ID., *Autonomia privata,* in *Novissimo Digesto Italiano, I,* Torino, 1958, 1559 ss; FERRI, *L'autonomia privata,* Milano, 1959; PUGLIATTI, *Autonomia Privata,* in *Enciclopedia del diritto, IV,* Milano, 1959, 366 ss.; ROMANO, *Autonomia privata,* Milano, 1957 ; ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti,* Milano, 1959; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, già in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1-20 ora in ID., *Scritti I, Metodo e teoria giuridica,* Milano, 2011, 100-122 ed i riferimenti indicati nel testo; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 314 ss. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, soprattutto 100 ss.; più di recente, MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà,* Milano, 2007; PALERMO, *L'autonomia negoziale,* Torino, 2015; DELFINI, *Autonomia privata e contratto,* Torino, 2015. Si veda, anche, la *Relazione al codice civile*, n. 622, ove è dato leggere che: «*la concezione individualistica che il liberalismo mutuò dalla dottrina del diritto naturale, portò nel campo della autonomia privata il mito di una libertà virtualmente sconfinata dell'individuo e indusse a considerare il contratto come una manifestazione di volontà individuale, la cui sostanza venne ravvisata nella volontà reale e il cui effetto venne commisurato prevalentemente alla stregua di questa. Il dogma della volontà* […] *poneva come regola che nessuno possa restare impegnato se non nel senso e nella misura in cui l'abbia voluto*».

(573) Sul tema la letteratura è sterminata; per tutti si veda GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, 1046 ss. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 13, sottolinea come «*la realtà presente caratterizzata dall'emersione di nuovi limiti alla liberta negoziale, a volte attraverso l'uso di strumenti già noti, quali l'espansione del principio di buona fede*»; ed ancora, alla pagina 15, l'Autore sottolinea, a proposito del fenomeno dell'integrazione legale, che «*la sostituzione legale delle clausole contrattuali «facendo violenza alla naturale inscindibilità della volontà contrattuale» rinnega i principi concernenti il ruolo che alla volontà è assegnato nel negozio giuridico, approvando una profonda deroga, forse la più grave, al dogma dell'autonomia privata «sostituita» dalla regola legale che da quella trae solo la sua occasione*». Si veda anche, di recente, Gambino, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 46 ss.

(574) Sul punto, si veda RODOTÀ, *Le fonti d'integrazione del contratto,* cit., 34.

(575) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 291 rileva, all'esito di una breve digressione sull'evoluzione del concetto di autonomia privata, come questa «*classicamente intesa, è divenuta, in un largo settore del diritto privato, nient'altro che l'ombra di sé stessa*»; ed ancora *ivi* lo stesso Autore: «*il privato non è più il signore assoluto del contratto e ciò che l'ordinamento gli consente di porre in essere in termini di autonomia appare sempre di più in balia di una beffarda eterogenesi dei fini*».

proprio interno[576] ma, soprattutto, dalla circostanza che sia l'ordinamento stesso a farsi partecipe del medesimo atto di autonomia[577]; dunque, è ben possibile che gli effetti riconducibili in capo al contratto siano, o possano essere, ben lontani dal voluto delle parti. Dunque, già sulla base di quanto appena rilevato, muta la prospettiva[578] nella quale inquadrare l'idea del principio di relatività degli effetti del contratto, quale corollario dell'autonomia privata[579]. Ed allora, la circostanza per la quale il privato possa trovarsi vincolato ad un rapporto contrattuale che non ha determinato o che ha determinato a condizioni differenti, «*quale barriera, prima che giuridica psicologica, può ancora trattenere l'interprete dall'affermare la possibilità che il contratto produca effetti anche nelle sfere di certi terzi?*»[580].

Tenuto conto di quanto sin qui, brevemente, considerato appare evidente come debba ritenersi definitivamente acclarata la consapevolezza che il piano degli effetti contrattuali non possa ritenersi coeso con quello della volontà e, dunque, come non si possa considerare la «*volontà, o dell'autoregolamento dei privati, come* [unica] *fonte di imputazione degli effetti*»[581].

---

(576) SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ., 1964,* 1359.

(577) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 292; ed ancora, sul ruolo dell'ordinamento nella determinazione dell'assetto contrattuale come lo stesso sia preposto «*non più, se si vuole,* [al] *l'accertamento del prodursi di un effetto naturale pur nell'ignoranza delle parti o, più in generale,* [al] *l'operare automatico delle norme dispositive o di quelle attinenti all'«amministrazione» del contratto durante lo svolgimento del rapporto, bensì* [al] *la partecipazione radicale, fino a diventare esclusiva, della fonte eteronoma nella risoluzione medesima del conflitto di interessi che sollecita il «contratto»*».

(578) Sulla relatività e necessità di contestualizzare storicamente il concetto dell'autonomia privata si veda PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 314 ss.

(579) A tal riguardo CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 293 rileva come avrebbe senso parlarne di una tale relazione, solo ove si potesse postulare l'autonomia privata allo stato puro e che «*dal punto di vista storico, poi, il principio, se mai pur allora più che un principio non sia stato altro che una linea di tendenza mascherata dalle vesti di una norma inderogabile, poteva avere senso in un contesto socio-economico essenzialmente caratterizzato, da un punto di vista sociale prima che giuridico, dalla bilateralità dei rapporti, dove il contratto rappresentava l'inizio e la fine della nuova destinazione di un bene*»; ma di certo oggi, una tale impostazione, non appare più condivisibile. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 19: «*qualificata l'autonomia privata come situazione di potere il problema che si pone è invece quello di individuarne la fonte, l'ambito entro il quale può considerarsi attribuito ai privati, le condizioni per il riconoscimento dell'atto in cui si esprime da parte dell'ordine giuridico e la sua assunzione a negozio*».

(580) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 294, considerato come il contratto possa assumere il valore di un regolamento subìto, più che accettato dalle parti.

(581) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 325; si veda, altresì, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 100.

Come già ricordato, la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi postula il superamento del principio di relatività, attraverso l'estensione, a beneficio di soggetti terzi, di quegli obblighi di protezione insorti tra le parti di un rapporto contrattuale, per effetto delle inderogabili clausole generali di buona fede e correttezza.

Un passaggio obbligato, in tale direzione, sarà quindi quello di analizzare quale sia il meccanismo, ove questo vi sia, in base al quale poter estendere tali effetti anche a soggetti terzi qualificati.

Ed, infatti, se la buona fede e la correttezza appaiono strumenti idonei a fondare l'insorgenza gli obblighi di protezione a carico delle parti all'interno del contratto, non si può parimenti affermare l'idoneità delle stesse a consentire l'irradiamento di tali effetti nei confronti di soggetti terzi, considerato come le stesse norme siano solite operare fra "parti"[582].

Se, quindi, lo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale fondare un superamento del principio di relatività contrattuale non può essere quello della buona fede, la ricerca dovrà indirizzarsi verso altra categoria normativa.

Ma prima di poter giungere ad una soluzione in tal senso, sembra necessario effettuare ulteriori considerazioni in merito al dogma della relatività contrattuale. Fino a questo momento si è segnalato come non appaia condivisibile attribuire una portata illimitata al principio di relatività, considerato come sia già lo stesso codice civile a prevedere delle specifiche eccezioni allo stesso e come una lettura non assoluta del concetto di autonomia privata debba dar luogo, parimenti, ad una accezione tutt'altro che assoluta della relatività contrattuale.

Pertanto, sarà ora necessario provare a soffermarsi sul contenuto e la portata del principio stesso: se, dunque, e per quali effetti possa ritenersi operante e in che misura.

In tal senso, una breve considerazione storica potrebbe consentire di inquadrare la questione nella sua giusta dimensione.

---

(582) In questo senso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 192 ed ancora, a tal riguardo, l'Autore rileva, alla pagina 232, che «*la buona fede cioè presuppone la determinazione dei soggetti tra cui il rapporto corre, non può essa medesima fungere da criterio di individuazione delle sfere soggettive sulle quali incide l'efficacia del contratto. Tale funzione va riconosciuta ad una categoria normativa diversa*».

Appare non condivisibile il pensiero in base al quale l'ipotesi prevista al secondo comma dell'art. 1372 si risolverebbe unicamente in quella di cui al 1411 sia avuto riguardo al tenore letterale della norma, sia alla portata sistematica delle stesse[583].

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, basti rilevare che se fosse vera l'affermazione secondo la quale l'art. 1411 costituirebbe l'unica applicazione della previsione di cui al 1372, 2° comma, quest'ultima si rivelerebbe disposizione del tutto inutile[584].

Come visto, la Relazione al codice civile[585] già fornisce una chiara indicazione di come la figura del contratto a favore di terzo costituisca ipotesi generale e non qualificabile in termini di eccezionalità rispetto all'asserito dogma della relatività[586]; il che, unitamente a quanto rilevato, permette di affermare «*quella che si potrebbe dire la … relatività del principio di relatività*»[587].

Ma, dunque, al di là della sua effettiva estensione e consistenza, è possibile ritenere che la disposizione di cui all'art. 1372, 2° co., abbia recepito nel nostro ordinamento il medesimo principio di relatività degli effetti del contratto proveniente dal codice del 1865[588]?

---

(583) Concorde CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 198 e ss.; si veda, altresì, il par. 1.3 della seconda parte.

(584) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 196 il quale afferma sotto il profilo letterale come, se l'art. 1411 fosse la concretizzazione, riduttiva, della norma di cui al 1372, 2° co., sarebbe dovuta essere formulata all'incirca come «*il contratto produce effetti a favore di un terzo qualora uno dei contraenti (lo stipulante) vi abbia interesse*»; mentre, l'impiego della formula adottata «*è valida la stipulazione a favore di un terzo*» fa propendere che in tale ipotesi si sia voluta «*disciplinare solo una figura specifica, incapace come tale di esaurire l'intero ambito applicativo dell'art. 1372, 2°co.*».

(585) Cfr. *Relazione al codice civile*, n. 643.

(586) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 196: «*con ciò non si vuole certo affermare che il contratto a favore di terzi non possa più essere considerato nella prospettiva del principio di relatività: quel che dalla nuova disciplina risulta è l'impossibilità di leggere l'uno in funzione dell'altro e viceversa*». Sotto tale profilo, secondo l'Autore basterebbe avere riguardo, anche, all'evoluzione storica della figura della rappresentanza; si veda, a tal proposito, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 197 ss. che rileva come «*già nel secolo scorso infatti proprio la rappresentanza a favore di terzi costituì una cittadella moderna in seno del principio romanistico degli effetti del contratto*».

(587) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 205.

(588) Questo è l'interrogativo che si pone CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 207 e, ancora, lo stesso Autore alla pag. 210 rileva come «*l'affermazione comune, secondo cui il nostro codice vigente ha sancito la regola della relatività degli effetti del contratto, più che risultare da un'attenta ricostruzione ermeneutica del testo della norma appare un assunto germinato dal dato normativo anteriore e sul quale l'insistenza del consueto ha prodotto*

Nel rispondere a tale quesito, pare quanto mai opportuno seguire un percorso già tracciato[589].

Come noto, l'art. 1372 è composto da due differenti disposizioni: quella di cui al primo comma che trova il suo antecedente nell'art. 1123 del codice del 1865[590] e quella di cui al secondo comma riconducibile all'art. 1130 del codice previgente[591]. Tralasciando il primo comma dell'art. 1372, estraneo alla questione qui considerata, può rilevarsi come non si possa dare coincidenza tra la disposizione contenuta all'art. 1130 nel codice civile abrogato e quella di cui alla seconda parte dell'attuale art. 1372.

Ed infatti, nella norma più recente non compare più la prima parte della norma abrogata, in base alla quale era previsto che «*i contratti non hanno effetto che tra le parti contraenti*», eliminando, dunque, la «*contraddizione annidata nel corpo della norma antica*»[592], con la conseguenza di rendere maggiormente agevole la possibilità di affermare una idoneità allargata del contratto a produrre effetti nei confronti dei terzi.

Il risultato teorico che si ottiene da una tale considerazione è che la regola generale, ora, è nel senso che il contratto produca i propri effetti nei confronti dei terzi ove la legge lo preveda[593].

Tanto premesso, dunque, appare difficile sostenere che il dato normativo del codice del 1942 non abbia comportato un evidente guadagno in termini di efficacia soggettiva in capo al contratto, distaccandosi da quel principio di

---

incrostazioni difficili da dissolvere»; sempre *ivi*, alla nota 57, CASTRONOVO ricorda come «*l'attuale art. 1372 trae origine, come si è detto, da due diverse norme del codice del 1865: gli artt. 1123 e 1130. Il primo comma dell'art. 1372 risulta dalla fusione dei due commi dell'art. 1123 e il secondo comma, con il taglio radicale di cui si dà spiegazione di seguito nel testo, dall'art. 1130*».

(589) Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 211 ss.

(590) Che così disponeva: «*i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge*».

(591) In base al quale «*i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge*», norma che già segna un ulteriore passo avanti rispetto all'omologa disposizione di cui all'art. 1121 *del Code Napoléon* nel quale l'unica eccezione considerata era la *stipulation pour autrui*; così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit.,211.

(592) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 213.

(593) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 214: «*non esiste più la vecchia regola generale (i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti) e al posto di essa è subentrata l'antica eccezione: «*il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge»».

relatività che solo nella vigenza del codice del 1865 poteva essere sostenuto nella sua valenza assoluta.

Pertanto, pur rimasto fermo il limite della previsione legislativa dei casi nei quali il contratto possa produrre effetti nei confronti di terzi, può affermarsi come nel nostro ordinamento non debba trovare più asilo la relatività degli effetti contrattuali: «*essa è attuata di fatto, nella misura in cui «i casi previsti dalla legge» restino talmente limitati da indurre un lettore non attento a ritenere che la limitazione sia dovuta alla natura eccezionale di essi rispetto a una regola che in realtà non esiste più*»[594].

Dunque, può ben convenirsi come sotto il profilo dell'efficacia soggettiva del contratto, il concetto di autonomia privata, che si voleva ricollegato a quello della relatività degli effetti del contratto, appare doversi cogliere in una prospettiva diversa[595] e dotato di una effettività tutt'altro che illimitata.

Tutto ciò considerato, si tratta ora di affrontare il tema dell'efficacia soggettiva degli effetti del contratto, alla luce di una nozione di autonomia privata che tenga conto di quanto sin qui rilevato.

Come più volte sottolineato, nella prospettiva del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, è necessario affrontare il problema di quale possa essere lo strumento, idoneo a fondare l'estensione degli effetti del contratto a beneficio di determinati terzi.

Fino a questo momento si è avuto modo di rilevare come una tale funzione non possa essere ricondotta in capo alla buona fede[596]; parimenti si è

---

(594) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 217 che rileva, altresì, come «*nell'art. 1130 i casi stabiliti dalla legge avevano – nell'intenzione del legislatore subito fatta propria dalla dottrina – la funzione di limitare l'assolutezza del principio di relatività, onde essi non avrebbero mai potuto diventare così incisivi da distruggere il principio stesso*». Ed ancora «*è dunque solo rimasta la tipicità dei casi previsti dalla legge, i quali possono però crescere fino al punto consentito dal rispetto dello spazio attualmente occupato dall'autonomia privata*».

(595) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 222: «*la vecchia norma del codice del 1865, la quale disponeva non produrre il contratto effetti che tra le parti contraenti, consentiva di identificare relatività e autonomia privata. Venuta meno, come si è visto, quella disposizione, il concetto di autonomia non può più essere parametrato in chiave di relatività e trova in altre categorie la sua dimensione*».

(596) Si segnala, tuttavia, a tal proposito MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit. che a proposito del principio di buona fede di cui all'art. 1375 osserva: «*questo principio invece, del quale il concetto di correttezza non è che una variante, assume esso stesso il ruolo di fonte di integrazione del contratto per la salvaguardia dell'interesse di protezione di ciascuna parte, e anche di terzi legati a una di esse da particolari rapporti che li associano al medesimo rischio specifico*». A prescindere dal fondamento dell'estensione, appare evidente anche nel pensiero di tale

affermato come non appaia più attuale una nozione di relatività degli effetti del contratto di portata generale.

Appare necessario l'uso di una diversa categoria normativa che, tenuto conto della posizione di fatto e di diritto nella quale si trovino determinati soggetti terzi, sia idonea a giustificare un'estensione degli effetti del contratto, al fine di apprestare quella medesima specifica tutela che l'ordinamento conferisce alle parti che si trovino esposte allo stesso rischio.

Tanto considerato, e nell'ottica del presente lavoro, si ritiene calzante il riferimento al principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, tenuto conto della funzione che questa ricopre nella promozione «*delle situazioni soggettive dei consociati attraverso l'imposizione di doveri inderogabili a ciascuno di essi*»[597].

Forte della sua consacrazione costituzionale, la solidarietà, si pone quale criterio idoneo ad indicare «*l'obiettivo assegnato dall'ordinamento all'autonomia privata e alla responsabilità civile*»[598], permettendo di spostare la prospettiva sui rapporti soggettivi, che si concretizzano all'interno del nostro ordinamento, da una visuale atomistica ad una sociale[599] e atta a svolgere una

---

Autore come l'esposizione ad un rischio di lesione della sfera giuridica, analogo a quello di una delle parti, debba comportare la medesima tipologia di tutela anche nei confronti di determinati soggetti terzi. In merito al tema affrontato nel testo, pare appena il caso di sottolineare come altro è il fondamento genetico degli obblighi di protezione, altro è il fondamento che permette l'estensione dei medesimi.

(597) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 134; si veda, altresì, il par. 1.7 della prima parte del presente lavoro.

(598) Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 140; sempre lo stesso Autore, alla pagina 223, rileva come la funzione da attribuire alla solidarietà costituzionale sia quella «*di aggiungere un secondo punto di vista a quello di impronta individualistica da sempre presente nella considerazione delle situazioni soggettive*».

(599) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 223; sul punto l'Autore, alla pagina 133, riporta le parole di LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967 che alla pag. 52 rileva come «*la nozione costituzionale di solidarietà* […] *tende invece a coincidere con quella di integrazione*». Ed ancora alla pagina 136 CASTRONOVO rileva come «*per ciò che attiene alla stretta materia privatistica si tratta, però, di individuare il livello al quale la solidarietà opera e cioè se essa vada riferita alla statica delle situazioni soggettive, come principio cioè che sovraintenda alla tutela di esse, o invece alla dinamica, con ciò volgendosi a presiedere alla provincia dell'attività giuridica; se i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. siano cioè una enfatizzazione della tutela delle situazioni soggettive o invece affettino queste ultime al livello attivo dell'esercizio di esse; se, in fine, con riferimento al danno la solidarietà costituisca per così dire un incremento della posizione del danneggiato o un limite gravante sulla sfera di chi viene fatto responsabile. Il concetto di integrazione nel quale abbiamo visto tradurre la solidarietà indica con chiarezza che la soluzione è nel secondo senso, essendo l'integrazione un risultato che si consegue a livello dinamico, sia attraverso il puro esercizio o godimento delle situazioni soggettive*

funzione di promozione delle situazioni soggettive dei consociati; l'ambito dei rapporti negoziali e contrattuali appare come uno di quelli nei quali maggiormente possa estrinsecarsi tale funzione della solidarietà sociale[600].

Ed è proprio nel contesto negoziale e contrattuale che la solidarietà costituzionale ha trovato un sicuro riferimento, nella concretizzazione attraverso le clausole di correttezza e buona fede[601], attraverso le quali permette di riconsiderare il concetto di autonomia privata[602] e di estensione soggettiva degli effetti del contratto[603]. Questo significa, anche alla luce di quanto sin qui considerato, che le sfere giuridiche delle parti del contratto non debbano necessariamente essere le uniche a risultare coinvolte da un dato

sia attraverso l'esercizio qualificato di esse che si realizza mediante l'atto di autonomia»; si veda anche la nota successiva.

(600) Cfr. PALERMO, *L'autonomia negoziale,* cit. 39: «*il negozio giuridico, sebbene posto in essere per costituire, regolare o estinguere rapporti tra singoli individui, ha una sua precisa rilevanza sul piano sociale, rappresentando un punto di emersione di quel sistema di convivenza, oggi consacrato dalla Costituzione (art. 2), nell'ambito del quale la personalità di ciascun individuo viene a svolgersi*».

(601) Si veda anche MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 393, nota 35: «*è certo comunque che gli obblighi di correttezza, la cui osservanza è imposta vicendevolmente al debitore e al creditore dal criterio della buona fede, si desumono dai principi di solidarietà che ispirano la moderna comunità statale, in contrapposto alla società individualistica di tipo ottocentesco*».

(602) Cfr. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione,* cit. 108: «*in un secondo senso, più importante, i diritti fondamentali, intesi come principi oggettivi, costituiscono parametri valutativi per l'interpretazione/concretizzazione delle clausole generali del diritto civile in materia di autonomia negoziale: a) obbligo di correttezza tra debitore e creditore (art. 1175 c.c.), avente una funzione di collaborazione reciproca in ogni fase del rapporto per la salvaguardia degli interessi di ciascuna parte; b) principio della buona fede precontrattuale, che regola il comportamento della parti nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), oppure nei contratti-standard con i consumatori dove è esclusa la fase della trattativa, assoggetta ad un controllo di ragionevolezza le condizioni che «*determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» *(art. 1469-bis c.c.); c) principio della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1366, 1375, 1440, comma 2, c.c.); d) clausole dell'ordine pubblico e del buon costume (artt. 5, 634, 1343, 1354, comma 2, 2035 c.c.) che prescrivono agli atti di autonomia privata limiti di liceità ulteriori a quelli derivanti da specifiche norme proibitive*»; ed ancora,si rinvia alla pag. 109 in merito allo sviluppo delle clausole di buona fede e correttezza come strumenti di controllo dell'autonomia privata. Si veda anche RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 177, il quale rileva, in una prospettiva collegata, come la «*correttezza si pone veramente come complesso di regole che restringono "la libertà di scelta ai fini dell'azione e della qualità di comportamento", incidendo direttamente sul contenuto dell'atto. Si tratta, dunque, di una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa, e più precisamente di una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322*».

(603) In questo senso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 226, rileva come «*la solidarietà infatti come tale tende a trascendere la dimensione propria del singolare nella misura in cui proprio il realizzarsi di essa all'interno di ciascun rapporto è solo strumentale, nell'ambito privatistico, al realizzarsi di essa come obiettivo generale dell'ordinamento*».

regolamento contrattuale[604]. Sotto tale profilo, la logica individualistica deve cedere il passo ad una reinterpretazione conforme a Costituzione del rapporto contrattuale[605], che tenga conto anche del rispetto di quelle sfere giuridiche di soggetti terzi che siano implicate in un dato rapporto contrattuale[606]. Oltre a ciò, deve evidenziarsi come la qualifica di terzo, rispetto al tema oggetto della presente ricerca, debba essere declinato correttamente, allorché si tenga in considerazione che, impiegando il filtro della solidarietà costituzionale, non tutti i terzi vengano a trovarsi nella stessa posizione rispetto al contratto concluso essendo, alcuni di questi, posti in una posizione che li rende prossimi allo stesso rapporto e ne espone le sfere giuridiche ad un rischio analogo a quello rinvenibile in capo alle parti[607].

---

(604) PALERMO, *L'autonomia negoziale,* cit. 52: «*per ciò che concerne la solidarietà – quella alla quale fa riferimento l'art. 2 cost. – essa va specificamente intessa come criterio di attuazione e mantenimento dell'equilibrio fra le sfere soggettive, implicate dal contatto sociale*».

(605) FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile* in *Riv. dir. comm.*, 1969, 384: «*l'atto individuale deve necessariamente realizzare quel grado di socialità e di solidarietà che gli è richiesto*».

(606) Si veda LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata,* cit., 28: «*non è esatto, a nostro avviso, esaurire la funzione della solidarietà facendo unicamente leva sugli aspetti simpatetici normativamente recepiti, che disciplinano, nel dovere del rispetto reciproco, l'occasionale e generico contatto tra sfere autonome di interessi ruotanti nello spazio giuridico. Deve essere rilevato, altresì, un'ulteriore dimensione del principio di solidarietà, che si qualifichi anche all'interno di situazioni giuridiche influenzandone l'esercizio, allorquando la destinazione oggettiva esprima poteri o funzioni non isolabili singolarmente ma, comunque, rappresentativi di interessi altrui. Ciò può verificarsi in ragione del fatto che, nel contesto funzionale del rapporto, coesistano o si colleghino alla matrice soggettiva altri centri di interessi, individuali o familiari (ovvero di gruppo creditorio); funzioni rappresentative, in via diretta o mediata, di interessi altrui; ovvero, infine, emergano nel settore delle obbligazioni, situazioni contingenti che limitino l'utilizzazione concreta del bene da parte del titolare*». Cfr. anche PALERMO, *L'autonomia negoziale,* cit. 45, il quale a proposito del rapporto tra i valori proprio del «*diritto dei privati*» e quelli «*dell'ordinamento statuale*» e del punto di fusione segnato dalla Costituzione, osserva che: «*la Carta repubblicana, fondando la giuridicità dell'ordinamento sull'intangibilità dei diritti umani, che rendono ciascun individuo libero di svolgere la propria "personalità", perseguendo sul piano sociale tutti gli interessi che ne costituiscono espressione, ha recepito, e ineludibilmente fatto proprio, il principio di ragione, alla stregua del quale le determinazioni individuali divengono suscettibili, in quanto per sé meritevoli, di assumere rilevanza giuridica. E poiché tale principio, denso di valore assiologico, oltre a trarre origine dalla loro naturale matrice, si costituiscano, si svolgano e si realizzino nel costante equilibrio di tutte le sfere soggettive, sulle quali essi vengono ad incidere, è stato posto, nella sua parte immodificabile, il corollario per il quale la libertà dell'individuo di autodeterminarsi non può che correre sui binari della solidarietà e della parità, non solo formale, ma sostanziale (artt. 2 e 3)*».

(607) A tal riguardo CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 228 afferma come «*la categoria di terzo non copra più l'intera area dei soggetti che non sono parti originarie del rapporto, perché all'interno di essa il principio di solidarietà crea il discrimine tra i terzi* tout court *e terzi che in maggiore o minore misura vengono coinvolti nel rapporto, nella stessa misura trasformandosi in parti*» e, ancora, alla pagina 230 «*non tutti i terzi sono da mettere sullo stesso piano di irrelatività rispetto al contratto*»; si veda anche il pensiero di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 265, secondo il quale, in una interessante prospettiva, «*è da qualificare*

Ed è proprio la categoria generale del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, a poter costituire lo strumento tecnico idoneo a tutelare tali terzi qualificati.

Ma, come accennato in apertura del presente paragrafo, per poter giungere a tale auspicato risultato, appare necessario riflettere ulteriormente sul fondamento che possa giustificare l'estensione a soggetti terzi degli obblighi di protezione sorti per effetto del contratto.

Come si è già avuto modo di puntualizzare, la teoria degli obblighi di protezione pone a fondamento degli stessi le clausole generali di buona fede e correttezza; e non appare persuasiva la tesi secondo la quale la buona fede sarebbe idonea determinarne l'estensione a vantaggio di quei terzi che si trovino in una posizione qualificata, rispetto al contratto concluso[608]. E non perché, in assoluto, non rilevi l'applicazione della clausola di buona fede, che resta sempre lo strumento idoneo a fondare gli obblighi di protezione, ma perché l'applicabilità della medesima postula l'individuazione, altrimenti, dei soggetti fra i quali quel determinato obbligo, o quegli obblighi, verranno a sorgere[609].

Per fondare l'estensione degli effetti protettivi nei confronti di terzi non potrà, quindi, impiegarsi la clausola generale di buona fede o, quanto meno, non questa da sola.

---

terzo […] *chi sia estraneo non solo al negozio, ma anche al rapporto giuridico con esso costituito, modificato o estinto*».

(608) E' la ricostruzione del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* proposta in Germania che identifica nella buona fede l'attitudine ad estendere gli effetti protettivi anche nei confronti dei terzi qualificati; si veda, sulla non necessità di affrontare il tema della relatività, LAMBO, *Gli obblighi di protezione,* cit., 290 ss. Come già ricordato nel paragrafo precedente, la dottrina e la giurisprudenza tedesche non sembrano mai essersi poste il problema della relatività degli effetti contrattuali. Si vedano, sulla necessità di affrontare il tema della relatività contrattuale, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 231 ss., CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo,* cit., 138 ss., VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi,* cit., 26 ss. e 170 ss.

(609) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 232; ma già lo stesso Autore in *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 174 ss. aveva rilevato come «*la buona fede infatti presuppone un rapporto già costituito e si limita ad arricchire dal punto di vista oggettivo il regolamento fissato dalle parti»,* ed ancora, a proposito della circostanza che l'art. 1375 imponga l'esecuzione del contratto secondo buona fede, come «*ciò vuol dire che la buona fede opera quando i termini soggettivi del rapporto sono già fissati, quando cioè sia già chiaro quali sono i soggetti tra i quali il rapporto corre*».

A tal fine, come anticipato, la categoria normativa più idonea appare quella della solidarietà costituzionale che, si badi bene, non può risultare limitata, nel suo concreto operare, dagli spazi fornitile dalla clausola di buona fede[610].

In altre parole si tratta di valutare se la solidarietà costituzionale sia la categoria normativa in grado di modificare l'efficacia soggettiva degli effetti del contratto, sino ad estenderla a beneficio di soggetti terzi, anche per il tramite della concretizzazione della stessa, attraverso le clausole di buona fede e correttezza[611]. Nel procedere in tale direzione, dovranno sempre tenersi presenti i due diversi ordini normativi ai quali attengono la buona fede codicistica e la solidarietà costituzionale e, dunque, il rapporto di gerarchia logico-giuridica tra gli stessi intercorrente[612].

Tanto considerato, oltre che nella determinazione dei rapporti tra questa e la buona fede, la solidarietà dovrà servire da strumento necessario ad una elaborazione corretta dell'autonomia privata che, dalla prima, non può più ormai prescindere[613].

---

(610) Questo l'approccio al problema proposto da CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti,* cit., 232 ss, ma già ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 175 ss. nonché, successivamente, ID., *Obblighi di protezione,* cit., 7.

(611) Così CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 235. Sulla diretta applicabilità dei principi costituzionali in un rapporto tra privati, anche in assenza di una norma specifica di diritto ordinario, si veda, per tutti, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit. 553 ss.

(612) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 235: «*è chiaro invece, per limitarci all'ambito della nostra competenza, che se un senso può avere l'affermazione dell'efficacia diretta della Costituzione nei rapporti privati, questo non può non consistere nell'affermazione della idoneità del principio costituzionale a fungere da nuovo punto di vista che, in quanto egemonico rispetto a quelli ordinari, li subordini a sé eliminando quelli con esso incompatibili*»; ed ancora, in critica a RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 171, osserva come «*non sarebbe corretto il metodo di chi volesse leggere l'uno in funzione dell'altro o attraverso la precomprensione fornita dall'altro; e tanto maggiore sarebbe la scorrettezza, ove i termini di lettura della categoria costituzionale fossero impostati dalla categoria fissata nella legge ordinaria*»; si veda anche, a tale ultimo proposito, quanto rilevato dall'Autore alle pagine 238 e ss. in merito alla differenza che deve intercorrere tra il procedimento logico-giuridico di concretizzazione e di identificazione.

(613) Sulla generale precettività dei principi costituzionali PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit. 205 ss.; alla pagina 545 l'Autore rileva come: «*le norme costituzionali, che dettano principi di rilevanza generale, sono di diritto sostanziale e non meramente interpretative; il ricorso ad esse, anche in sede di interpretazione, si giustifica, al pari di qualsiasi altra norma, come espressione di un valore al quale la stessa interpretazione non si può sottrarre. E' importante costatare che valori e principi costituzionali sono norme*»; ed ancora, alla successiva pagina 551 «*esempi di uso diretto delle norme costituzionali non mancano anche nella teoria delle obbligazioni, ove indubbiamente il giudizio di valore si avverte meno che in altri luoghi del diritto civile. Occorre preliminarmente escludere che il diritto delle obbligazioni, che pur*

Se, infatti, come si è creduto di dar conto nel corso del presente lavoro, non può più postularsi la vigenza di un principio di relatività assoluto nel nostro ordinamento a cagione, fra l'altro, anche dalla non sostenibilità del principio dell'autonomia privata in una accezione assoluta[614], se ne può concludere che l'attitudine della solidarietà a modificare l'estensione, unitamente alle altre forme di eterointegrazione[615] degli effetti del contratto, dovrà costituire momento fondante della riflessione sugli effetti degli atti di autonomia privata[616].

La solidarietà, infatti, attraverso la sua partecipazione allo svolgimento degli effetti dell'atto di privata autonomia, diviene «*funzione di realizzazione*»

---

resta il settore più impegnativo per tecnicismo e profondità di speculazione, sia astorico e avalutativo […] *così* […] *parimenti la nozione di «inesigibilità» presuppone l'osservanza e la diretta applicabilità del principio costituzionale di solidarietà, assumendo così il significato di «limite superiore alle pretese creditorie»*» (cfr. Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19). A titolo esemplificativo si veda il contributo di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata, Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, 877 ss. in merito alle ordinanze del 13 ottobre 2013, n. 248 e 26 marzo 2014, n. 77 della Corte Costituzionale nelle quali viene riconosciuto, in tema di caparra confirmatoria, il «*potere-dovere del giudice di rilevare e dichiarare (anche* ex officio*) «la nullità (totale o parziale)* ex *art. 1418 c.c., della clausola stessa per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'inadempimento dei degli inderogabili doveri di solidarietà) che entra direttamente del contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, "funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" (Corte di Cassazione n. 10511 del 1999; ma già 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni riunite, n. 18128 del 2005 e 20106 del 2009*». Appare evidente da una tale pronunzia come il principio di solidarietà costituzionale abbia una diretta incidenza nel regolamento contrattuale, modificando gli assetti dello stesso e, quindi, della privata autonomia, correggendo la portata dello stesso al fine di tutelare l'interesse dei soggetti coinvolti dalla vicenda negoziale. Il valore di una tale considerazione appare ancora più interessante, nella prospettiva che qui interessa, allorché si tenga conto che l'applicazione diretta del principio di solidarietà permetterebbe, addirittura, come nella vicenda *de qua*, una valutazione e modificazione dell'equilibrio economico della vicenda contrattuale, possibilità prevista solo in ipotesi specifiche e limitate dal legislatore. Pertanto, anche da tali arresti della Corte Costituzionale, giungerebbe una ulteriore conferma sull'applicabilità diretta della solidarietà costituzionale nei rapporti tra privati, nonché sull'attitudine della stessa a rideterminare la portata dell'autonomia negoziale.

(614) Cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit., 325: «*l'autonomia, dunque, si prospetta, nel suo minimo e costante denominatore, come atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione. Attuazione non soltanto di diritto soggettivi ma anche di doveri di solidarietà*».

(615) LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., 41 alla nota 30 osserva che «*l'eterointegrazione* […] *rappresenta un momento della complessa fenomenologia che porta l'ordinamento, già intervenuto sui piani dell'autonomia privata, a non agire quale limite esterno, ma a controllare le sequenze economiche del rapporto, pianificandone i risultati in vista della certezza e stabilità della vicenda*».

(616) In questo senso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 236; cfr. altresì RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit. 115 ss. che parla di «*limite della solidarietà*».

dell'atto medesimo, nel senso che l'«*atto posto in essere dal privato, cioè, deve realizzare la solidarietà tra le sfere giuridiche da esso coinvolte*»[617].

In una tale prospettiva, per procedere ad una corretta individuazione delle sfere giuridiche coinvolte dalla vicenda contrattuale, per le quali dunque potrà essere apprestata una tutela contrattuale, dovrà tenersi conto non solo delle parti ma anche di quei soggetti terzi che si trovino in una posizione tale da essere esposti al medesimo rischio di inferenza nella propria sfera giuridica riscontrabile in capo alle parti del contratto.

Potrà essere, allora, l'impiego del principio di solidarietà[618] a permettere una esatta valutazione di quali siano le sfere giuridiche, oltre a quelle riconducibili alle parti, che, effettivamente, vengano coinvolte in ragione della loro vicinanza con l'esecuzione del contratto[619].

Ed una tale affermazione appare ancor più condivisibile ove la si ponga in collegamento con quanto rilevato, rispetto alla effettiva portata da riconoscere al principio di relatività. Estensione dell'ambito soggettivo rispetto al quale il contratto sia idoneo a produrre effetti significa, allo stesso tempo, estensione della tutela propria di quella tipologia di effetti dei quali si postula l'ampliamento a soggetti terzi[620], al fine di garantirne adeguata tutela

---

(617) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 246. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit. 327: «*gli atti di autonomia hanno un comune denominatore nella necessità di essere volti a realizzare interessi e funzioni meritevoli di tutela e socialmente utili*».

(618) Si veda RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 151 il quale, a proposito della fisionomia assunta dal principio di solidarietà nel sistema civilistico, afferma «*per quanto riguarda quest'ultimo, può dirsi che ci si trova in presenza di un vero e proprio dovere inderogabile di non recare danni ad altri; per la Costituzione, i riferimenti più sicuri si ritrovano negli artt. 2, 36, 37, 39, 41 e 42, dai quali appare evidente la volontà di mantenere in armonia le situazioni riconosciute ai privati e le attività da loro svolte con il complesso degli interessi di tutta la comunità*».

(619) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 247 afferma: «*se la solidarietà è la clausola costituzionale che dà rilievo giuridico alla posizione dei soggetti coinvolti dagli effetti di un atto, è essa stessa e nessun'altra regola quella che determina le sfere nelle quali questi effetti si realizzano*»; ed ancora lo stesso Autore alla pagina 226, nota 85, aveva osservato come «*tra gli interessi delle parti e quelli della collettività c'è invece a nostro avviso una categoria mediana costituita da interessi di certi soggetti che, proprio in forza del principio di solidarietà, pur essendo terzi, devono ritenersi coinvolti nel rapporto contrattuale*».

(620) In questo senso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 247 il quale rileva che «*ciò significa che la solidarietà è lo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale nel nostro ordinamento si rendono formalmente rilevanti, nel momento dell'efficacia del contratto interessi di soggetti sui quali il contratto incide e relativamente ai quali in forza del principio di relatività degli effetti contrattuali non è stata finora riconosciuta una posizione contrattualmente tutelata*».

da un'ingerenza dannosa nella propria sfera giuridica[621], proprio perché destinatari, in forza del principio di solidarietà, degli effetti dello stesso contratto[622]. Se ad estendersi saranno quegli effetti che tra le parti risultino tutelati in via contrattuale, parimenti in via contrattuale dovrebbero essere tutelati i soggetti terzi anche alla luce della circostanza che il danno da questi sofferto derivi dalla violazione di obblighi[623], nonché in considerazione dell'interesse leso e dalle circostanze e ragioni per le quali tale danno si sia prodotto[624]. Ferme le superiori considerazioni, per giungere a postulare,

---

(621) PALERMO, *L'autonomia negoziale,* cit., 54 osserva che «*il diritto civile – ed è questo un dato che va rimesso alla considerazione dell'interprete – ruota intorno a un valore fondamentale, che è dato dalla libertà del singolo, alla quale non è dato riferire altro che il suo opposto, ovvero il disvalore che la negazione di tale libertà rappresenta. Sotto quest'ultimo profilo, è nella consapevolezza del presente ruolo che, prima ancora di assicurare l'equilibrio interno dell'autoregolamentazione, la "buona fede" è chiamata ad assolvere ai fini della individuazione del minimo grado di ragionevolezza del negozio posto in essere, che, di converso dovrebbe ricevere impulso un processo di revisione dei meccanismi, non soltanto risarcitori, attivabili nelle ipotesi poste dal limite, nelle quali l'assetto di interessi rechi con sé, fin dall'origine, un impianto antisolidaristico, tale da porre in dubbio la sua sussumibilità nell'ordinamento generale*».

(622) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 254.

(623) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 454 afferma chiaramente che «*la sanzione per la violazione di obblighi è responsabilità contrattuale*». Alla pagina 457 l'Autore, a proposito degli obblighi di protezione, rileva che «*essi* […] *nel costituire un preciso dovere di comportamento volto a tutelare una specifica sfera giuridica altrui, segnano la diversità dalla responsabilità aquiliana*», ed ancora, poco dopo, «*ascrivere allora un danno alla disciplina della responsabilità contrattuale, o di quella aquiliana, non significa soltanto assoggettare la responsabilità a un regime diverso ma, prima ancora, affermare l'esistenza o l'inesistenza di situazioni soggettive relative (obblighi) previe, già di per sé giuridicamente rilevanti a dare modello a una condotta nei confronti altrui*». Alla pagina 466 l'Autore chiarisce che: «*se la linea discretiva* [tra le due forme di responsabilità] *è la preesistenza di obblighi, che caratterizza la responsabilità contrattuale e invece manca nella responsabilità aquiliana, la responsabilità da violazione di obblighi che pur siano altri dall'obbligo di prestazione non potrà che mettere capo ugualmente a responsabilità contrattuale*». Si veda, altresì, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364: «*quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio*»; chiarificatore il commento di questo assunto da parte CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 468 alla nota 58, ove rileva che «*in realtà la buona fede, come dice Mengoni, 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 pur sempre la legge, come lo è in relazione agli altri fatti, indicati dall'art. 1173 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*».

(624) Una tale scelta appare giustificata alla luce del principio di solidarietà costituzionale e delle clausole di buona fede e correttezza, che sempre presiedono alla vicenda contrattuale, anche tenuto conto della circostanza che, nel caso di specie, i soggetti terzi verrebbero coinvolti da un rapporto contrattuale al quale, non solo, ovviamente, non hanno preso parte ma dal quale risultino, altresì, danneggiati senza essere dotati, poi, di un idoneo strumento di tutela, quale quello contrattuale. Si consideri, anche che, ove si possa affermare la configurabilità di una responsabilità contrattuale, la stessa diverrebbe assorbente rispetto a quella da illecito civile; in questo senso si veda CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da*

fondatamente, la categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi sarà necessario affrontare, ora, il problema di quali, tra gli effetti giuridici prodotti da un contratto, possano essere estesi in forza del principio di solidarietà, nonché il problema dell'identificazione di quali siano i soggetti terzi destinatari di tale estensione protettiva[625].

Muovendo dal profilo indicato da ultimo, e richiamato quanto più sopra detto a proposito dei criteri proposti in Germania per l'identificazione dei soggetti terzi protetti, si ritiene che dall'aver qualificato il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi in termini di categoria generale, discenda la necessità di delineare un criterio, atto ad indicare quali siano i terzi *protetti*, parimenti dotato di una portata generale.

In tale prospettiva si ritiene che i terzi protetti possano essere identificati con quei soggetti che, oltre le parti, risultino essere «*coinvolti nella dinamica contrattuale*»[626], e che, proprio per questo, saranno portatori di uno specifico interesse: quello di non subire illegittime inferenze nelle proprie sfere giuridiche a causa di un inadempimento contrattuale.

Un tale concetto, seppur apparentemente ampio, risulta adeguato ed utile al fine di determinare quali siano i terzi a beneficio dei quali estendere gli effetti protettivi.

---

prodotti, cit., 186. Si veda anche MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 513 il quale osserva che la «*qualificazione dei comportamenti contrari agli obblighi di protezione come violazioni contrattuali positive, cioè inadempimenti contrattuali, è alternativa, non concorrente con la qualificazione come atti illeciti. Non dovrebbe perciò essere ammesso il concorso cumulativo dell'azione contrattuale con l'azione aquiliana, almeno nella misura in cui esse fanno valere la medesima pretesa*». Sul tema si veda anche CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, II Le obbligazioni*, Milano, 2008, 437, il quale, in merito alle ragioni per le quali escludere il concorso tra i due tipi di responsabilità riporta: «*secondo una parte della dottrina, il concorso tra i due tipi di responsabilità sarebbe escluso per tre ordini di ragioni. Anzitutto si è affermato che il regime legale di responsabilità contrattuale rivestirebbe, in relazione alle parti di un rapporto obbligatorio, carattere di specialità rispetto alla responsabilità aquiliana. Nello stesso senso, si è richiamata la prevalenza della volontà delle parti, le quali, una volta dato un certo regolamento ai propri interessi, resterebbero prive di ogni tutela preesistente. Infine, si è paventata l'incompatibilità oggettiva tra i due diversi regimi di responsabilità (si pensi al mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. nell'art. 2056 c.c.), nonché, sul piano soggettivo, l'impossibilità di qualificare il medesimo soggetto come obbligato contrattualmente al rispetto dei doveri specifici e come terzo estraneo soggetto al dovere generico di* neminem leadere».

(625) Sotto altro profilo, comunque collegato a quello considerato PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 103 rileva che «*una volta modificata la tradizione concezione dell'autonomia contrattuale in favore di una maggiore giustizia contrattuale, gli interventi di tipo protettivo si sono moltiplicati e la loro tipologia si è sempre più allontanata da quella dei tradizionali strumenti di tutela*».

(626) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 255.

Ed infatti, una distinzione tra le differenti tipologie di terzi appare necessaria, poiché l'estensione protettiva non potrà certo essere indiscriminata, pena la non conformità della soluzione prospettata con i principi dell'ordinamento.

Un criterio di delimitazione costituisce elemento indefettibile della categoria contrattuale in esame, e non tanto perché possa avere una qualche utilità nella giustificazione dell'estensione degli effetti del contratto[627] quanto, piuttosto, per consentire la distinzione di quei terzi portatori di un interesse specifico a non subir pregiudizio dall'inadempimento contrattuale, da tutta la restante parte dei consociati che, in ogni caso, ricorrendone i presupposti potrebbero essere tutelati da un eventuale danno subìto, attraverso le norme previste in tema di illecito extracontrattuale.

Se, infatti, l'accezione assoluta del principio di relatività degli effetti del contratto non è più sostenibile, è ugualmente vero che l'atto di autonomia, proprio perché tale, non è idoneo a produrre effetti nei confronti della generalità dei consociati.

Ma il concetto di terzo, alla luce delle considerazioni svolte sino a tale momento, non pare dotato di contenuto predeterminato.

Risulta, infatti, non coerente con quanto rilevato la possibilità di una determinazione aprioristica di chi siano i soggetti terzi ed, anzi, si impone una concreta valutazione del caso concreto, al fine di vagliare quali siano i soggetti che possano essere pregiudicati dalla dinamica contrattuale.

La definizione di terzo come di colui il quale sia, semplicemente, estraneo al negozio in discussione appare, ormai, non calzante[628].

Quello di terzo, quindi, è concetto che non può essere denotato dal carattere dell'assolutezza[629], dovendosi porre attenzione, soprattutto, agli interessi dei quali i soggetti siano portatori.

---

(627) Come sembrerebbe nella costruzione dogmatica della categoria in oggetto proposta in Germania; cfr. su tale aspetto quanto più sopra, nel testo, già rilevato.

(628) Già BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 258 osservava come risultasse necessario «*approfondire la nozione del «terzo» sulla scorta di un criterio che alla realtà degli interessi in giuoco aderisce più strettamente del criterio formale per cui si qualifica terzo chiunque sia estraneo al negozio in discussione*».

(629) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 259 rileva come «*la qualifica di terzo non va intesa a modo di una specie naturalistica e considerata costante: al contrario, essa ha*

Un ulteriore vantaggio, non trascurabile, può rinvenirsi nella circostanza che proprio perché ad essere protetti saranno, esclusivamente, quei soggetti terzi coinvolti nella dinamica contrattuale, sarà possibile per il debitore in buona fede conoscere l'estensione della propria obbligazione e avere contezza di chi saranno i soggetti a tutela dei quali gli obblighi di protezione potranno essere estesi.

Tanto considerato, resta da prendere posizione in merito all'ultimo profilo da trattare: quali siano gli effetti contrattuali che possano essere estesi a tutela di soggetti terzi.

Ed infatti, il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, così come postula l'estensione dei suoi effetti solo a beneficio di alcuni terzi, parimenti comporta che non siano, indistintamente, tutti gli effetti derivanti dal contratto a subire un irradiamento oltre la sfera soggettiva delle parti, ma solo alcuni di essi.

Fermo quanto si è avuto modo di ricordare, l'autonomia privata ha, in ogni caso, «*conservato il suo volto originario di autoregolamento di interessi privati*»[630]; ed è proprio tale aspetto a costituire il nucleo fondamentale dell'autonomia privata che può essere individuato negli effetti principali, di tipo dispositivo e/o obbligatorio, dell'atto posto in essere[631].

A ragionar correttamente, il principio di solidarietà potrà estendere, nei confronti di soggetti terzi, solo gli effetti altri e ulteriori rispetto a quelli

---

essenzialmente carattere di relatività e variabilità in funzione degli interessi che sono in gioco»; ed ancora «*decisivo per l'attribuzione della qualifica è il criterio dell'interesse protetto dal diritto, in una con la riconoscibilità del rapporto in discussione e col carattere indipendente o subordinato della posizione giuridica, tenuto anche conto delle interferenze tra le posizioni diverse*». Alla pagina 261, l'Autore illustra come «*si possono, dunque, distinguere: a) parti del rapporto (anche se estranee al negozio); b) terzi partecipi dell'interesse, ma estranei al negozio, la cui posizione giuridica è subordinata a quella della parte; c) terzi interessati, la cui posizione giuridica è indipendente e incompatibile con gli effetti del negozio; d) terzi normalmente indifferenti, la cui posizione giuridica è compatibile, ma anche sono legittimati a reagire quando risentano un illecito pregiudizio dagli effetti del negozio*».

(630) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 259; si veda anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 45.

(631) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 265: «*l'interesse in questione* [quello collegato alla prestazione principale] *infatti caratterizza intimamente l'atto di autonomia, nel senso che l'autoregolamento che ne deriva si pone in quanto riferimento ad esso, onde il senso della forza di legge tra le parti secondo l'art. 1372 non può non diventare limitazione esclusiva dell'effetto ai centri di autonomia che l'hanno predisposto. Tutto ciò che, in termini di rapporto, si sottrae invece a questa caratterizzazione, in quanto non si risolve nell'atto di autonomia, può trascendere le sfere soggettive originarie*».

principali (che invece attengono solo alle parti) e, dunque, solo gli effetti c.d. accessori «*siano essi previsti dalle parti o espressamente dalla legge, o riconducibili sotto specie di effetti integrativi*»[632], pena un non condivisibile stravolgimento dell'autonomia privata e del principio di relatività contrattuale.

Ferma, dunque, la constatazione che saranno solo gli effetti derivanti dai rapporti accessori, insorti nella vicenda obbligatoria, a poter essere estesi anche nei confronti dei terzi, è bene ricordare come la dottrina sia solita distinguere, all'interno degli stessi, da un lato gli obblighi integrativi strumentali e, dall'altro, gli obblighi di protezione[633].

Come si è avuto modo di chiarire gli obblighi di protezione, a differenza degli obblighi integrativi strumentali[634], sono autonomi rispetto all'obbligo principale di prestazione in quanto posti a tutela di un interesse diverso e indipendente rispetto all'interesse alla prestazione: quello che l'integrità della propria sfera giuridica non sia compromessa dall'inadempimento contrattuale[635]. Ed è proprio l'autonoma rilevanza dell'interesse a tutela del quale sono posti gli obblighi di protezione che giustifica, alla luce di una corretta interpretazione del principio di solidarietà costituzionale e delle clausole generali di buona fede[636] e correttezza, l'estensione a soggetti

---

(632) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 260; e ancora «*e, in questi limiti, proprio perché si tratta di rapporti che non appartengono al nucleo fondamentale di individuazione dell'autonomia privata, il loro riferirsi a soggetti terzi rispetto al contratto si realizza in effetti diretti a favore di questi ultimi, con il sorgere di situazioni soggettive in capo a essi nei confronti di una delle parti del contratto. L'alternativa sarebbe, infatti, il sorgere di effetti riflessi, ma questi, come si è visto, metto capo a diritti potestativi, non a veri e propri rapporti, come sono invece i rapporti accessori nati dal contratto*».

(633) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 265; si veda, altresì, MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo,* cit., 369 il quale chiarisce che «*gli obblighi ausiliari di protezione hanno un contenuto autonomo rispetto all'obbligo principale di prestazione, e concorrono con questo alla realizzazione dello scopo complessivo del rapporto obbligatorio. Inesattamente sono stati annoverati tra gli obblighi di protezione i c.d. «obblighi secondari non autonomi», meglio indicati come «obblighi integrativi strumentali»* [l'Autore qui riporta le parole di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* cit. 96 e 99], *i quali non hanno uno scopo a sé stante (e quindi non possono farsi valere in giudizio con una azione autonoma), ma tendono ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale, rappresentano altrettante specificazioni del contenuto di essa*».

(634) MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo,* cit., *370*

(635) Da una violazione di tali obblighi discende, infatti, solo il diritto a richiedere il risarcimento del danno.

(636) Tornano alla memoria le parole di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 93: «*perché bisogna rendersi conto* […] *che la buona fede è essenzialmente un criterio di reciprocità, che deve essere osservato vicendevolmente nei rapporti fra soggetti di pari grado, aventi una pari*

qualificati degli obblighi di protezione insorti tra le parti e della relativa tutela contrattuale[637]. Ecco che, quindi, l'estensione di effetti nei confronti di terzi potrà riguardare solo gli obblighi di protezione allorquando, proprio a causa della conclusione di un determinato contratto, nella sfera dei terzi «*si verificheranno quegli stessi presupposti di tutela in funzione dei quali già per le parti l'ordinamento appresta i rapporti accessori*»[638].

Tanto considerato, colta l'autonomia privata e il principio di relatività nella prospettiva che pare più adeguata[639], è possibile fornire una lettura fondata e coerente del contratto[640] con effetti protettivi nei confronti di terzi[641] come di una categoria generale, alla quale ricondurre diversi tipi

---

dignità morale. Reciprocità, nella quale si esplica la solidarietà che lega l'uno all'altro, i partecipanti di una comunione anche limitata»; cfr. anche MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà,* cit. 286 il quale, a proposito del dovere inderogabile della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., rileva che «*è quest'ultimo infatti a definire, in quanto valore formale e a contenuto indeterminato nelle sue relazioni con i valori espressi dalla* lex contractus*, il carattere precettivo del principio di buona fede, in termini di dovere di salvaguardia dei reciproci interessi delle parti*».

(637) Suggestive, in una adeguata prospettiva, appaiono le parole di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., 268: «*in generale può dirsi che, quanto più il diritto positivo è aperto all'esigenza della socialità – la cui valutazione è soggetta a variare secondo le condizioni storiche e sociologiche – tanto più esso sarà propenso a proteggere l'interesse del terzo di fronte ad un negozio che, nella coscienza delle parti sia diretto a pregiudicarlo. La rilevanza giuridica del pregiudizio del terzo viene riconosciuta più sicuramente colà dove fra esso e una delle parti del negozio preesista un rapporto giuridico, nello svolgimento del quale il terzo sia legittimato a fare assegnamento sulla correttezza e buona fede della parte*».

(638) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 267.

(639) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 485, nota 159: «*si passa con ciò da una concezione dell'autonomia come negazione della possibilità di influire sui terzi a una ulteriore, la quale, cosciente dell'impossibilità che l'autonomia non influisca su determinate altre sfere soggettive, provvede queste ultime delle stesse situazioni di tutela che caratterizzano la posizione delle parti rispetto allo stesso fatto*». Si veda anche, in una prospettiva, per così dire, prodromica, rispetto a quanto appena riportato BETTI, *Teoria del negozio giuridico,* cit., 48 ss.

(640) MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà,* cit., 250 osserva: «*ritengo che in un sistema democratico, la possibilità, in sede di analisi di diritto positivo dei nessi fra 'contratto' ed esecuzione in buona fede del 'rapporto' da esso nascente, di ricorrere a una forma di giuridicità orientata a un valore costituzionale non meramente 'procedurale', 'formale' i.e. privo di un contenuto predeterminato rispetto alle sue eventuali interazioni con i valori giuridici espressi dalla* lex contractus *e al contempo idoneo a definire il modo in cui e i limiti entro cui le diverse forme di giuridicità estrastatuale rilevano e interagiscono nella definizione del valore precettivo degli art. 1175 e 1375 c.c., sia la condizione necessaria per mantenere in vita, all'interno della società civile 'standards istituzionalizzati' diversi dalle logiche di mercato. La forma di giuridicità a cui mi riferisco si desume dal dovere inderogabile di solidarietà sociale* ex *art.2 cost. Esso assume rilievo in termini di 'mittelbare Drittwirkung' nei rapporti tra privati, definendo il contenuto propriamente imperativo delle norme di legge ordinaria fondative del principio di buona fede oggettiva*».

(641) Così come ricostruita nel presente lavoro. Si veda, a tal proposito, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 481.

contrattuali, nei quali gli obblighi di protezione insorti tra le parti, grazie alle clausole di buona fede e correttezza, possano estendersi, alla luce del principio di solidarietà costituzionale[642], a proteggere quei soggetti terzi che, in virtù

(642) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 480 si ribadisce come «*la solidarietà funga da ponte tra certi effetti del contratto e le sfere di determinati terzi*». Di diverso avviso, sulla possibilità di postulare il superamento del principio di relatività attraverso il ricorso alla solidarietà costituzionale, è LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 285 ss.; è possibile richiamare, brevemente, quali sono le considerazioni sulle quali l'Autore basi la propria critica della ricostruzione proposta: innanzitutto, sarebbe dubbia la diretta applicabilità delle norme costituzionali nei rapporti interdividuali. Ed ancora, alla solidarietà verrebbero ricondotte troppe funzioni: «*alla solidarietà spetterebbe, in un primo tempo, il compito di realizzare il collegamento tra gli effetti del contratto e la sfera giuridica del terzo e, successivamente, assieme alla clausola di buona fede, la funzione di generare obblighi che tutelano anche quest'ultimo*» (l'Autore a tal proposito richiama il pensiero di BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991, 227, il quale osserva, in merito all'impiego della solidarietà costituzionale come meccanismo giuridico per estendere a favore di terzi gli obblighi di protezione che «*questo tentativo non può dirsi riuscito. Anzitutto è discutibile l'interpretazione dell'art. 2 Cost., proposta dalla tesi in esame; soprattutto lascia perplesso il concetto di solidarietà da essa espresso. La tradizione ci ha insegnato - ed è opinione corrente anche in giurisprudenza - che la solidarietà permea i rapporti privati tramite la buona fede. Il rilievo è stato tenuto presente dall'opinione criticata con la precisazione che la solidarietà, se trova attuazione attraverso la buona fede, tuttavia non si identifica con quest'ultima. Essa ha una portata più ampia tale da dare una giustificazione positiva ai doveri di protezione verso terzi. Senonché la solidarietà, così intesa, è un concetto contraddittorio, perché, da un lato, è dovere di comportamento delle parti legate tra loro da un vincolo contrattuale, quando si specifica nella buona fede, e dall'altro criterio di determinazione dei limiti di efficacia soggettiva del contratto, esponendosi così alla facile e prevedibile obiezione di essere una clausola generale bon à tout faire: senza contare che, se la buona fede viene concretizzata dalla solidarietà, basterebbe la buona fede per fondare i doveri di protezione verso terzi, e diventa inutile creare al riguardo una nuova clausola generale*». Ed ancora che «*in realtà, e il problema nei suoi termini corretti è stato ben individuato dagli scrittori tedeschi, l'estensione dei doveri di protezione ai terzi trae la sua ragione d'essere dal fatto che tra le parti e questi terzi si è venuto a creare un «contatto sociale» che richiede una tutela più rigorosa rispetto a quella accordata dall'art. 2043 alla generalità dei terzi. Su questo contatto sociale dovrebbe operare la buona fede negoziale, ma la rilevanza giuridica di questo «contatto» non è stata ancora dimostrata. Poggiando su fragili basi, ben difficilmente la tesi in esame troverà accoglienza presso i nostri giudici. Se questi non hanno fatto ricorso ai doveri di conservazione inter partes malgrado abbiamo un sicuro fondamento nel diritto positivo e ha, invece, preferito assoggettare all'art. 2043 il danno al patrimonio o alla persona subito dai contraenti nell'esecuzione del contratto, allo stesso modo valuterà il pregiudizio dei terzi che si trovano in un rapporto qualificato con le parti senza utilizzare la figura dei doveri di protezione verso terzi che non ha alcun aggancio testuale*»). Viene poi rilevato come, a fronte di un «*assorbimento*» tra la clausola di correttezza e la solidarietà *ex* art. 2 Cost. , «*se la correttezza viene attuata e permeata dalla solidarietà costituzionale, è sufficiente essa stessa a dare veste dogmatica agli obblighi di protezione tra le parti e nei confronti dei terzi la cui posizione entra in relazione con il contratto*». Le critiche rivolte, tuttavia, non appaiono convincenti ove si tenga conto di quanto si è avuto modo di puntualizzare nel corso del presente lavoro. In particolare, per quanto attiene alla applicabilità nei rapporti fra privati della solidarietà costituzionale si veda la nota 599 e il richiamo alle emblematiche ordinanze del 13 ottobre 2013, n. 248 e 26 marzo 2014, n. 77 della Corte Costituzionale. La considerazione sulla circostanza che, nella ricostruzione prospettata da CASTRONOVO e qui condivisa, la solidarietà sarebbe «*clausola generale bon à tout faire*» non appare persuasiva, giacché il carattere di generalità proprio di un principio o di una norma costituzionale (o parimenti di una clausola generale) non sarebbe, di per sé, idoneo a privare di validità la soluzione proposta. In merito, sia consentito rinviare a quanto già rilevato in merito al c.d. problema delle clausole generali. Da ultimo, si è avuto modo, nel testo, di

della posizione in cui si trovino, vengano ad essere coinvolti nella dinamica contrattuale e, pertanto, le cui sfere giuridiche si trovino in una situazione di rischio analoga[643] a quella rinvenibile in capo alle parti, riconoscendo agli stessi, in caso di lesione, la forma di tutela più adeguata all'interesse leso ed al contesto di una tale lesione: quella contrattuale[644].

---

chiarire come seppur stretto sia il legame tra clausole generali di buona fede e correttezza e solidarietà costituzionale, certo non può paventarsi un fenomeno di «*assorbimento*» ma, tutt'al più, di concretizzazione, fermo restando il diverso rango delle clausole generali rispetto al principio richiamato, nonché la considerazione che i concetti, seppur strettamente connessi non possano, certo, esser considerati interscambiabili o perfettamente sovrapponibili. Da ultimo, si rimanda a quanto rilevato nel testo sulla circostanza che la buona fede e la correttezza postulino, per la loro applicazione, l'individuazione dei soggetti tra i quali operare; si consideri, a tal proposito, come non a caso la norma di cui all'art. 1775 c.c. utilizzi le pregnanti espressioni di creditore e debitore; sia consentito richiamare a sostegno di una tale considerazione l'affermazione di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364: «*l'applicazione del principio di buona fede (oggettiva) presuppone dunque uno specifico vincolo obbligatorio, presuppone che ci siano un debitore e un creditore (arg.* ex *art. 1175 cod. civ.)*». Sembra accogliere la ricostruzione prospettata nel testo anche CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, II Le obbligazioni*, cit., 429 ss.

(643) CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 268: «*in questi termini il presupposto della tutela non è giuridico* […] *ma puramente fattuale; ed in base a questo presupposto che il principio di solidarietà può giustificare l'estensione ai terzi di quei doveri di protezione che la buona fede ha fatti nascere tra le parti*». Ed ancora, alla pagina successiva, l'Autore puntualizza come «*la solidarietà si rivela ora per quella clausola generale che, sicuramente distinta dalla buona fede, consente di giungere là dove questa non può, per essere diversa la sua funzione: non quella, cioè, di individuare i soggetti implicati nel rapporto di protezione, ma solo quella di fonte del rapporto stesso*». Nel testo del presente lavoro si è utilizzato, nel descrivere la situazione di rischio corso dal terzo rispetto a quella rinvenibile in capo alle parti, alternativamente l'aggettivo analogo/stesso/uguale, nell'assoluta consapevolezza che la similitudine riguardasse il rischio in sé, le modalità del suo verificarsi e l'incremento di una tale possibilità. Ciò considerato non potrà mai darsi una sovrapponibilità, in termini qualitativi e quantitativi, tra la posizione da riconoscere in capo al terzo, ove si accettasse la ricostruzione del contratto con effetti protettivi a favore di terzi, e quella di una delle parti. In capo al terzo protetto, come più volte ricordato, può essere configurato solo il diritto al risarcimento del danno e non, invece, l'insieme delle situazioni giuridiche riconducibili in capo ad una delle parti. Restano, pertanto, non condivisibili le posizioni riportate da LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 299 ss., in merito alla impossibilità di accogliere la costruzione in oggetto alla luce della possibilità che gli interessi fra parte e terzo siano divergenti. La posizione in capo ai terzi protetti viene tutelata perché, allo stesso tempo autonoma e meritevole, come chiarito nel testo alla luce di una corretta concezione del rapporto obbligatorio, e non pertanto dipendente (unicamente) dalla circostanza che una delle parti sia interessata al mantenimento dell'integrità della sfera giuridica del terzo o da quella che gli interessi fra parte e terzo protetto siano da porre in un rapporto di convergenza.

(644) Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 484, nota 159: «*ciò significa che l'atto di autonomia, il quale inteso in senso rigoroso dovrebbe esplicare effetti solo nella sfera giuridica delle parti, laddove inevitabilmente influisca, sia pure mediatamente, sulle sfere di soggetti terzi, per non snaturarsi in atto di eteronomia deve essere provvisto dall'ordinamento di effetti di tutela a favore di questi stessi terzi. E' la novità introdotta dal principio si solidarietà* […], *il quale consente di superare l'angustia del contratto a favore di terzi come unica forma di stipulazione che trascende la sfera delle parti, ma contemporaneamente esige che i terzi coinvolti siano tutelati in positivo nei confronti dell'invasione pur ammessa*».

CAPITOLO II - Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi e le ricostruzioni teoriche di confine.

SOMMARIO: 2.1. Premessa. 2.2 Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione. 2.3 La responsabilità da contatto sociale qualificato. 2.4 Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi nella giurisprudenza italiana. 2.5 Altre ipotesi di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. 2.6 Dal contratto… al negozio con effetti protettivi nei confronti di terzi.

2.1 Premessa.

Nel capitolo precedente si ritiene di essere giunti ad una compiuta ricostruzione del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi quale categoria generale[645]. Come si è avuto modo di puntualizzare, attraverso

(645) Affermano la fondatezza della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti,* cit. 481, purché si ponga a fondamento dell'estensione della tutela ai terzi la solidarietà costituzionale; già, in questo senso, lo stesso Autore in *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 170 e ancora, successivamente, in *Obblighi di protezione*, cit., 7. Tuttavia, per il più recente pensiero dell'Autore, si veda *infra* il par. 2.2 ma vedi, per una specifica ipotesi, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 454 alla nota 28 come siano ipotizzabili obblighi di protezione a tutela di terzi, nei casi in cui nei confronti di questi una delle due parti sia, a propria volta, tenuta da obblighi di protezione; si veda anche alla pagina 674 ove si ribadisce che «*è il principio costituzionale di solidarietà a fondare, nei confronti delle parti del contratto, un diritto di protezione a favore di quei soggetti terzi che dal contratto stesso potrebbero derivare nocumento alla persona o ai beni*». Parimenti fondata ritiene la categoria, fra gli altri, VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi,* cit., 139 ss. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., in particolare 304 ss., in una prospettiva che segue un diverso ragionamento (cfr. nota 543), postula l'esistenza di obblighi di protezione autonomi originati dalla legge (buona fede) attraverso una struttura dogmatica analoga a quella della *culpa in contrahendo* idonea a «*dare significato a tutti gli obblighi di protezione, che operino nella fase antecedente o successiva alla conclusione del contratto, tra le parti oppure a vantaggio o a carico dei terzi*»; tuttavia, ID., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 2, 130 riferisce come «*parte della dottrina si affanna, ancora oggi, a saggiare la possibilità di trascrivere nel nostro ordinamento la figura del contratto con effetti di protezione per terzi, con tutte le obiezioni cui va incontro siffatta figura*». PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto,* in *Rivista di diritto civile,* 2001, in particolare 333 ss., sembra escludere l'applicabilità del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo all'ipotesi del medico dipendente da struttura sanitaria, implicitamente affermandone la valenza rispetto a differenti ipotesi. Del pari accoglie la categoria in esame, DI MAJO, *Le tutele contrattuali,* Torino, 2009 117 e CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, II Le obbligazioni,* cit., 429 ss. Favorevole appare anche ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2013, 97. Si vedano anche le considerazioni svolte da BONA, *Manuale per il risarcimento dei danni*

l'impiego di una tale categoria generale, le singole fattispecie contrattuali riconducibili[646] alla stessa potranno essere identificate come contratti aventi un tipico effetto protettivo nei confronti di quei terzi che, proprio perché coinvolti nella dinamica contrattuale, risulteranno esposti ad un rischio specifico di ingerenza nella propria sfera giuridica.

Dunque, la categoria in esame risponde ad una esigenza di tutela specifica in una situazione di confine tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale.

Prima di procedere con un'analisi dell'impiego che la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi ha avuto nella nostra giurisprudenza, pare opportuno considerare, brevemente, altre due teorie[647] che, spesso, sono state poste su un piano, per così dire, di più o meno parziale sovrapposizione con la categoria oggetto del presente lavoro mentre, probabilmente, sarebbero da situarsi al confine ed oltre lo spazio applicativo del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. Proprio al fine di poter correttamente cogliere l'ambito di operatività del contratto con effetti protettivi, si ritiene, analogamente con quanto si è avuto modo di fare con il contratto a favore di terzo, di dover tentare di dare ad ogni ricostruzione la sua esatta collocazione, in modo da diradare eventuali dubbi in merito ai rapporti fra le stesse e poter delineare ulteriormente, attraverso il confronto, le caratteristiche peculiari della categoria generale oggetto del presente lavoro[648].

---

ai congiunti, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, specialmente 233 ss. Possibilista appare BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1993, 571 ss. Critico, invece, seppur sotto una specifica prospettiva, rispetto alla figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi appare MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale,* Milano, 2003, specialmente 209 ss.; tuttavia, non del tutto persuasive appaiono le argomentazioni addotte avverso la categoria qui approfondita, anche perché fondate, in modo esclusivo, su contributi di autori tedeschi.

(646) Per una ricognizione meramente esemplificativa si veda il successivo par. 2.5.

(647) Si tratta, in particolare, della c.d. obbligazione senza obbligo di prestazione, *infra* par. 2.2., e il c.d. contatto sociale qualificato come fonte dell'obbligazione, *infra* par. 2.3.

(648) Denuncia «*l'errore della dottrina di non aver chiarito il legame tra obblighi di protezione, contratto con effetti di protezione per terzi e rapporto obbligatorio senza prestazione; di aver proposto quest'ultimo come un modello che ha vita propria, quasi che fosse distinto dalla categoria degli obblighi di protezione*» LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 357.

2.2 Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

La categoria dell'obbligazione senza prestazione ha avuto quale suo massimo esponente e teorizzatore, in Italia, Carlo Castronovo[649].

Pertanto, appare quanto mai opportuno muovere proprio secondo il percorso tracciato dall'Autore al fine di delineare, seppur brevemente, tale le caratteristiche di tale ricostruzione.

Punto di partenza è la constatazione che esistano alcune tipologie di responsabilità[650] che, per le loro peculiarità, si pongono in una zona di possibile sovrapposizione tra il regime della responsabilità contrattuale e quello della responsabilità extracontrattuale[651].

---

(649) Sue le opere fondamentali per il tema in oggetto, alle quali si rinvia per i profili qui non trattati, tra le quali si segnalano,in modo non esaustivo, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 ss., ma già ID., *L'obbligazione senza prestazione,* in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi* Mengoni, Milano, 1995, 147 ss. e ID, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito,* 1993, 319 ss.; ed ancora ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, I, 2004, 69 ss.; ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, I, 2003, 123-169 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Diritto privato*, I, 2011, 54 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto privato,* III, 2009, 679 ss e, da ultimo. ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 128 ss. E' lo stesso CASTRONOVO a chiarire in *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 135 alla nota 47 e in ID., *La nuova responsabilità civile,* cit., 468, come la terminologia «*rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*» debba essere ricondotta a LARENZ.

(650) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 445; «*possono indicarsi, in una prima ricognizione, le informazioni erronee o non veritiere date da un professionista (ad es., una banca a riguardo di un cliente o una guida turistica riguardo a un ristorante dato per chiuso e invece di nuovo in esercizio al momento della riedizione dell'opera); la c.d.* Prospekthaftung*, che costituisce una specie della precedente; la responsabilità degli intermediari finanziari secondo la configurazione datane dalla disciplina legislativa; la responsabilità del prestatore di servizi disegnata in una recente proposta di direttiva CEE* [Proposta di direttiva del Consiglio sulla responsabilità sul prestatore di servizi, 9 novembre 1990, G.U.C.E. 18 gennaio 1991, n. *C12/8] il danno cagionato dal medico a un paziente nell'adempimento di una prestazione di lavoro all'interno di una struttura sanitaria; il danno che un alunno si procuri da sé o cagioni ad altri durante le attività scolastiche e del quale si chieda il risarcimento al precettore dipendente dall'istituto con il quale è in vigore il rapporto di istruzione ed educazione dell'alunno medesimo; il danno che il professionista, nell'adempiere un'obbligazione, cagioni a soggetti che non gli sono creditori ma nella cui sfera giuridica si riflettono gli effetti negativi della sua prestazione inesatta*» (per l'analisi di alcune differenti ipotesi si veda CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 475 ss.).

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

È agevole notare come, in casi del genere, la responsabilità extracontrattuale appaia troppo generica e aspecifica, tenuto conto del caso concreto ma, d'altro canto, manchi quello che tradizionalmente è stato sempre ritenuto l'elemento indefettibile affinché si possa dar luogo a responsabilità contrattuale: un contratto dal quale derivi in capo alle parti un obbligo di prestazione[652]. Che non possa più parlarsi di coincidenza tra il contenuto della prestazione e obbligazione è stata questione della quale ci si è occupati anche nel corso del presente lavoro: della presenza di ulteriori obblighi che «*fanno corona alla prestazione*»[653], al fine di tutelare interessi messi in pericolo dall'attuazione del rapporto negoziale, si ritiene di aver dato debitamente conto.

Ma è il successivo passaggio teorico compiuto dall'Autore a delineare una ricostruzione basata su presupposti diversi da quanto sin qui visto[654]: se è possibile postulare l'autonomia degli obblighi di protezione, anche se funzionalmente connessi alla prestazione, potrebbe allora ipotizzarsi che, proprio in ragione della loro peculiare autonomia, tali obblighi possano insorgere ed esistere anche a prescindere dalla contemporanea sussistenza di un obbligo di prestazione[655].

A tale quesito si è ritenuto di poter dare una risposta positiva basata non solo sull'autonomia strutturale degli obblighi di protezione ma anche alla luce dell'autonomia della fonte di questi, da individuarsi nella legge anche quando fonte dell'obbligo di prestazione sia il contratto[656].

Tanto premesso, lo scopo dell'indagine condotta è quello di verificare se sia possibile ipotizzare l'insorgenza e sussistenza di obblighi di protezione scissi *ab origine* da un obbligo di prestazione, la cui violazione comporti l'insorgenza di una responsabilità contrattuale[657]; e un'indagine di tal portata impone un

---

(652) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 446.

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

(654) Rispetto ad una teorizzazione del fenomeno obbligatorio che seppur aggiornata nelle sue implicazioni strutturali prevede, quale elemento indefettibile, la presenza dell'obbligo principale di prestazione.

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

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

(657) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448; non assumono rilevanza, dunque, nella prospettiva indicata quei casi in cui gli obblighi di protezione sussistano anche dopo che l'obbligo di prestazione sia venuto meno o per l'assolvimento dello stesso o perché

confronto tra i casi concretamente considerati e i due regimi di responsabilità civile[658]. In una tale direzione, si impone il confronto con la responsabilità precontrattuale[659] nella quale, pur difettando, nella prospettiva tradizionale, un vero e proprio obbligo di prestazione è possibile, tuttavia, identificare un rapporto obbligatorio, nel quale sorgano obblighi di protezione a tutela delle sfere giuridiche delle parti.

All'interno, dunque, della *culpa in contrahendo*[660] possono identificarsi una serie di obblighi di protezione ingenerati dalla buona fede, pur mancando un obbligo di prestazione, nell'accezione tradizionale.

Proprio da una tale ipotesi di indipendenza dall'obbligo primario di prestazione, deriverebbe la conferma che gli obblighi di protezione siano dotati di indipendenza sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale. Ed una tale constatazione, in linea con il dettato dell'art. 1173 del codice civile, permetterebbe di postulare la conformità, con il nostro

---

il contratto dal quale sarebbe derivato detto obbligo risulti essere affetto dal vizio di nullità. Si vedano anche le riflessioni svolte da NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 45 ss.

(658) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448; a tal riguardo l'Autore rileva come «*non ci troviamo di fronte ad una alternativa secca. Si prospettano almeno tre possibilità: a) la scoperta di una zona di confine nella quale le due aree della responsabilità di diritto civile confluiscono, manifestando una sorta di reciproca compatibilità, può indurre a reputare finalmente verificata l'ipotesi dell'unicità di natura della responsabilità contrattuale e di quella aquiliana donde dovrebbe conseguire l'omogeneizzazione delle discipline all'insegna di una riduzione dell'intero a responsabilità aquiliana; b) in una prospettiva di segno opposto, la connotazione delle ipotesi rilevate, che le configura come ancipiti tra l'una e l'altra area tradizionale della responsabilità, potrebbe indurne ad asseverarne l'autonomia di tertium genus tra contratto e torto; c) infine potrebbe essere verificata l'ascrivibilità di esse al primo o al secondo, con una conferma della tradizionale bipartizione della responsabilità di diritto civile*». Nelle pagine successive l'Autore, chiarendo diversi equivoci che si annidano in tema di caratteristiche della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ricostruisce puntualmente le tre alternative sopra prospettate, giungendo alla conferma che due siano le forme di responsabilità e che, pertanto, i casi considerati debbano, necessariamente, esseri ricondotti nell'alveo di una di queste due.

(659) Qui l'Autore richiama, condividendone il percorso logico-argomentativo e il punto di approdo, l'opera di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., nella quale veniva chiaramente illustrato come l'ipotesi precontrattuale dovesse essere ascritta nell'alveo della responsabilità contrattuale; in particolare alla pag. 370 MENGONI identifica chiaramente il fondamento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale: «*in generale, si può affermare che la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte*». Si rimanda, per ulteriori profili, al par. 2.4 della prima parte del presente lavoro.

(660) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 463.

ordinamento, delle obbligazioni senza prestazione[661], delle quali un esempio potrebbe individuarsi nella norma di cui all'art. 1337 c.c. Ed è da qui che si origina la domanda motrice dell'indagine condotta dall'Autore, e cioè se non possano darsi altre ipotesi, suscettibili di essere risolte nella stessa forma giuridica della responsabilità precontrattuale, poiché analogamente presiedute dalla regola di buona fede[662], in considerazione della circostanza che quella precontrattuale sarebbe «*solo una specie di responsabilità da violazione dell'affidamento*»[663].

L'indagine condotta, dunque, ha lo scopo di verificare se vi siano altre ipotesi nelle quali l'affidamento sia idoneo a far sorgere obblighi, che integrino la violazione dell'affidamento e che siano tutelabili attraverso l'impiego analogico della norma sulla responsabilità precontrattuale[664].

Le fattispecie considerate[665] vengono ricostruite in termine di violazione di autonomi obblighi di buona fede nati in funzione dell'altrui affidamento, insorti in ragione di un contatto instauratosi tra i soggetti coinvolti, nonché dello *status* professionale del soggetto da ritenere responsabile nei confronti del danneggiato[666]. Ed è proprio in ragione della ritenuta possibilità di

---

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

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

(663) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 470 ed anche 474; l'affermazione pare fondarsi, fra l'altro, anche sulla seguente considerazione svolta da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370: «*la rilevanza dell'affidamento, come elemento essenziale della fattispecie cui è collegato il comando dell'art. 1337, risulta espressamente dagli artt. 1338 e 1398, e del resto è implicita nel concetto stesso di buona fede oggettiva, ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione di affari*».

(664) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 471; poco dopo l'Autore rileva: «*quanto all'abuso della responsabilità precontrattuale, già in altre occasioni ho creduto di rilevare la forzatura di ritenere precontrattuale una responsabilità originata da un contatto sociale che in nessun modo poteva dirsi volto alla stipulazione di un contratto tra i soggetti del rapporto di responsabilità*», ed ancora alla pagina 473 «*ciò che già a suo tempo mi sembrò decisivo e rimane tale tuttavia è la considerazione che parlare attendibilmente di responsabilità precontrattuale si può soltanto quando il comportamento delle parti sia oggettivamente orientato alla stipulazione di un contratto*».

(665) Si veda la precedente nota 647.

(666) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 ss. Impiegando quale termine di paragone la responsabilità del medico operante all'interno della struttura sanitaria, CASTRONOVO esclude l'applicabilità del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, reputando la ricostruzione della fattispecie in termini di obbligazione senza prestazione come una via più diretta (così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 481 ss.). Sempre con riguardo all'ipotesi del medico rileva, alla pag. 482, come «*un affidamento si instaura* recta via *tra paziente e medico, pur quando quest'ultimo non sia obbligato alla prestazione nei confronti del primo; un affidamento giustificato dalla qualità professionale, la quale sembra*

estensione in via analogica della norma prevista dall'art. 1337, in considerazione del suo essere solo una delle ipotesi di violazione dell'affidamento, unita alla rilevanza dello *status* professionale, a confermare, nella ricostruzione proposta dall'Autore, la configurabilità della categoria generale dell'obbligazione senza prestazione.

Tale ricostruzione, come riferisce lo stesso Autore, avrebbe avuto un ampio accoglimento da parte della dottrina[667] affermandosi, altresì, all'interno della giurisprudenza[668] che avrebbe consacrato non solo l'integrazione nel nostro ordinamento giuridico ma anche, implicitamente, il fondamento proposto.

La teoria dell'obbligazione senza prestazione, sopra brevemente tratteggiata[669], presenta l'indubbio pregio di proporre una ricostruzione unitaria, postulando l'esistenza di una categoria generale nella quale siano sussumibili diverse ipotesi di responsabilità derivante da lesione dell'affidamento e, rispetto alla quale, la responsabilità precontrattuale costituirebbe solo un'ipotesi.

Pur riconoscendone i chiari vantaggi sotto il profilo sistematico di una tale ricostruzione, la ricostruzione proposta sufferisce le seguenti riflessioni[670].

Una prima considerazione potrebbe essere svolta in merito all'applicazione in via analogica della norma di cui all'art. 1337 c.c. alle ipotesi più sopra indicate, contrassegnate dalla violazione di un affidamento ingenerato nei confronti di un consociato, anche in ragione dello *status* professionale di uno dei soggetti coinvolti. Proprio in ragione della similitudine delle ipotesi richiamate, si giustificherebbe l'applicazione in via analogica della norma sulla responsabilità precontrattuale.

---

idonea come tale a fondare una pretesa specifica di protezione»; ed ancora «*trova invece corso l'idea secondo cui la stessa qualificazione professionale genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto a uno specifico fine; 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 al regime del torto aquiliano*».

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

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

(669) Per ulteriori profili, si vedano i contributi indicati alla nota 646.

(670) Critica rispetto alla ricostruzione considerata nel testo è NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra la responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, *IV, Attuazione e tutela dei diritti*, *III, La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 233, in particolare 239 ss.

Ma, avuto riguardo al contenuto della disposizione dell'art. 1337 ed ai presupposti del procedimento analogico, una tale operazione ermeneutica non pare, del tutto persuasiva.

Come noto[671], presupposto affinché si possa impiegare il procedimento analogico, è la sussistenza di una lacuna[672] nell'ordinamento che impedisca di applicare, anche in via estensiva, la disciplina già presente[673]. A tal riguardo, potrebbe rilevarsi che, per le ipotesi contemplate[674], in ogni caso ci si potrebbe sempre avvalere, sussistendone i requisiti, della tutela aquiliana, grazie all'ampiezza della formulazione della disposizione di cui all'art. 2043.

Né, pare a chi scrive, che pur alla luce della peculiarità delle ipotesi considerate dalla teoria dell'obbligazione senza prestazione, potrebbe compiutamente sostenersi che la carenza di una tutela di tipo contrattuale, integri, di per sé, un'ipotesi di lacuna nell'ordinamento. Ma anche ove non si reputasse rilevante la superiore considerazione, pare potersi individuare un ulteriore aspetto in contrasto con la possibilità di impiegare il procedimento per analogia.

Come noto, assunta l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento, il criterio in base al quale procedere, nell'*analogia legis*, all'individuazione della norma da applicarsi alla fattispecie che, invece, ne sia sprovvista è da identificarsi nella *eadem ratio*[675] che deve accomunare le due norme.

---

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

(672) Per tutti, BOBBIO, *Analogia,* cit., 604.

(673) Così CARCATERRA, *Analogia (Teoria Generale)*, cit., 8; sul punto LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 387, richiamando il pensiero di CARCATERRA, in critica alla categoria considerata afferma che «*dal punto di vista dei presupposti per dell'argomento per analogia, va rilevato che il ricorso a questo procedimento interpretativo è possibile solo se il caso da decidere non sia dalla legge già previsto, neppure implicitamente. E, a quanto consta, il caso (ad esempio) dell'informazione professionale che non sia rivolta alla conclusione di un contratto o all'attuazione di un obbligo di prestazione può bene rientrare nell'ambito dell'art. 2043; perciò in relazione a questa vicenda non si potrebbe parlare attendibilmente di analogia impiegata per colmare una lacuna*».

(674) Si veda la nota 637.

(675) Cfr. CARCATERRA, *Analogia,* cit., 10 ss. e BOBBIO, *Analogia,* cit. 603. In particolare quest'ultimo Autore chiarisce come «*la ragion sufficiente di una norma giuridica è ciò che i giuristi hanno chiamato tradizionalmente* ratio legis»; ed ancora, *ivi,* «*per ragione di una legge o* ratio legis, *si è sempre inteso, per esprimerci con una formula comunemente accettata,* «id propter

Ed allora, in tale prospettiva, sarà necessario provare ad individuare preliminarmente la *ratio* dell'art. 1337 c.c., al fine di verificarne l'eventuale identità con le ipotesi che si assumono debbano essere regolate nella medesima forma giuridica[676]. La disposizione di cui sopra, ha lo scopo di estendere l'operatività degli obblighi di correttezza e buona fede anche alla fase di trattative e di formazione del contratto[677].

La scopo di una tale disposizione, dunque, appare quello di tutelare dei soggetti che, seppur non ancora parti di un rapporto contrattuale perfetto, si trovino in una situazione di «*contatto sociale*»[678] che, proprio perché finalisticamente orientata alla conclusione di un contratto, necessita di essere specificamente tutelata, anche in virtù della «*specifica possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte*»[679]. L'elemento che, quindi, fonda e giustifica l'estensione degli obblighi di buona fede e correttezza, e che differenzia tale situazione da tutte le altre, è proprio l'esistenza di una relazione che sorge e si intrattiene allo scopo di concludere un contratto[680].

Di un rapporto obbligatorio, così insorto, l'affidamento obiettivo costituisce un epifenomeno che segna, temporalmente e qualitativamente, solo il momento dal quale insorge l'obbligo di comportarsi in accordo con le

---

quod lex lata est, et sine quo lata non esset*»; onde fondatamente si è sempre concluso che* «cessante ratione legis, cessat et ipsa lex». *Ma se la* ratio legis *è la ragion sufficiente della norma giuridica, si dovrà dire, in base al principio di validità del ragionamento per analogia, che l'estensione dal caso regolato al caso non regolato è legittima quando il secondo ha in comune col primo la* ratio legis, *o per dirla con le parole usate tradizionalmente dai giuristi, quando la somiglianza dei due casi consiste nell'avere l'*eadem ratio».

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

(677) Cfr. *Relazione al codice civile*, cit., n. 612, nella quale è dato, altresì, leggere «*l'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione che richiedono una pacifica collaborazione produttiva*». Come si è già avuto modo di puntualizzare nel corso del presente lavoro, è proprio in virtù di una corretta lettura della disposizione di cui all'art. 1337 che è possibile affermare l'insorgenza, già in questa fase della vicenda contrattuale, degli obblighi di protezione; a tal riguardo si veda MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 364.

(678) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 361.

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

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

clausole di buona fede e correttezza[681]. Volendo, dunque, identificare quale sia la *ratio* della norma di cui all'art 1337, la stessa dovrebbe essere identificata nella necessità di estendere gli obblighi di buona fede e correttezza in presenza di un contatto negoziale, ovvero di una relazione instauratasi al fine di stipulare un contratto.

Ed è tale elemento che, al fine di giustificare l'applicazione analogica di una tale disposizione ad ulteriori fattispecie, dovrebbe essere presente: è l'intenzionale contatto negoziale l'*eadem ratio* da riscontrare.

E, a ben guardare, una tale circostanza pare tutto assente nella ricostruzione dei casi da ascrivere alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, difettando il contatto di tipo negoziale e, anzi, negandosi *in nuce* che lo scopo sia quello di giungere all'insorgenza di un rapporto obbligatorio, connotato da un obbligo principale di prestazione e da obblighi di protezione accessori. L'estensione analogica, dunque, della norma contenuta dall'art. 1337 c.c. alle ipotesi di cui sopra, non sembra essere condivisibile[682]; sotto tale

---

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

(682) In questo senso, si veda, da ultimo, DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11, il quale rileva che «*proprio muovendo dalla "specificità" (del caso) della* culpa in contrahendo*, non sembra sia consentito "navigare" oltre di essa, nel "mare aperto" di rapporti aventi diversa natura e collocazione*». Concorde con la posizione espressa è, altresì, LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 388, il quale puntualizza che «*il contatto e l'affidamento non sono gli unici elementi che caratterizzano la fattispecie disciplinata dall'art. 1337. Il comportamento delle parti, assoggettato da questa norma alla buona fede, ha come scopo la conclusione di un contratto, e questa circostanza non può essere pretermessa senza snaturare l'esigenza per la quale si è inteso estendere alle trattative la buona fede oggettiva prevista per l'attuazione del rapporto obbligatorio inteso in senso tradizionale. A ben vedere l'elemento che più di ogni altro connota la previsione dell'art. 1337 è proprio lo scopo di concludere un contratto, e questo obiettivo ricorre naturalmente soltanto nelle trattative e nella formazione del contratto*». Si consideri, inoltre, quanto affermato dallo stesso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 471.

SCAGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 203, osserva come parte della dottrina ritenga che «*la situazione di contatto (relazione), instauratasi tra le parti nel corso delle trattative, costituisce già di per sé una idonea fonte per la nascita di un rapporto giuridico, da cui rampollano obblighi di*

profilo non hanno del tutto persuaso le repliche fornite alle superiori considerazioni[683], soprattutto in merito all'identificazione di quale sia la lettura della norma da applicarsi analogicamente.

Ed infatti, in merito alla supposta applicabilità analogica tra l'ipotesi di cui all'art. 1337 e le fattispecie di interesse per la ricostruzione dogmatica qui considerata, ci si troverebbe di fronte a situazioni aventi medesimo scopo, ma un diverso contenuto «*precisamente perché non destinato alla conclusione di un contratto*»[684]. Ma è, invece, proprio di diversità di scopo che si ritiene si debba parlare rispetto alle fattispecie contemplate, tanto più ove si consideri la chiarezza, sul punto, della disposizione dell'art. 1337 che giunge a ritenere che proprio lo scopo del contatto avvenuto tra le parti, quello di condurre trattative e concludere un contratto, sia l'elemento indefettibile, «*il nucleo fondamentale in funzione del quale è individuabile la* ratio legis *che fatto concreto e fattispecie devono avere in comune*»[685].

---

comunicazione, custodia, ecc. Alla quale riesce agevole però replicare che una relazione di fatto non può di per sé, e nel silenzio della legge, generare un rapporto di tale natura e contenuto».

(683) Si veda CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 698 il quale osserva: «*è chiara l'incomprensione di chi ritiene che gli estremi dell'applicazione analogica non vi sarebbero perché della responsabilità precontrattuale presupposto non è lo status di una parte, come invece sarebbe nella obbligazione senza prestazione; essendo chiaro che lo status che viene in evidenza nell'obbligazione senza prestazione costituisce l'elemento che qualifica il contatto sociale, in funzione dell'affidamento, come nella responsabilità precontrattuale tale elemento è costituito dalla qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa, qualità senza la quale non si spiega l'obbligo di comportarsi secondo buona fede che secondo è 'indice sicuro di un rapporto obbligatorio'*». Di tale ultima riflessione, in particolare non persuade il punto d'approdo. La sensazione è che ciò che più rilevi nella previsione di cui all'art. 1337 è che le parti entrino il rapporto al fine di condurre trattative e concludere un contratto; tutto il resto, costituisce epifenomeno o conseguenze di un tale scopo che è chiaro e palese nella volontà delle parti. E proprio perché tale è l'elemento che ha giustificato, nel pensiero del legislatore, l'estensione degli obblighi di buona fede e correttezza ad una fase che, diversamente, non li vedrebbe coinvolti, è proprio la ragione delle parti che giustifica la tutela a dover esser ricercato nella fattispecie che si assume di voler regolare mediante interpretazione analogica dell'art. 1337; elemento che, come si è avuto modo di evidenziare, è del tutto carente nelle ipotesi proposte dalla teorica dell'obbligazione senza prestazione.

(684) Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 140; l'Autore, alla pagina 146, rileva che «*sul piano strettamente positivo, perciò, si può parlare o di applicazione analogica della disciplina sulle trattative e la responsabilità contrattuale, o, una volta acclarato, proprio sulla scorta dell'art. 1337, che il rapporto obbligatorio è tale anche quando manchi l'obbligo di prestazione, di obbligazione che, secondo l'art. 1173 nasce in esito ad un altro atto o fatto idoneo a produrla in conformità con l'ordinamento giuridico: l'identità di natura dei rapporti da contatto sociale qualificato e di quello precontrattuale è infatti base più che sufficiente per consentire di affermare che la legge, alla stregua di quest'ultimo, consente il sorgere di altri rapporti obbligatori sulla base di elementi di fatto di pari natura*»; poco dopo l'Autore aggiunge, altresì, come il contatto sociale qualificato possa generare solo obblighi di protezione.

(685) Sono le parole dello stesso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 34; tanto più ove si tengo conto che era stato lo stesso CASTRONOVO in *Problema e sistema nel*

Parimenti non convince la teorizzazione di una più ampia categoria di lesione dell'affidamento[686], dedotta dalla generalizzazione di solo alcuni degli elementi previsti dalla disciplina della responsabilità precontrattuale, della quale l'ipotesi di cui all'art. 1337 sarebbe solo una delle possibili estrinsecazioni[687]. Né, pare esser solutivo l'impiego del *medium* dello *status*[688]

---

danno da prodotti, cit., 334-335, alla nota 2 ad affermare, in merito alla ricostruzione proposta da GHIDINI, *La responsabilità del produttore dei beni di consumo,* I, *Profili precontrattuali*, Milano, 1970 del rapporto tra produttore e consumatore in termini di responsabilità precontrattuale, che «*la tesi* […] *non resiste alla obiezione per la quale fare a capo ad un modello di responsabilità che, come quella precontrattuale, sola può sorgere in sede di trattative volte alla stipulazione di un contratto, per descrivere una relazione tra soggetti che mai in ipotesi la stipuleranno, è contraddittorio*». Ed ecco perché, probabilmente, in accordo con le parole di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 109, secondo le quali gli obblighi di protezione «*nella fase delle trattative e della formazione del contratto* […] *costituiscono un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*», si può considerare questa come l'unica ipotesi, allo stato, accoglibile nel nostro ordinamento di obbligazione senza prestazione, ove si ritenga di assumere che vi sia perfetta ed esclusiva sovrapponibilità tra gli obblighi di protezione e gli obblighi assunti dalle parti in funzione della conduzione delle trattative e della conclusione del contratto. E questo, non perché l'approccio che qui si ritiene di condividere, sia frutto di un «*mero apriorismo*», così come definito da CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione,* cit., 694, ma proprio perché l'indice che permette di qualificare la relazione come assistita dagli obblighi di correttezza e buona fede è da ricondursi allo scopo che le parti si pongono allorché entrino in contatto: porre in essere trattative e concludere un contratto.

(686) Ugualmente critico appare VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 112 che rileva, a tal proposito, come «*non è sembrata sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell'indicazione proveniente dall'art. 1337. Se, infatti, questa norma autorizza a pensare che possa sussistere un rapporto di protezione privo di collegamento con un dovere principale di prestazione, non è certo che essa di per sé, esprima un principio generale valido anche al di fuori delle trattative contrattuali; e comunque non aiuta a comprendere quali siano i tratti del "contatto sociale qualificato", diverso dalle trattative che ne giustificano l'estensione*».

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

(688) Si veda, ad esempio, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 466, 475 e 482; per una posizione più netta sul tema dello status professionale: SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status,* in *Giurisprudenza italiana,* 1995, 356 e 363 ss., nonché ID, *Ancora sulla responsabilità della banca*

di uno dei soggetti coinvolti nel contatto al fine di identificare, unitamente all'affidamento, coordinato con la buona fede[689], l'insorgenza di una obbligazione senza prestazione[690]. Ed ancora, un'ulteriore considerazione attiene alla «*difficoltà di abbandonare il criterio secondo cui la responsabilità contrattuale presuppone un obbligo specifico di comportamento, finalizzato ad un risultato utile per colui che ne è il destinatario (prestazione)*»[691]; per potersi parlare di rapporto obbligatorio, in altri termini, si dovrebbe poter rinvenire sempre all'interno di questo un obbligo di prestazione.

Tanto più ove si consideri che proprio di prestazione si dovrebbe poter parlare ogni volta che ci si trovi davanti ad un comportamento «*orientato a fare ottenere un risultato favorevole a soggetti (o a cerchia di soggetti) determinati e cioè di un obbligo funzionale alla soddisfazione di un diritto*».[692]

Per comprendere fino in fondo le implicazioni di una tale affermazione, pare a chi scrive doversi considerare, seppur brevemente, l'ipotesi che, forse più di tutte, ha costituito terreno di confronto sulla teorica dell'obbligazione senza prestazione: quella della responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria[693]. Ma è proprio su questo tema[694], che la teoria

---

per violazione di obblighi discendenti dal proprio status, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, 665 e 658 ss. Su tale aspetto, più di recente, ha puntualizzato CASTRONOVO in *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 698; si veda la precedente nota 657.

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

(690) A tal proposito si vedano le osservazioni di LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 340 ss., il quale oltre a sottolineare la difficoltà, per l'interprete nell'identificare quali «*attività economiche sono idonee ad essere fonte sicura di obblighi di salvaguardia della sfera giuridica altrui*», anche la circostanza che «*la tesi degli obblighi di protezione come effetti diretti di una qualifica professionale non ha fornito alcun solido argomento per spiegare come da uno status possano nascere obblighi verso terzi*». Sul medesimo punto DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 73 il quale chiarisce come a differenziare un rapporto di tipo contrattuale da uno "casuale" «*non basterebbe dunque richiamare una situazione che faccia leva su «ruoli» e vesti specifiche rivestiti dal soggetto dell'incontro, perché in tal modo, attraverso la buona fede, non si farebbe che descrivere, in altro modo, lo stesso «ruolo» o veste rivestiti dal soggetto e (o lo specifico dovere su di esso incombente*».

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

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

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

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

dell'obbligazione senza prestazione si intreccia, soprattutto in giurisprudenza, con quella della c.d. responsabilità derivante da contatto sociale[695] qualificato; appare pertanto opportuno, considerare le due ricostruzioni insieme al fine di individuarne gli, eventuali, diversi profili.

2.3 Il contatto sociale qualificato come fonte di un rapporto obbligatorio e l'obbligazione senza prestazione.

A tal riguardo, un punto di partenza viene solitamente individuato nell'arresto n. 589 del 1999 della Corte di Cassazione[696]. In tale sentenza la Suprema Corte, dopo aver effettuato una ricostruzione dei diversi orientamenti emersi nel corso degli anni, in materia di responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria, conclude per la configurabilità, a carico dello stesso medico, di una responsabilità di tipo contrattuale.

In realtà, l'argomentazione attraverso la quale la Corte giunge a tale decisione, nonché il fondamento della stessa, non sono perfettamente cristallini[697], consentendo che della stessa pronunzia si potessero fornire

---

(695) Si segnala l'espressiona contatto sociale fosse stata già impiegata, in ambito di responsabilità precontrattuale, da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 84 e da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 361.

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

(697) LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 353, dopo aver ricordato come nella suindicata pronuncia la Supra Corte richiami sia l'obbligazione senza prestazione sia i rapporti contrattuali di fatto, definisce «*anfibia*» la soluzione adottata; in senso analogo THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza prestazione*, cit., 348 afferma «*ma ciò che lascia davvero perplessi è che i giudici di legittimità, dopo questo sfoggio di erudizione, non si soffermano a precisare se dal contatto tra medico e paziente scaturisca un mero*

interpretazioni tra loro discordanti[698]. In particolare, tale decisione è stata salutata, come coronamento e conferma della validità della ricostruzione della categoria dell'obbligazione senza prestazione in Italia[699].

In realtà, pare potersi affermane che l'impianto motivazionale, della pronuncia richiamata, possa essere ben ricostruito secondo altra direttiva.

Ed infatti, il richiamo[700] alla categoria dell'obbligazione senza prestazione contenuto nella pronunzia ricordata, non sembra costituire il vero fulcro della decisione. A ben guardare, infatti, dopo un iniziale richiamo alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, l'attenzione della Corte si sposta[701] su altri aspetti che, tralasciando la questione del rapporto sotto il profilo strutturale, si concentra verso quello costitutivo richiamando, invece, concetti come quello di «*rapporto contrattuale di fatto o* [...] *contatto sociale*»[702].

Il discorso condotto dalla Corte muove sulle fonti dell'obbligazione[703], chiarendo come, nell'ipotesi considerata, il contatto sociale (qualificato)

---

obbligo di protezione, in armonia con la teoria dell'obbligazione senza prestazione, ovvero un vero e proprio obbligo di prestazione, come lascerebbe supporre il riferimento alla categoria dei rapporti contrattuali di fatto».

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

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

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

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

(702) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, 6.2. Per una ricostruzione della teoria del contatto sociale, alla luce della giurisprudenza e della dottrina tedesca, si veda ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 78 ss.; si veda, altresì, DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, cit., 221 ss.

(703) DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 449. Nella motivazione della sentenza, al punto 6.2, viene evidenziato come la categoria del contatto sociale «*mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore*». A tal proposito rileva CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 487 che «*di sfasatura tra l'obbligazione e la*

ingeneri un rapporto obbligatorio da sottoporsi, *tout court*, alle «*regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto*»[704], ancor più ove si tenga conto di come la Corte espliciti chiaramente[705] che il profilo contenutistico degli obblighi riconducibili in capo al medico sia esattamente il medesimo a prescindere che tra medico e paziente sia stato concluso o meno uno specifico contratto[706].

Ed infatti, la responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria, concretizzandosi e attualizzandosi non per l'assunzione di uno specifico obbligo nei confronti del paziente, ma in occasione dell'esecuzione della prestazione sanitaria, «*si atteggia, quanto al suo contenuto, come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore (e cioè il* dare facere oportere *delle fonti)*»[707].

---

sua fonte si potrebbe parlare se, l'obbligazione senza prestazione nascendo da uno dei fatti innominati ai quali fa riferimento l'art. 1173, la si assoggettasse a una disciplina che fosse propria delle obbligazioni nate da contratto. La legge conosce invece una disciplina unitaria delle obbligazioni, che prescinde dalla considerazione della fonte». Ma è proprio tale circostanza che sembra voler sottolineare la motivazione della Corte, sottolineando che pur in assenza di un contratto, l'obbligazione che ne scaturisce è un'obbligazione alla quale dovrà essere applicata, non solo la disciplina unitaria propria di ogni obbligazione, ma anche quella peculiare delle obbligazioni nate da contratto, con questo confermando la ricostruzione in base alla quale dal contatto sociale deriverebbe un'obbligazione completa di prestazione e obblighi accessori.

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

(705) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, 6.3: «*in altri termini, la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due*».

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

(707) DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 450; poco dopo l'Autore aggiunge: «*si potrebbe quasi osservare che la normale sequenza che vede l'obbligazione precedere la prestazione qui si presenta capovolta, giacché è quest'ultima a precedere la responsabilità e quindi l'obbligazione, nel contesto dunque di una particolare valorizzazione del momento esecutivo*». Non appare condivisibile l'idea di voler ridurre gli obblighi di cura a meri obblighi di protezione come, invece, propone CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* 484 e 485; ed ancora, nello stesso senso ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 60 alla nota 15, in critica alla posizione di PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 333, il quale rileva che il ricco contenuto dell'obbligazione del medico non può essere ridotto a «*mero dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica*» e che «*si mistifica la realtà sostenendo che il medico deve osservare gli obblighi professionali verso l'ente ospedaliero e non verso il malato*», afferma che si «*tratta di stabilire nei confronti di chi valga questa pretesa, distinguendo con precisione i profili formali da quelli*

Ed una tale considerazione permette di affermare che «*in principio, si può dire, v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione*»[708].

Sarebbe, dunque, il contatto sociale che si ingenera tra medico e paziente che renderebbe il primo debitore di una prestazione nei confronti del secondo, prestazione che avrà ad oggetto non solo obblighi di protezione, ma veri e propri obblighi di prestazione che vanno ben «*al di là del garantire che la condizione del paziente non abbia a risultare peggiore di quella che sarebbe stata ove nessun "contatto" si fosse verificato, cioè dell'obbligo statico di protezione*»[709].

La ricostruzione appena delineata, che si ritiene di condividere, ha suscitato alcune repliche[710] da parte di coloro i quali, invece, hanno visto nella sentenza in commento un chiaro, e completo, recepimento dell'obbligazione senza prestazione da parte della giurisprudenza italiana.

Rispetto alla prospettata esistenza di una prestazione sanitaria, si replica che sicuramente il paziente si attenderà un risultato utile, ma non dal medico, bensì dalla struttura sanitaria[711], giacché non potrebbe individuarsi una posizione contrattualmente indipendente in capo al medico, rispetto a quella della stessa struttura sanitaria né, sotto tale profilo, rileverebbe anche l'eventuale circostanza che il medico sia ritenuto responsabile per *culpa in non faciendo*[712], tenuto conto che l'inversione, sopra ricordata, tra prestazione e

---

sostanziali. Ora anche la Cassazione afferma che il medico ospedaliero non è debitore della prestazione nei confronti del paziente, dato che, aggiungiamo noi, non se ne vede la fonte. Se questo è vero, rimane misterioso in base a quale profilo formale si possa ipotizzare un'obbligazione di risultato del primo nei confronti del secondo».

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

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

(710) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59, a proposito del contributo di DI MAJO sopra citato, rileva «*ma la nota va in senso contrario alla decisione, o meglio ne sfrutta gli aspetti problematici che agli occhi del nostro Autore ne mitigano l'adesione alla nuova figura*»; ed ancora si veda ID., *La nuova responsabilità civile,* cit., 487 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 708 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 59 ss.

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

(712) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 489 aggiunge che «*fino a quando il medico svolge la sua attività sul paziente, si limita a dare attuazione al rapporto obbligatorio come ausiliario dell'ente di cura, il quale, ai sensi dell'art. 1228 c.c., risponde dei fatti dolosi o colposi*

obbligazione costituirebbe «*una non spiegata inversione tra fatto e diritto* […] *della quale non si fornisce altra ragione che il puro fatto*»[713].

Le successive pronunzie della Suprema Corte di Cassazione[714] si sarebbero mosse sempre nel solco della teoria dell'obbligazione senza prestazione, confermando l'impostazione della stessa propostane[715], pur essendo approssimative, sotto alcuni profili[716], ma in ogni caso giungendo a rilevare con precisione «*la diversità di struttura e di rilevanza giuridica dell'obbligazione (senza prestazione) del medico o paramedico e della struttura sanitaria*»[717], né il ricondurre entrambe le responsabilità all'ipotesi di cui all'art. 1218 c.c. potrebbe indurre ad omogeneizzare i due rapporti sotto il profilo

---

di esso. E l'ausiliario in quanto tale non è soggetto passivo di un rapporto obbligatorio autonomo nei confronti del creditore, essendo e potendo essere soltanto colui mediante la cui opera il debitore esegue la prestazione». CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 709, più di recente, e proprio in replica alla ricostruzione sopra ricordata di DI MAJO, aggiunge che «*dire perciò che il medico risponde per* culpa in non faciendo *non risolve il problema, poiché si tratta ancora di individuare, all'interno della responsabilità contrattuale che tale formula indica, di quale obbligo, se di prestazione o accessorio, si tratta: e il medico che non ha assunto in proprio alcun obbligo di prestazione, che anzi adempie un obbligo di prestazione altrui, non può dirsi tecnicamente inadempiente. Né è possibile dalla natura contrattuale della sua responsabilità ricavare che allora esso risponde allo stesso titolo della struttura sanitaria, poiché solo quest'ultima è debitrice nei confronti del paziente*».

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

(714) CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 richiama, alla nota 72, Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 540 con nota di KLESTA DOSI e nelle pagine successive Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826 nonché Cass. civ., S. U., 11 gennaio 2008, n. 577. Per una ricognizione della giurisprudenza in materia, si veda ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 96 alle note 65-68.

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

(716) In merito alla pronuncia sopra richiamata, CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 rileva che nella relativa motivazione «*all'insegna della comune natura contrattuale delle due responsabilità, della struttura sanitaria e del medico, tende ad assimilarle, dimenticando che all'origine la responsabilità del medico veniva affermata di natura aquiliana dalla stessa Cassazione a causa dell'assenza di una promessa obbligatoria del medico nei confronti del paziente*»; ed ancora, prosegue l'Autore, ribadendo il proprio punto di vista sul tema, *«e che successivamente fu affermata di natura contrattuale nonostante tale assenza, riconoscendosi che ai fini della qualificazione contrattuale della responsabilità non solo non necessita un contratto ma neppure un rapporto obbligatorio per così dire completo, avente nel proprio contenuto un obbligo di prestazione, ritenendosi sufficienti obblighi di protezione autonomi, che prescindono da un obbligo di prestazione come non si può più dubitare da quando si è accreditata la* culpa in contrahendo».

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

strutturale[718]. Nella normale realtà ospedaliera, della quale si occupa l'obbligazione senza prestazione, si osserva[719], la prestazione del medico è da questi dovuta solo nei confronti della struttura sanitaria.

Ed ancora, l'identità di contenuto della prestazione del medico a prescindere dalla sussistenza o meno di un contratto, come prospettata nella pronuncia sopra ricordata, avrebbe avuto ben altro scopo rispetto a quello di affermare la sussistenza di una prestazione, poiché «*innestata comunque in un contesto di piena accettazione dell'obbligazione senza prestazione da parte della Suprema Corte*»[720]. E la considerazione appena riferita consentirebbe, inoltre, di interpretar correttamente anche altre pronunce[721], e di poter affermare che il creditore della prestazione del medico sarebbe solo la struttura sanitaria[722].

La carenza di prestazione, infatti, troverebbe conferma nella struttura giuridica analoga a quella della responsabilità precontrattuale nella quale, si afferma, è certamente carente l'obbligo di prestazione[723].

Ed ecco che, allora, vista l'irriferibilità della qualifica di creditore in capo al paziente[724], di una prestazione dovutagli dal medico, «*l'obbligazione senza*

---

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

(719) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 61; qui la posizione del medico viene nuovamente paragonata a quella del «*lavoratore subordinato che esegue la prestazione alla quale è tenuto il suo* dominus» e che, pertanto, non potrebbe rispondere di inadempimento nei confronti del «*committente*»; non ci sarebbe, dunque, alcuna fonte dell'obbligo del medico, né avrebbe alcuna utilità il richiamo ai rapporti contrattuali di fatto poiché «*pure questi si configurano diversamente dal fatto che a mio avviso dà vita all'obbligazione senza prestazione*».

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

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

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

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

(724) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit.,64: «*la coincidenza tra la condotta del medico che esegue la propria*

prestazione rimane l'unica soluzione plausibile al problema della responsabilità del medico»[725], considerato, altresì, che l'affidamento del paziente non sarebbe in grado di dar vita a niente di più che a un'obbligazione senza prestazione[726], un rapporto obbligatorio che si costituisce *ex lege*, in seguito al contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo di tutela dell'altrui sfera giuridica[727].

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

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

Innanzitutto, accogliendo l'ipotesi che un'obbligazione possa sussistere senza un corrispettivo obbligo di prestazione, verrebbe a mancare ogni «*parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi o comunque pattuiti*»[728] comportando, peraltro, il mutamento del tipo di interesse protetto[729]. Ma, come più sopra già sottolineato, sotto il profilo strutturale e di teoria generale, non convince

---

prestazione e quella mediante la quale deve da lui essere rispettata la sfera di protezione del paziente non consente che la si trasponga sul piano formale, identificando arbitrariamente come creditore della prestazione colui che Mengoni avrebbe chiamato sostrato materiale della prestazione. Si tratta di profili giuridici diversi che non consentono di qualificare un soggetto, il paziente che tale non è ab origine e tale non può diventare».

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

(726) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 64. Alla pagina 66, l'Autore chiarisce come il concetto di obbligazione senza prestazione, una volta accolto nella sua teorizzazione, permetterebbe di cogliere come la natura obbligatoria di un rapporto non debba essere ricondotta al contenuto del rapporto ma alla «*dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra*» e, dunque, la vera essenza dell'obbligazione consisterebbe nella «*relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si inscrive solo come una variabile possibile*»; nelle pagine successive l'Autore sviluppa le implicazioni di questa chiave di lettura.

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

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

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

l'ipotesi che all'interno dell'obbligazione possa difettare una qualsiasi prestazione[730].

Diverse possono essere le fonti di obblighi specifici la cui violazione dia luogo a responsabilità contrattuale, ma le stesse dovranno pur sempre essere «*saldamente radicate, a loro volta, in rapporti, originati da atti e iniziative e da cui sorgono doveri e pretesi di comportamenti, che riproducono (schemi di) possibili «prestazioni» ossia di comportamenti esigibili non dal* quisque de populo *ma dal soggetto con cui si è entrati in rapporto*»[731], pena il rischio di un indebito ampliamento delle ipotesi foriere di responsabilità contrattuale, con l'unico limite degli incontri casuali[732]. Ed è, invece, proprio la nozione di prestazione[733], per quanto interpretata in chiave moderna, che «*funge ancora da valido criterio per delimitare ciò che è oggetto di progetto o previsione in termini di dover essere da ciò che invece non lo è, perché affidato all'incontro «casuale» tra due soggetti*»[734].

Ed ancora.

Una volta che si sia postulato, che il contatto sociale, sotto il profilo delle fonti, terrebbe le veci del contratto, non si comprende come mai il rapporto attivato dovrebbe limitarsi a sorgere al fine di tutelare da un danno l'altro

---

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

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

(732) DI MAJO, *Le tutele contrattuali,* cit., 66; viene, a tal riguardo, proposto il seguente esempio dall'Autore: «*dovrà dunque distinguersi se l'informazione è richiesta sulla base di un rapporto comunque instaurato con il soggetto che tale informazione fornisce – vero comunque che un affidamento* versus *una esatta prestazione e/o una informazione veritiera può anche sorgere al di là di un rapporto formalmente instaurato, ma sulla base di atti dotati di senso – oppure se essa è causalmente e/o occasionalmente fornita. In quest'ultimo caso, evidentemente non potrà essere la sola qualificazione professionale del soggetto al quale ci si rivolge ad essere la fonte di una precisa responsabilità contrattuale di esso, al di là, si è detto di uno specifico rapporto che renda il soggetto destinatario di obblighi specifici, che fanno assurgere il suo comportamento a «prestazione». Né la qualificazione professionale può per ciò solo essere tale da fare entrare il soggetto nel circuito degli obblighi specifici predicati da rapporti. Essa potrà valere ai fini di una graduazione della colpa ma fermo restando che la responsabilità del soggetto già si fonda materialmente (e/o è destinata a fondarsi per altra via, sulla lesione dei diritti o di interessi protetti in via aquiliana*».

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

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

soggetto e non ad essere dotato di obblighi idonei ad arrecare benefici al soggetto[735]; in altre parole «*attivato il circuito del contratto – contatto sociale, e secondo il quale il "contatto sociale" tiene le veci del contratto, non si vede ragione perché la responsabilità del medico non debba richiamare la "prestazione" ma la mera "protezione" del paziente*»[736].

Come si è avuto modo di accennare, la teoria del contatto sociale e quella dell'obbligazione senza prestazione si sono evolute in stretta connessione, specie per opera dei sostenitori di quest'ultima costruzione, di talché spesso le pronunzie della Suprema Corte, come quelle più sopra richiamate, nelle quali motivazioni era data leggere l'espressione contatto sociale (qualificato), sono state annoverate tra quelle che pienamente recepivano la costruzione dogmatica dell'obbligazione senza prestazione.

Ed è stato proprio l'impiego da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione, a muovere dalla sentenza n. 589/1999 sopra richiamata, dell'espressione contatto sociale ad essere usato come argomento a riprova del pieno recepimento nel nostro ordinamento dell'obbligazione senza prestazione[737].

La teoria del contatto sociale[738] e quella dell'obbligazione senza prestazione, tuttavia, non paiono esaurire la rispettiva portata solo alla luce della connessione summenzionata.

Al di là della genesi delle due ricostruzioni teoriche[739], le cui vicende esulano dallo scopo del presente lavoro, ciò che interessa è verificare,

---

(735) DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 14.

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

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

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

(739) Si vedano a tal riguardo, a titolo esemplificativo, CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., 238 ss.; FAILLACE, *La responsabilità da contatto*

rapidamente, l'uso che del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione è stato fatto dalla giurisprudenza, al fine di comprenderne con quali limiti tali concetti possano essere attualmente impiegati nel nostro ordinamento.

Come si è avuto modo di chiarire, in apertura del presente capitolo, lo scopo è quello di evidenziare, all'esito di tale indagine, la difformità strutturale con la categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

Il tema che, più di tutti, ha favorito il confronto dialettico sulle teorie del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione è stato, come accennato, quello della responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria[740], ed è probabilmente questo l'ambito più indicato per saggiare le due ricostruzioni indicate.

La parabola evolutiva dei concetti può essere disegnata attraverso alcune pronunzie[741].

Il primo punto di riferimento, in tale breve *excursus*, può essere individuato in Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589 della quale si è avuto già modo di discorrere[742], sottolineando come, ad avviso di chi scrive, l'indicazione interpretativa fornita, all'indomani della sentenza, secondo la quale dal contatto sociale tra medico strutturato e paziente deriverebbe un'obbligazione strutturalmente e contenutisticamente coincidente con analogo rapporto che abbia la propria fonte in un contratto, appaia quella più persuasiva. Ma proprio perché, in tale ambito, fondamentale è stato reputato anche l'apporto della giurisprudenza, dovrà procedersi ad una

---

sociale, Padova, 2004, 5 ss; GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, 49 ss.; SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012, 9 e 33. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705, a proposito della terminologia, chiarisce che «*in dottrina è stato precisato che il c.d. contatto sociale è un fraintendimento linguistico, perché, come anche noi avevamo avuto modo di scandire, fondamento della responsabilità sono gli obblighi generati dalla buona fede come conseguenza dell'affidamento innescato dal contatto sociale con il professionista*».

(740) GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, cit., 81.

(741) E' possibile trovare un'indicazione in tal senso, ad esempio, in CASTRONOVO, *Ritono all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss.

(742) In merito a tale pronunzia è stato rilevato che, in ogni caso, «*la svolta del 1999 si pone come una scelta di campo a favore della responsabilità contrattuale nell'ottica di una più adeguata tutela del paziente, con una progressiva erosione del favor per il medico e conseguente riequilibrio delle posizioni dei soggetti del rapporto*», così SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., 58.

valutazione della ricostruzione proposta della responsabilità del medico c.d. strutturato nelle stesse sentenze, anche alla luce dei richiami indicati all'interno delle medesime pronunzie che, in alcuni casi, potrebbero fornire elementi di conferma di un'impostazione piuttosto che di un'altra.

Muovendo, dunque, da quanto già rilevato in merito alla sentenza n. 589/1999, un successivo sviluppo delle argomentazioni proposte in quella sede può essere rintracciato in Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826[743].

Prendendo le messe da un caso di supposta responsabilità civile da attività medico-chirurgica, la Corte, con una sentenza che ha effettuato una approfondita disamina dei principali profili della materia, tanto da indurre un Autore a qualificarla come «*scolare*»[744], ha preso posizione anche in merito alla questione del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione.

A tal riguardo, in particolare, i Giudici della Suprema Corte di Cassazione, ben consapevoli del dibattito sorto in merito al tema della responsabilità del medico c.d. strutturato, hanno espressamente affermato che «*la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria. Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione*».

Ed ancora, ed è qui il punto chiave della pronuncia, «*nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti*

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

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

a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi»[745].

Nella pronuncia in questione, dunque, emerge inequivocabilmente l'affermazione che dal contatto sociale inteso, correttamente, quale fonte *ex* art. 1173 c.c.[746] derivi un rapporto obbligatorio «*che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale*» e che «*la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento dell'obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c.*»[747]. Nel passaggio in oggetto, peraltro, viene espressamente indicato, quale prima pronuncia del consolidato orientamento appena espresso proprio Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589 confermando, dunque, la fondatezza dell'interpretazione sopra richiamata[748] e, implicitamente, indicando come, in realtà, non vi fosse stata adesione da parte della Corte di Cassazione alla teoria dell'obbligazione senza prestazione[749].

A ben vedere, oltre alla pronuncia appena considerata, ed ai precedenti ivi richiamati, una conferma che questa fosse la corretta configurazione strutturale da attribuire alle obbligazioni insorte da contatto sociale era stata già fornita, indirettamente, dalla sentenza Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2002,

---

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

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

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

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

(749) Si veda, a tal riguardo, GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, cit., 76, rileva «*mi sembra quanto meno azzardato l'assunto secondo cui la novità del nuovo corso giurisprudenziale starebbe nell'aver ammesso la configurabilità nel nostro ordinamento di obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, mentre il* quid novum *deve individuarsi, piuttosto che sul piano del contenuto del rapporto obbligatorio, sul piano delle fonti*»; alla pagina 92 definisce, rispetto alla sentenza n. 589/1999 «*accoglimento (del tutto apparente e meramente nominalistico) della teoria dell'obbligazione senza obbligo primario della prestazione*» e chiarisce, alla pagina 94, come «*aldilà degli* obiter dictum*, la giurisprudenza non ha affatto riconosciuto nel medico dipendente – paziente un'obbligazione senza prestazione*».

n. 14934[750], seppur relativamente ad altra ipotesi di responsabilità professionale.

Nella relativa motivazione, infatti, è dato leggere che «*presupposto della responsabilità da "contatto sociale" è che l'esercente della professione protetta effettui una prestazione inesatta in favore di un soggetto, che ne riceva un danno. Se detta prestazione manca nei confronti del soggetto che si ritiene danneggiato, non può sussistere neppure una responsabilità del notaio da contatto sociale*»[751].

Il brevissimo percorso tracciato, in merito alle vicende della responsabilità del medico strutturato, può trovare un suo punto di arrivo, almeno sotto il profilo dell'impostazione, in Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577[752].

Anche in tale sentenza molte sono state le questioni affrontate[753]; per quanto qui di interesse è possibile rilevare come nella pronuncia venga ribadita, in via definitiva, la natura contrattuale, fondata sul contatto sociale, della responsabilità del medico, indicando tra i precedenti di tale orientamento proprio la sentenza n.589/1999[754].

Ed ancora, viene ribadita l'autonomia del rapporto tra medico e paziente rispetto a quello tra struttura e paziente, chiarendo ulteriormente il contenuto e la portata delle rispettive prestazioni[755].

---

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

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

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

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

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

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

Alla luce di quanto brevemente considerato, dunque, è possibile rilevare, avuto riguardo alla vicenda della responsabilità del medico c.d. strutturato, come la giurisprudenza della Cassazione abbia chiarito che l'obbligazione che trovi la sua fonte nel contatto sociale sia un'obbligazione, strutturalmente e contenutisticamente, analoga a quella che abbia la sua fonte in un contratto, con ciò distinguendo nettamente, dunque, il rapporto obbligatorio con fonte nel contatto sociale qualificato da quello definito, dalla dottrina, come obbligazione senza prestazione [756].

2.4 Il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi nella giurisprudenza italiana.

Alla luce del breve percorso ricognitivo compiuto nei precedenti paragrafi, si è inizata a palesare la differenza, in termini strutturali, tra le ipotesi sottese alla teoria del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione, rispetto a quelle che si propone di disciplinare il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. Si è chiarito, infatti, come dal contatto sociale quale fonte d'obbligazione derivi un rapporto obbligatorio strutturalmente e contenutisticamente sovrapponibile a quello derivante da contratto.

---

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

Diversamente, la teoria dell'obbligazione senza prestazione postula la configurabilità, oltre all'ipotesi di cui all'art. 1337 c.c., di un rapporto obbligatorio strutturato solo su obblighi di protezione e fondato su un'applicazione analogica della norma in materia di responsabilità precontrattuale; in tale ultima prospettazione, quindi, si esclude *in nuce* non solo l'insorgenza di una prestazione, ma anche che il contatto sia di tipo negoziale.

Come, invece, si è avuto modo di evidenziare il contratto con effetti protettivi prevede che siano gli effetti derivanti dagli obblighi di protezione prodottisi *ex fide bona* fra le parti di un contratto, ad estendere la loro operatività a favore di quei terzi che si trovino coinvolti nella dinamica contrattuale. In tale ultima ipotesi, dunque, si postula l'esistenza di un rapporto contrattuale contenente una prestazione, e di una responsabilità contrattuale che insorgerebbe a carico del debitore il quale arrechi, con il suo inadempimento, un pregiudizio alla sfera giuridica di terzi qualificati; questi ultimi, dunque, potranno agire in giudizio per il ristoro del danno subito, avvalendosi del più vantaggioso regime contrattuale.

Ecco che, dunque, appare evidente come il caso del medico operante all'interno della struttura sanitaria sia un'ipotesi non riconducibile alla categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. E non per la supposta diversità, di contenuti, tra gli obblighi di protezione nati nel rapporto intercorrente tra la struttura sanitaria e il medico, rispetto a quelli configurabili nel rapporto tra medico e il paziente[757]. Una tale riflessione non persuade, ove si consideri la circostanza che proprio perché gli obblighi di protezione sorgono e si estendono in forza della solidarietà costituzionale e delle clausole di buona fede e correttezza, appare evidente che gli stessi si

(757) Questo il pensiero di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 481: «*ma a ben vedere il* Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte *non consente di estendere in favore del terzo un obbligo di protezione che non sia dovuto alla controparte: sono tutelati infatti quei terzi la cui posizione non possa essere apprezzata diversamente, sotto il profilo dell'interesse alla protezione, da quella dell'una o dell'altra parte del rapporto. Se questo però è il limite entro il quale può estendersi la protezione obbligatoria in favore del terzo, nel caso del medico operante entro una struttura ospedaliera esso non ricorre, in quanto sul medico nei confronti di quest'ultima non può dirsi gravare quell'obbligo di protezione che si intende affermare in favore del paziente (terzo rispetto al contratto tra ospedale e medico)*».

conformeranno e struttureranno sulla base delle concrete esigenze di tutela dei terzi protetti.

La ragione per la quale nell'ipotesi considerata non si ritiene corretto l'impiego del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi appare, invece, da ricondursi alla circostanza che, come si è avuto modo di dimostrare, il paziente sia in realtà il destinatario di una vera e propria prestazione e non, certo, solo di obblighi di protezione, difettando, inoltre, in lui la qualifica di soggetto terzo[758]. Escluso che nel caso del rapporto intercorrente tra medico c.d. strutturato e il paziente possa configurarsi un contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, appare utile concentrarsi su alcune pronunce

(758) In questo senso, puntualmente, PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 333, che a proposito della supposta configurabilità del contratto con effetti protettivi tra il medico c.d. strutturato e il paziente, osserva come «*la ragione dell'inadeguatezza* [di una tale ricostruzione] *non sembra tanto quella che, non essendo dovuti nei confronti dell'ospedale, gli obblighi di protezione non possono essere estesi a un terzo: per un verso, essa appare obiezione solo formale; per l'altro, s'è già veduto che autorevole dottrina ricomprende nell'oggetto proprio dell'obbligazione tali doveri di protezione, che ben potrebbero dunque, come vedremo essere estesi ad altri, purché però questi siano effettivamente terzi rispetto al rapporto medico paziente. Vero è piuttosto che, in tal modo, per un verso si torna a ridurre il ricco contenuto dell'obbligazione del medico a un mero dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica; per l'altro, si mistifica la realtà sostenendo che il medico deve osservare gli obblighi professionali verso l'ente ospedaliero e non verso il malato*»; ed ancora, poco dopo, l'Autore rileva come «*almeno con riguardo alla responsabilità medica, alla quale sono rigorosamente limitate queste osservazioni, non si riesce a vincere l'impressione che obblighi di protezione, obbligazione senza prestazione e contratto con effetti protettivi verso il terzo non solo non abbiano autonomia – coerentemente al quadro sistematico e normativo nel quale sono stati elaborati –, ma siano altresì inidonei a render conto della complessità del contenuto del rapporto medico-paziente e della sua attuale evoluzione*». Si veda anche, ID. *La responsabilità medica tra conferma giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, 14, 7, 705. Su tale aspetto aveva, sinteticamente, preso posizione anche Cass. 589/1999 rilevando, al punto 5.1, che non è condivisibile «*la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente). La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo, elaborata dalla dottrina tedesca e che ha trovato un riscontro anche nella giurisprudenza italiana (Cass. 22.11.1993, n. 11503), si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, come accade sicuramente nel caso del paziente, ma alla sua esecuzione con diligenza tale da evitare danni al terzo medesimo*». Si veda anche DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, cit., 3332 e 3336. Ugualmente critico SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, cit., 979: «*altra dottrina individua il fondamento della responsabilità del medico dipendente da una struttura ospedaliera nell'esistenza di un «contratto con effetti di protezione verso un terzo»* […]. *Secondo questa visione l'ospedale rimarrebbe la controparte rispetto al contratto stipulato con il medico, mentre il paziente assumerebbe la veste di un terzo protetto indirettamente dal contratto. Epperò anche questa prospettiva si espone a rilievi critici. Ammesso pure – nonostante meriterebbe una puntuale dimostrazione – che sia possibile identificare un contratto con effetti protettivi, è vero però che tale orientamento appare inadeguato a risolvere i problemi del rapporto tra medico e paziente per quanto non attribuendo al terzo il diritto alla prestazione principale nei confronti del medico, finisce con il non fornire una tutela dell'interesse positivo del paziente*».

per poter cogliere quali ipotesi contrattuali siano, invece, state ricondotte dalla giurisprudenza alla categoria qui approfondita.

Si è già avuto modo di analizzare Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503[759], e di sottolineare come sia stata la prima pronuncia di legittimità[760] nella quale la nostra giurisprudenza abbia formalmente recepito la categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. Si è soliti[761], tuttavia, considerare come prima pronuncia nella quale si sia accolto lo schema della categoria qui approfondita, seppur senza che venga fatto cenno al contratto con effetti protettivi, App. Roma, 30 marzo 1971[762]. A fondamento della vicenda *de qua* v'era stata la richiesta di risarcimento avanzata dal portiere di uno stabile, che agiva in nome proprio e dei familiari (la moglie e due figlie), avverso il di lui datore di lavoro, asserendo che i familiari si fossero ammalati a causa dell'insalubrità dell'alloggio di servizio ove regolarmente viveva il nucleo familiare[763].

Nella suindicata pronuncia la Corte d'Appello, al fine di prendere posizione in merito alla controversia, muove dal tema della qualificazione dell'azione esperita dal padre in nome e per conto delle figlie e della moglie[764]. Precisato come il contratto di lavoro riguardi solo il portiere, la Corte territoriale chiarisce, tuttavia, che il danno subìto dai familiari è da porsi quale conseguenza della violazione «*dell'obbligo contrattuale relativo all'assegnazione di un alloggio igienicamente sano da dare in godimento, come si evince dal contratto collettivo nazionale di lavoro, non soltanto al lavoratore dipendente, ma anche a tutti i componenti del nucleo familiare a suo carico e con lui conviventi*»[765] e che, pertanto, l'assegnazione ai suddetti di un alloggio insalubre e nocivo per la loro salute costituisca ipotesi di inadempimento contrattuale del datore

(759) Si veda par. 1.4 della seconda parte del presente lavoro.

(760) La prima pronuncia di merito, nella quale viene fatto cenno alla categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, può essere identificata in Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Foro Italiano*, 1991, I, 261 ss.; sul punto si veda, *infra*, nel testo.

(761) In tal senso CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 140; VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 139; LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 256, alla nota 48.

(762) App. Roma, 30 marzo 1971, in *Foro Padano*, 1972, I, 552 ss.; sul punto si veda CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 140 ss.

(763) App. Roma, 30 marzo 1971, cit., 554.

(764) App. Roma, 30 marzo 1971, cit., 554.

(765) App. Roma, 30 marzo 1971, cit., 556.

di lavoro[766]. A fronte di una tale affermazione, la Corte d'Appello si premura di puntualizzare esplicitamente che «*nessun vincolo giuridico (il famoso vinculum iuris) lega la moglie e le figlie del portiere al datore di lavoro del loro congiunto*»[767] ma, tuttavia, verificato come il danno subìto dal lavoratore e dalla di lui famiglia sia il risultato della medesima inadempienza contrattuale, pur non potendosi qualificare come creditori i familiari, riconosce un'azione di natura contrattuale a questi soggetti, terzi rispetti al contratto, ma da quest'ultimo protetti. La pronuncia, seppur non dotata di un impianto motivazionale solido e, dunque, foriera di alcune perplessità[768], rende chiara ma solitaria testimonianza di un primo approccio al problema della configurabilità di obblighi di protezione nei confronti di terzi. Avuto riguardo all'uso in giurisprudenza del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, l'attenzione viene, di solito, richiamata da Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503 che, come si già avuto modo di chiarire, è stata la pronuncia di legittimità che per prima si è avvalsa della figura del contratto con effetti protettivi.

E tuttavia, a ben guardare, una decisione precedente a Cass. 11503/1993, seppur di merito, può essere rinvenuta in Trib. Verona, 15 ottobre 1990[769];il fatto all'origine della controversia atteneva ad un'ipotesi di danno subìto dal nascituro[770], da ricondursi, nella prospettazione dei genitori del minore, che agivano in proprio e nella qualità, all'inadempimento della ULSS locale, nonché del medico curante[771].

---

(766) App. Roma, 30 marzo 1971, cit., 556.

(767) Così CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 141.

(768) CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 142 rileva come la carenza di un più robusto apparato motivazionale «*impedisce di rendere ragione della complessità dei nodi che bisogna sciogliere per giungere alla soluzione del problema. Occorre spiegare come si possa parlare di inadempienza di carattere contrattuale nei confronti, oltre che del capo famiglia legato dal contratto di lavoro al convenuto, anche dei famigliari di lui, che del contratto di lavoro parti non sono, né al datore di lavoro sono legati dal alcun rapporto obbligatorio*».

(769) Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Foro Italiano*, 1991, I, 261 ss. e in *Responsabilità civile e previdenza*, 1990, 1039, con nota di NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, *ivi*, 1053 ss.

(770) Il quadro clinico riportato nella pronuncia, nella ricostruzione del fatto, parla di «*stato di cerebropatia non progressiva, marcata microcefalia, deficit visivo, tetraparesi spastica, ipotonia all'asse e marcata componente distonica*» (cfr. Trib. Verona, 15 ottobre 1990, cit., nella ricostruzione del fatto).

(771) Trib. Verona, 15 ottobre 1990, cit., nella ricostruzione del fatto.

Il Tribunale, dopo aver proceduto con la ricostruzione del fatto ed essere giunto ad affrontare il tema della qualificazione della responsabilità[772], sottolinea come nel caso di specie vi fosse la peculiarità che a richiedere il risarcimento del danno agisse anche la minore, nascitura all'epoca dei fatti. Ed ecco che il Tribunale asserisce come la responsabilità dell'ULSS debba qualificarsi come contrattuale e, per far ciò, prospetta astrattamente due possibilità, contigue, ma ben distinte. Nella motivazione, infatti, è dato leggere: «*ritiene il Tribunale che, con esclusivo riferimento al tema della qualificazione della responsabilità* […] *non possa rimanere estraneo, alla fattispecie in esame, il richiamo all'istituto del contratto a favore di terzi*»[773]; dopo aver prospettato una tale ricostruzione, il Giudice rileva che, in ogni caso, «*la natura contrattuale della responsabilità dell'ULSS, qualora non si accedesse a tale tesi, potrebbe egualmente ricavarsi in base alla teoria del «contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi»*»[774]; e come «*secondo questa ulteriore prospettazione, i genitori, quali legali rappresentanti della figlia Silvia, potevano radicare il giudizio per far valere il diritto alla prestazione secondaria*»[775].

Avuto riguardo al tema oggetto del presente lavoro, lo sforzo ricostruttivo di tale pronunzia si limita a quanto appena riportato; tuttavia, è senz'altro indizio della circostanza che la tutela del nascituro sia l'ambito d'elezione per lo sviluppo della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di

---

(772) Trib. Verona, 15 ottobre 1990, cit., n.3.

(773) Trib. Verona, 15 ottobre 1990, cit., n.3; nei passi immediatamente successivi, il Tribunale sottolinea, brevemente, la sussistenza di tutti gli elementi tipici della categoria del contratto a favore di terzo.

(774) Trib. Verona, 15 ottobre 1990, cit., n.3; si aggiunge, poi, che «*sul punto, recenti contributi dottrinali (sulla scia di indirizzi sorti in altri ordinamenti), hanno portato in evidenza l'esistenza di contratti in cui, accanto al diritto al conseguimento della prestazione principale, una parte acquisisca anche il diritto a che la prestazione sia eseguita con diligenza in modo tale da evitare che siano arrecati danni a terzi; terzi, i quali, in caso di inadempimento della obbligazione secondaria, possono autonomamente agire per il risarcimento del danno*».

(775) Così Trib. Verona, 15 ottobre 1990, cit., n.3. NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, cit., 1060, sottolinea un possibile collegamento tra la decisione in oggetto e Cass. civ., 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro italiano,* 1988, I, 1629 ss., con nota di MAZZIA, *«Furto» di neonato e responsabilità civile dell'ospedale*, cit., 1633 ss. Nel caso in oggetto, la Corte di Cassazione ha ritenuto configurabile una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, per non aver adempiuto all'obbligo di protezione nei confronti dell'infante, appena nato all'interno della medesima struttura, consentendo che lo stesso venisse rapito. Rileva, infatti, la Corte che «*ragionevole, e correttamente orientato in diritto, l'apprezzamento del giudice del merito, secondo cui la custodia, – rectius, la protezione – del neonato era nel contenuto dell'obbligazione dell'ospedale*» (così . Cass. civ., 4 agosto 1987, n. 6707, cit., 1632-1633).

terzi. Ed un tale indizio trova in Cass. 11503/1993 una sua chiara conferma; si è già rilevato come tale pronuncia non contenga una ricostruzione della categoria in oggetto completa sotto il profilo ricostruttivo[776] e che la terminologia impiegata non sia impeccabile sotto ogni profilo[777].

In ogni caso le superiori considerazioni non valgono ad indebolire l'idea che i giudici della Suprema Corte fossero ben consapevoli della categoria in questione, anche avuto riguardo all'uso che della stessa traspare dalla motivazione della decisione[778]. A prescindere dalle eventuali carenze ricostruttive, la sentenza in oggetto, di fatto, si è affermata negli anni come un vero e proprio un punto di riferimento, per le successive pronunzie aventi ad oggetto la medesima tematica[779].

Il contratto concluso tra la gestante e la struttura sanitaria e/o il medico è stata, senza dubbio, l'ipotesi che ha, in modo praticamente esclusivo richiamato l'impiego della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[780], senza certo, però, esaurirne la portata applicativa[781]. In

---

(776) Si veda quanto rilevato al par. 1.4 della seconda parte.

(777) VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 166, alla nota 44, osserva come «*l'uso di una terminologia ambigua non consente di valutare a pieno la congruità dello strumento tecnico adoperato*».

(778) Come si è già avuto modo di chiarire, in ogni caso, appare condivisibile l'affermazione di VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 169, il quale sottolinea che, se Cass. 11503/1993 fosse stata dotata di un solido impianto ricostruttivo, in particolare, in merito allo strumento giuridico in base al quale estendere gli effetti protettivi ai terzi, «*avrebbe potuto costituire un vero e* proprio leading case *ben oltre la volontà di risolvere un caso specifico*».

(779) Molte delle sentenze considerate, *infra*, nel testo, infatti, si richiamano direttamente a Cass. 11503/1993.

(780) Nel 2004 VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 139 affermava: «*il contratto con effetti protettivi per i terzi non ha avuto particolare fortuna nella nostra giurisprudenza*», aggiungendo, poi, *ivi* alla nota 1 «*fino alla sentenza della Corte di Cassazione del 22 novembre 1993, n. 11503*».

(781) Probabilmente, le ragioni di una tale specificità vanno adeguatamente inquadrate sotto un profilo storico, tenendo in considerazione la pregnanza degli interessi coinvolti, nonché il raggiungimento della consapevolezza che anche la figura del nascituro necessitasse di una adeguata tutela. Sotto il profilo teorico, basti considerare come la dottrina degli obblighi di protezione abbia avuto un suo sviluppo in Italia a partire dagli anni '50, ma l'accoglimento della stessa in giurisprudenza sia avvenuto «*paradossalmente prima nei confronti di determinati terzi, figli o congiunti della controparte*» (così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 122, alla nota 40), solo con Cass. 11503/1993. L'Autore ricorda tuttavia, poco dopo, come già la sentenza della Corte Costituzionale 28 febbraio 1992, n. 74, con estensore MENGONI, avesse stabilito, al punto 4 della motivazione, la configurabilità della «*violazione di un obbligo* ex contractu *(obbligo accessorio di rispetto e di salvaguardia della persona e delle cose della controparte) non correlato con la controprestazione dell'utente*». Sul punto si rinvia a quanto riferito da AMATUCCI, *I contratti con effetti protettivi (le pronunce delle sezioni unite sul danno non patrimoniale e la possibile ulteriore estensione della tutela*

questo ambito, la casistica può essere ricondotta a due ipotesi: la prima relativa ai danni subiti al nascituro[782] e la seconda attinente ai danni c.d. da nascita indesiderata[783]. Sinteticamente, è possibile affermare che la giurisprudenza si sia mossa in due direzioni: da un lato, confermando la portata protettiva del contratto concluso tra la gestante e la struttura medica e/o il medico nei confronti del nascituro ove il danno dallo stesso lamentato sia da ricondursi ad inadempimento del debitore; dall'altro, ampliando il novero dei soggetti protetti dalla medesima tipologia contrattuale ove il danno lamentato appartenga al genere c.d. da nascita indesiderata. Linee evolutive che hanno avuto un loro punto di incontro e di conferma, nella

---

risarcitoria), incontro di studio del 28 aprile 2010, reperibile su http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20100428_RelazioneAmatucci.pdf, 7, il quale osserva, riferendosi in particolare alle sentenze a Sezioni Unite nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008, come le Sezioni Unite nella pronunce indicate individuino i contratti con effetti protettivi in quelli conclusi nel settore sanitario «*ma non escludono affatto che non ne esistano in altri settori*». Si veda anche il successivo par. 2.5.

(782) Oltre ai contributi già indicati al par. 1.4 della seconda parte del presente lavoro si segnalano, con respiro di sintesi, CAPPAI, *Omessa diagnosi delle malformazioni del nascituro: il punto sugli interessi coinvolti e sui danni risarcibili*, Nota a Trib. Cagliari 12 aprile 2006, n. 1009 in *Rivista giuridica sarda*, 2007, 2, 1, 425-431; FACCI, *Danni gravissimi al nascituro e risarcimento,* Nota a Trib. Bologna 16 gennaio 2004 in *Ragiusan*, 2005, fasc. 249-250, 240 ss.; ID, *Le sentenze annotate - danni gravissimi al nascituro e risarcimento ultramilionario,* nota a Tribunale Bologna, 16 gennaio 2004 in *La Responsabilità Civile*, 2004, 2, 134 ss.; MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, nota a Cassazione civile, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754 in *Corriere giuridico*, 2013, 30, 1, 45 ss.; CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I 'falsi diritti' del nascituro*, in I*l diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 39, 1, 2, 465 ss., SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Responsabilità civile*, 2009, 6, 10, 814 ss.; LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro,* nota a Cassazione civile, sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741 in *Corriere giuridico*, 2010, 27, 3, 365 ss.

(783) Sul tema si vedano, fra i contributi più recenti, GERBI, *In tema di danno da nascita indesiderata*, Nota a ord. Cass. sez. III civ. 23 febbraio 2015, n. 3569, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 2, 815 ss.; GORGONI, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle sezioni unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 3, 696 ss.; MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*, Nota a ord. Cass. sez. III civ. 23 febbraio 2015, n. 3569 in *Danno e responsabilità*, 2015, 7, 695 ss.; BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile ([Wrongful birth for wrong contraceptive indication among burden of proof, injured interest and compensable damage])*, Nota a Trib. Milano sez. I civ. 12 marzo 2014, n. 3477 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 4, 1265 ss.; MUSSI, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi di malformazioni del feto e risarcimento del danno "iure proprio" del nascituro*, in *I Contratti*, 2014, 3, 293 ss.; OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni* Nota a Cass. sez. III civ. 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Il Foro italiano*, 2013, 1, 204 ss.; BILÒ, *Responsabilità medica per nascita indesiderata*, Nota a Trib. Tolmezzo 7 giugno 2011, n. 177 in *Famiglia e diritto*, 2012, 3, 274 ss.; BELTRAME, *Wrongful birth. Il danno da nascita indesiderata nella giurisprudenza italiana,* in *Studium iuris,* 2010, 10, 1089 ss.

recentissima sentenza n. 25767/20015 resa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione[784].

In merito al danno da nascita indesiderata, è possibile prendere le mosse da Cass. 6735/2002[785]; in tale occasione, la Corte statuisce che gli effetti protettivi del contratto concluso dalla gestante debbano essere estesi anche al padre. È necessario, in ogni caso, sottolineare come la vicenda alla base della pronuncia indicata differisca rispetto a quella contemplata da Cass. 11503/1993. Se è vero, infatti, che ci troviamo davanti al medesimo tipo contrattuale, avente ad oggetto anche il medesimo contenuto, ciò che muta è il tipo di danno lamentato. Mentre nel caso oggetto della pronuncia più risalente[786] si assumeva che il danno subito dal nascituro fosse da ricondurre all'inadempimento del personale medico e della struttura sanitaria, in questa ipotesi viene contestato al ginecologo di non aver prontamente diagnosticato il grave stato patologico del nascituro (da ricondursi a cause genetiche-ereditarie e, dunque, non all'operato dei sanitari)[787] consentendo, dunque, alla gestante, ove prontamente informata, di esercitare il proprio diritto all'interruzione della gravidanza[788]. Al medico viene, pertanto, contestato di aver reso una prestazione inesatta e «*a questo fatto è ricollegata una responsabilità in confronto della madre, ma anche del padre, per i sacrifici patrimoniali e non patrimoniali, che dovranno essere da loro sopportati*»[789] nel

(784) Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, al momento non ancora pubblicata e massimata, consultabile all'indirizzo web http://www.foroitaliano.it/sullinesistenza-del-diritto-a-non-nascere-se-non-sani-cass-sez-un-22-dicembre-2015-n-25767/.

(785) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro italiano*, 2002, I, 3115 ss., con osservazioni di PALMIERI, *ivi,* 3116 ss. e nota di SIMONE, *ivi,* 3120 ss.; GORGONI, *Il contratto tra gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 1, 134 ss.; PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Giurisprudenza italiana,* 2003, 5, 884 ss.; RODOLFI, *La perdita della possibilità di abortire si riflette sulla vita di entrambi i genitori*, in *Guida al diritto*, 2002, 21, 41 ss.; GALLUZZO, *Una legislazione tesa a tutelare la gestante*, *ivi, 2002,* 21, 2002, 44 ss.; FRATI-VERGALLO-DI LUCA, *Le nuove frontiere risarcitorie dei «*wrongful birth cases*»: la Cassazione fa il punto*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2003, XXV, 182 ss.

(786) Si veda quanto rilevato al par. 1.4 della seconda parte del presente lavoro.

(787) È dato, infatti, leggere in Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n.1 che il figlio fosse nato «*affetto dalla sindrome di Apert, caratterizzata da alterazioni del cranio e da sindattilia a mani e piedi*».

(788) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n.1 della ricostruzione in fatto. E' una delle tipiche ipotesi di responsabilità medica per c.d. nascita indesiderata; si veda, sul punto, GORGONI, *Il contratto tra gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., 134.

(789) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n.2 dei motivi della decisione.

prendersi cura di un figlio gravemente malato che difficilmente raggiungerà mai l'indipendenza.

Successivamente, ed in via preliminare rispetto alla trattazione delle ulteriori questioni di diritto, il Collegio si occupa della posizione del padre del nato. Si muove dall'acclarata natura contrattuale della responsabilità del ginecologo e, dunque, stante il tenore dell'art. 1218 c.c., si sottolinea come possano essere allo stesso imputabili solo i danni derivanti dal proprio inadempimento; da una tale considerazione discende che non potesse essere ricondotto all'inadempimento del medico l'insorgenza della patologia che, come chiarito, era di tipo genetico-ereditario, mentre ben potesse essere ascritta alla di lui responsabilità il non aver comunicato detto stato patologico del nascituro alla gestante, avendola privata della possibilità di interrompere la gravidanza. Ma, si osserva, ed è questo uno degli elementi di novità della pronuncia, che «*la possibilità, per la madre, di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza, assume dunque, rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale*»[790] ma non quale criterio di selezione delle tipologie di danno risarcibili.

Ed ecco che, poco dopo, nella motivazione è dato leggere un passaggio che ricorda, *mutatis mutandis*, quello contenuto in Cass. 11503/1993[791]: «*il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione - quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.) - è questo il tessuto che vale poi a spiegare perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta. Ne deriva che l'inadempimento si presenta tale anche verso il padre ed espone il medico al risarcimento dei danni, immediati e diretti, che pure al padre possono derivare dal suo comportamento*»[792].

---

(790) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n. 2.4.

(791) Si veda par. 1.4 della seconda parte del presente lavoro.

(792) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n. 2.4. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 144, ricorda come nel giudizio di primo grado (Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *Foro italiano*, 1999, I, 1804), rilevata la carenza di legittimità in capo al figlio, non si leggano mai «*espressioni come "contratto con effetti protettivi", "obblighi di protezione", "efficacia protettiva per terzi" (o similiari), tuttavia la posizione del marito è* [forse

E una tale affermazione è da ricondursi alla circostanza che, una volta sottratta alla donna la possibilità di scegliere, al cui legittimo esercizio è anche preordinata la prestazione fornita, «*gli effetti negativi di questo comportamento si inseriscono in una relazione col medico cui non è estraneo il padre, rispetto alla quale la prestazione inesatta o mancata si qualifica come inadempimento e giustifica il diritto al risarcimento dei danni che ne sono derivati*»[793]. L'inclusione del padre tra i terzi protetti dal contratto concluso dalla gestante è stata, successivamente a tale decisione, mai seriamente posta in discussione fungendo da precedente sia per pronunce in sede di legittimità che di merito[794], riconoscendo, dunque, un'autonoma posizione da tutelare *ex contractu* in capo al padre[795].

---

meglio sarebbe stato parlare di padre, giacché è il rapporto col nascituro a dover essere tenuto in preminente considerazione] *viene considerata congiuntamente a quella della moglie, attribuendo valore decisivo al fatto che l'omissione colpevole del sanitario «ha dato luogo ad una nascita inaspettata di un figlio portatore di handicap con conseguente ed evidente trauma per i genitori, sicuramente incidente sulla integrità psicofisica dei medesimi»*».

(793) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n. 2.4. Al punto 5.2.1 la Corte si occupa delle tipologie di danno da riconoscersi e rileva, avuto riguardo ai precedenti gradi di giudizio, che: «*un primo danno è di natura patrimoniale: danno emergente, per le spese mediche già sopportate e che dovranno essere sopportate in futuro, ma anche per le necessità di costante cura del minore totalmente invalido, a sua volta destinata a provocare spese; lucro cessante perché la necessità di accudire il figlio totalmente invalido si è tradotta in una limitazione del tempo da dedicare all'attività professionale ed alla vita di relazione e per queste vie in diminuzione del reddito. Un secondo danno attiene agli effetti non patrimoniali della diminuita vita di relazione. Un terzo danno è quello riconosciuto già dal tribunale, che lo ha individuato nel trauma subito per essersi i genitori trovati senza alcuna preparazione psicologica di fronte alla realtà di un figlio menomato*»; successivamente verrà confermata la fondatezza del risarcimento dei danni subiti e *subendi* così come appena identificati.

(794) Per una conferma in tal senso, si veda *infra* nel testo. Si veda, altresì sul punto, anche VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 19 alla nota 24.

(795) Non concorde, con la ricostruzione proposta nella decisione, è GORGONI, *Il contratto tra gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., 134 ss., la quale critica la categoria del contratto con effetti protettivi, il cui uso sarebbe stato giustificato dalle debolezze proprie del regime del torto aquiliano, sia nell'esperienza tedesca che in quella italiana. Ed ancora, dopo aver ricordato come la categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi postuli una concezione complessa dell'obbligazione, si afferma come neanche l'impiego della solidarietà permetterebbe di risolvere quelli che l'Autrice indica come indici non superabili, affermando (cfr. GORGONI, *Il contratto tra gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., n. 4) che «*se l'obbligo di prestazione è stato soddisfatto, non c'è ragione perché il terzo lamenti la lesione della sua sfera giuridica. Viceversa, sarebbe difficile riconoscere che vi sia stato adempimento esatto se dall'esecuzione della prestazione sia derivato un pregiudizio alla sfera giuridica dell'altra parte o di un terzo, qualificato ed individuabile, per violazione di un presunto autonomo obbligo di protezione*»; gli obblighi di protezione sarebbero «*estrinsecazioni della diligenza nell'adempimento*». Ed ancora, viene rilevato che «*se, invece, fosse vero che l'interesse del terzo alla conservazione e protezione della propria sfera giuridica è tutelato* ex contractu, *perché dipende dal contratto, anzi trova causa proprio nella scorretta esecuzione del contratto, si dovrebbe concludere che il terzo vanta un proprio interesse all'esatto adempimento: il che o esclude che sia un terzo o ne fa il destinatario della*

Una pronuncia successiva da porsi, idealmente, quale ulteriore sviluppo delle tematiche trattate in Cass. 6735/2002, può essere individuata in Cass. n. 14488/2004[796]. In tale occasione i genitori di una minore, in proprio e nella qualità, agivano al fine di ottenere il risarcimento del danno dal medico che aveva avuto in cura l'allora gestante, asserendo che lo stesso avesse negligentemente ignorato la condizione di talassemia di entrambi i genitori, non fornendo loro alcuna informazione in merito ai rischi che sarebbero potuti occorrere alla nascitura e non predisponendo idonei esami volti ad approfondire il quadro clinico della bambina[797].

---

prestazione. In entrambi i casi egli sarebbe legittimato ad avvalersi della tutela del contratto: nel primo perché ne è parte, nel secondo perché la prestazione è stata assunta da altri nel suo interesse […]. *In altri termini, l'interesse alla conservazione della sfera giuridica del terzo potrebbe reputarsi assorbito da quello del creditore, tutte le volte in cui l'interesse di quest'ultimo alla prestazione trovi specificazione con riferimento ad uno spettro di altri suoi interessi, tutti socialmente apprezzabili in ragione dei rapporti di parentela, servizio, ospitalità*». Delle critiche svolte e della loro non persuasività, si è già dato ampiamente conto nella prima parte del presente lavoro. In particolare, per quanto attiene l'affermazione in base alla quale la categoria degli obblighi di protezione porrebbe rimedio alla debolezza della tutela aquiliana, in Germania e in Italia, sia consentito richiamare nuovamente quanto affermato da MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 512, il quale rileva che «*nel nostro ordinamento la teoria degli obblighi di protezione non ha la funzione politica di correggere o compensare deficienze della disciplina dell'illecito civile, e perciò non lega le sue sorti agli sviluppi di tale disciplina. Essa ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che configurano il rapporto obbligatorio come un rapporto complesso il cui scopo di tutela comprende, oltre all'interesse di prestazione definito dall'art. 1174, anche l'interesse di protezione preso in considerazione dalla norma successiva*». Ferma la considerazione che alcune critiche riportate siano, a bene vedere, più riferibili agli obblighi di protezione che sorgono tra le parti, piuttosto che alla categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, di ognuna di esse si è già avuto modo di dimostrare la non fondatezza e si rinvia, pertanto, a quanto rilevato nel terzo capitolo della prima parte e nel primo capitolo della seconda parte, limitandosi in questa sede a sottolineare come le critiche riportate tradiscano, forse, la non considerazione dell'autonomia degli interessi in gioco, della loro rilevanza, della tipologia di effetti che si postulano estesi a tutela del terzo, nonché la differenza strutturale, evidente nell'ipotesi sottesa alla pronuncia annotata, tra interesse alla prestazione e l'interesse proprio del terzo, e ben distinto da quello del creditore, a vedere la propria sfera giuridica non pregiudicata dall'inadempimento del debitore (interesse alla protezione). In merito all'estensione degli effetti protettivi anche al padre del nascituro, SIMONE, in *Foro italiano*, cit., 3124, rileva come nella pronuncia si vada a «*valutare l'incidenza di una nascita in condizioni menomate sul piano dell'esistenza di coppia. In questa prospettiva, pertanto, ben si comprende l'estensione della legittimazione attiva del marito, quale soggetto che, sia pur di riflesso, subisce le conseguenze della privazione del diritto di scelta della donna*» e che, a tal proposito la Cassazione «*abbia inteso fare applicazione della teoria degli effetti protettivi verso terzi*». Concorde, con l'impiego della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi definendola «*prospettiva avvincente*», sembra essere anche PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, cit., 886 ss.

(796) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro italiano*, 2004, I, 3327 ss. con nota di BITETTO; si veda anche ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*, in *Diritto e giustizia*, 33, 2004, 8 ss.

(797) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., nella ricostruzione in fatto.

La Corte territoriale aveva ritenuto che integrasse una chiara ipotesi di inadempimento da parte del medico il non aver fornito le informazioni alla coppia, affermando, invece, che «*nessun risarcimento era dovuto alla piccola D.G., in quanto la scienza medica non offriva alcun rimedio per eliminare nel nascituro la talassemia, ovvero attenuarla, durante la gestazione, per cui lo stato di invalidità non poteva essere imputato al professionista, che con il suo comportamento aveva privato i genitori della facoltà di scelta tra continuare la gravidanza o procedere all'aborto, da cui poteva conseguire solo l'inesistenza di quel soggetto*»[798]. Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Lecce, proponevano ricorso per Cassazione gli attori in proprio e quali esercenti la patria potestà sulla figlia, al fine di veder tutelate le pretese vantate in nome e per conto della minore.

Nell'analizzare la vicenda in punto di diritto, la Corte di Cassazione, dopo aver rigettato il motivo proposto dai ricorrenti in base al quale nel nostro ordinamento esisterebbe il diritto per il nascituro a nascere sano o a non nascere affatto[799], ribadisce che il contratto intercorso tra la gestante e il sanitario «*si atteggia come "contratto con effetti protettivi a favore del terzo"* […] *nei confronti del neonato, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in tutto o in parte, anteriormente alla nascita*»[800]. E poco dopo, nella motivazione, si ricorda come «*questa figura contrattuale è stata successivamente utilizzata, in relazione al contratto intervenuto tra il medico e la gestante, anche da Cass. 10.5.2002, n. 6735, che ha ritenuto che tra i soggetti "protetti" dal contratto vi rientrasse anche il marito della gestante*»[801].

---

(798) Così Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., nella ricostruzione in fatto.

(799) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n.1 in Diritto.

(800) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 2.1 in Diritto; di seguito, viene chiarito come «*pertanto in presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l'esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l'intenzione del legislatore di tutelarlo sin dal suo concepimento (l. n. 1204/1971; l. n. 1206/1976; l. n. 903/1977, etc.), una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore alla nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno. Ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse (cfr. Cass. 22 novembre 19993, n. 11503)*».

(801) Così Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 2.1 in Diritto.

Nel corso della motivazione, proprio richiamandosi al precedente appena indicato[802], si puntualizza un profilo importante ossia che non possa condividersi il ragionamento in base al quale riconoscere anche al concepito, pur astrattamente protetto dal contratto concluso dalla gestante, «*il risarcimento del danno per la vita "ingiusta" quale handicappato, in luogo del "non nascere"*»[803]. Ed infatti, «*anche considerando giustamente il contratto tra la gestante e il medico come contratto ad effetti protettivi nei confronti dei terzi e quindi pur inserendo il concepito nella* Schutzbereich *del contratto, posto che le conseguenze della prestazione medica, pur dovendo essere eseguita sulla donna, finiscono inevitabilmente per riflettersi sul concepito, il dovere di protezione (*Schutzpflicht) *nei confronti del nascituro attiene alla nascita dello stesso e non alla non nascita, oltre ovviamente all'eliminazione delle patologie o malformazioni che la scienza medica permette di curare*»[804].

Il passaggio appena riportato consente di sottolineare una circostanza: data una determinata tipologia contrattuale, nel caso di specie il contratto concluso dalla gestante, diversi possono essere i soggetti terzi protetti, a seconda di quale sia, in concreto, la prestazione o le prestazioni non correttamente adempiute[805].

Da ultimo, la Suprema Corte chiarisce, definitivamente, come la posizione da tutelare in capo al padre non trovi, certo, il suo fondamento nel suo, inesistente, diritto ad esser coinvolto nella decisione di interrompere la

---

(802) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 4.3 in Diritto, che a proposito di Cass. n. 6735/2002 rileva che «*quest'ultima sentenza, qualificato il contratto con effetti protettivi in favore di terzi, aveva ritenuto che l'inadempimento del medico rileva direttamente non solo nei confronti della gestante, ma anche nei confronti del padre del nato handicappato e che la possibilità per la madre di esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, interrompendo la gravidanza, assume rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale, ma non come criterio di selezione dei danni risarcibili*».

(803) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 4.3 in Diritto.

(804) Così Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 5.3 in Diritto; ed ancora «*ciò comporta che il concepito malformato, una volta nato, non può far valere, come danno proprio, da inadempimento contrattuale, (come invece può fare il coniuge, oggetto egualmente protetto dal contratto originario) il fatto che, non essendo stata posta la madre nella condizione di tutelare il suo diritto alla salute, attraverso l'aborto, egli sia nato con malformazioni congenite e con conseguenze dannose alla persona e eventualmente al patrimonio. Il dovere di protezione nei suoi confronti, imposto dalla normativa attuale e quindi prevalente su eventuali diverse clausole contrattuali (art. 1419, c. 2 c.c.), è stato infatti esattamente adempiuto*».

(805) Confermando, dunque, anche sotto tale profilo la ricostruzione qui riproposta della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.

gravidanza, ma nella circostanza che l'inadempimento del medico, determinante per la mancata interruzione della gravidanza, possa essere a sua volta la causa di un danno anche nei confronti del padre[806].

Ed è proprio questa l'eventualità verificatasi nel caso di specie, atteso che il contratto concluso tra la gestante e il medico e/o la struttura sanitaria è qualificabile quale «*contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico- ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale)*, [e] *il danno provocato da inadempimento del sanitario, costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale, è risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c.*»[807].

Il processo di ampliamento dei soggetti protetti dal contratto concluso tra la gestante e la struttura sanitaria e/o il medico può trovare il suo successivo passaggio evolutivo in Cass. n. 16754/2012[808]; in questa pronuncia, infatti, viene compiuta un'ulteriore riflessione che porta il Collegio della Terza Sezione della Corte di Cassazione ad estendere gli effetti protettivi del contratto concluso tra gestante e struttura ospedaliera e/o medico, anche ai fratelli ed alle sorelle del nascituro.

Anche in questa ipotesi la responsabilità addebitata al medico ed alla USLL è da rinvenirsi nella circostanza che il medico non avrebbe correttamente eseguito la propria prestazione, mancando di verificare in maniera puntuale le reali condizioni di salute del feto, soprattutto alla luce della circostanza che la gestante avesse chiarito che la nascita di un bambino

---

(806) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 9.3 in Diritto.

(807) Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, cit., n. 9.3 in Diritto.

(808) Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro italiano*, 2013, I, 181 con nota di OLIVA; GERBI-MAZZILLI, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, 2, 1022 ss.; GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*, in *Responsabilità civile e previdenza,* 1, 2013, 148 ss.; BUSCAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*, in *Diritto e giustizia*, 2012, 845 ss.; STANZIONE-SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, in *Il diritto delle famiglie e delle persone,* 2013, 42, 2, 474 ss; FORMULARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche*, in *Giustizia civile*, 2013, 2119 ss.; GIACOBBE, "*Sul miserabile ruolo del diritto … non altro. Non oltre." Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa,* in *Il diritto delle famiglie e delle persone*, 1, 2013, 120 ss.

sano fosse condizione imprescindibile per il proseguimento della gravidanza[809]. Muovendo da questa premessa, il Collegio, dopo aver riscontrato la configurabilità del suddetto inadempimento, sotto il profilo della legittimazione attiva, afferma il principio di diritto secondo il quale «*la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi da malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre (come già affermato da Cass. n. 14488/2004 e prima ancora da Cass. 6735/2002), nonché a giudizio del Collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti del rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta*»[810]. Tralasciando

---

(809) Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., n. 1 della ricostruzione in fatto.

(810) Così Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., n. 5 della parte in Diritto; poco dopo viene rilevato che «*l'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento, difatti, già da tempo operata dalla giurisprudenza di questa Corte con riferimento al padre (di recente, ancora, da Cass. 2354/2010), non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli ed alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno intanto consistente, tra l'altro* […] *nella inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato*». Su quanto appena riportato, si vedano anche GERBI-MAZZILLI, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*, cit., 3.2., i quali osservano che il danno da risarcire sarebbe espressamente (e, dunque, unicamente) quello non patrimoniale.

A tal riguardo sia consentito richiamare quanto dalla stessa Corte osservato, da ultimo, in Cass. 14488/2004 in merito alla risarcibilità del danno anche patrimoniale, a beneficio del padre; le medesime argomentazioni potrebbero essere svolte anche per sostenere, considerati i fratelli e sorelle come componenti del nucleo familiare, che un danno patrimoniale sia configurabile anche in capo ai germani, a maggior ragione ove si consideri che nella pronuncia qui considerata la Corte di Cassazione richiami espressamente, a fondamento dell'estensione protettiva a beneficio dei fratelli e delle sorelle, i medesimi principi di diritto che hanno giustificato l'estensione a beneficio del padre.

Perplessità ulteriori vengono espresse da GERBI-MAZZILLI, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*, cit., 3.2., rispetto alla determinazione dei soggetti potenzialmente protetti, temendo ipotesi di eccessivo ampliamento della responsabilità del debitore. Una tale preoccupazione, ad avviso di chi scrive, risulta non motivata ove si tenga conto che il criterio di delimitazione proposto consiste nel considerare protetti quei soggetti che siano coinvolti

dall'esecuzione della prestazione e, come chiarito dalla medesima Corte, i cui danni siano risarcibili nella prospettiva di cui all'art. 1223 c.c.

Non convince, inoltre, la critica di FORMULARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche*, cit., 2124, secondo la quale «*i fratelli, a rigore, non dovrebbero ritenersi terzi protetti del particolare contratto in esame, per sua natura legato alla genitorialità e incidente direttamente solo su questa. I fratelli hanno evidentemente una posizione diversa da tenere ben distinta da quella dei genitori. La loro esistenza non è indispensabile, ma sempre meramente eventualmente, oltre che numericamente variabile e, tra l'altro, non necessariamente nota, o prevedibile. Quindi la risarcibilità dei danni anche a favore dei fratelli non solo esula rispetto alla natura del contratto in questione, ma è estranea anche rispetto alle regole di causalità diretta e della prevedibilità dei danni di cui all'art. 1225 c.c.*».

In particolare, si ritiene che la questione possa essere osservata secondo un'altra prospettiva e considerare, innanzitutto, sotto il profilo della disposizione di cui all'art. 1225 c.c., come il ginecologo e la struttura sanitaria siano (o dovrebbero essere, se adempiuta con diligenza e correttezza la propria obbligazione) sempre a conoscenza dell'esistenza di altri figli, nonché del loro stato di salute, trattandosi di circostanza che viene accertata al fine di ottenere un corretto e completo quadro clinico della gestante. Ciò comporta che l'ignoranza di una tale informazione non potrebbe certo essere addotta come ragione ostativa dell'estensione degli effetti protettivi. Le superiori considerazioni permettono di affermare che la categoria qui approfondita si muova nel pieno rispetto, anche, del dettato di cui all'art. 1225, tenuto conto proprio della circostanza che i terzi protetti sarebbero coinvolti nella dinamica contrattuale e, in ragione di ciò, ben prevedibile sarebbe, da parte del debitore, la circostanza che il proprio inadempimento possa ripercuotersi su tali terzi. A ciò si aggiunga che, come già rilevato più volte, gli obblighi di protezione sorgono e si irradiano proprio in forza del funzionamento sinergico delle clausole generali di buona fede e correttezza con il principio di solidarietà costituzionale, e questo, comporta, che l'estrinsecarsi degli stessi obblighi protettivi possa aver luogo solo avuto conto del reale concretizzarsi della vicenda contrattuale.

Tanto premesso, appare del tutto irrilevante la critica che i germani possano esservi, o meno, atteso che la loro protezione potrà avere luogo solo, ovviamente, nella prima ipotesi e solo se gli stessi possano essere effettivamente lesi nella loro sfera giuridica dall'inadempimento del debitore. Per fare un esempio vicino al caso di specie, si pensi all'ipotesi che il fratello del nascituro sia maggiorenne ormai da molti anni, viva ben distante dal nucleo familiare ed abbia cessato ogni rapporto con i componenti di quest'ultimo; in tale ipotesi sarebbe ben arduo configurare un obbligo di protezione a carico dello stesso, poiché come ribadito gli obblighi di protezione si strutturano a tutela della sfera giuridica del terzo avuto riguardo al concreto rapporto obbligatorio.

GIACOBBE, "*Sul miserabile ruolo del diritto … non altro. Non oltre." Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa.*, cit.. 121, rileva «*che un nucleo familiare nel suo complesso vada, dunque, "ristorato" in qualche modo, a fronte della nascita di un bambino malformato, è affermazione che, lungi dal destare disappunto o stupore, si mostra altamente condivisibile e, prima ancora, auspicabile*». Ritiene non applicabile la disposizione di cui all'art. 1225 agli obblighi derivanti da buona fede e correttezza LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di preotezione*, cit., 138 ss.

gli ulteriori aspetti della sentenza, alcuni dei quali sono stati occasione di dibattito[811] anche in giurisprudenza[812], è la considerazione da ultimo riportata a rendere rilevante la pronuncia in oggetto.

Anche alla luce di quanto appena evidenziato, si può affermare che un contratto avente efficacia protettiva nei confronti di terzi sia idoneo a tutelare distinte tipologie di terzi, sulla base delle diverse posizioni autonomamente tutelate, in considerazione del pregiudizio concretamente subito dalle rispettive sfere giuridiche tenuto conto, altresì, del differente coinvolgimento dei medesimi terzi nell'esecuzione della prestazione. Ed una tale linea ricostruttiva ha trovato una sua ulteriore consacrazione proprio in Cass. 25767/2015, come si avrà modo di puntualizzare tra poco. Tanto considerato, si è avuto modo di ricostruire, sinteticamente, il percorso che ha condotto ad un successivo ampliamento dei soggetti terzi protetti dal contratto concluso dalla gestante.

Come sopra anticipato, le vicende del contratto con effetti protettivi in tale ambito sono riconducibili a due ipotesi di danno: la prima è relativa alla c.d.

---

(811) Per considerarne uno attinente al tema che qui interessa, si veda GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*, cit., n.7, la quale, in merito alla strada scelta nella sentenza qui considerata per configurare la tutela del nascituro, osserva: «*anche il come della tutela non convince. Sembrava che il concepito dovesse essere, al pari dell'intera platea di danneggiati, uno dei terzi protetti dal contratto intercorrente tra la gestante ed il ginecologo*»; ed invece, si prosegue, «*quando si tratta di tirare le fila del ragionamento la Corte procede spedita verso l'opzione aquiliana, di cui esamina tutti i presupposti – la legittimazione, l'interesse protetto, l'evento di danno, il nesso causale – senza spiegare perché si sia discostata da quella contrattuale che, per quanto discutibile, risulta da tempo quella più accreditata*»; si veda sotto tal profilo anche STANZIONE-SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, cit., 480, nonché FORMULARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche*, cit., 2124 lapidaria sul punto ma che, forse, non considera quanto di seguito si avrà modo di puntualizzare. A ben vedere, il dubbio appena espresso potrebbe essere sciolto ove si tenga presente che la Corte, pur nel non condivisibile tentativo di postulare la risarcibilità in capo al nascituro per il danno da nascita indesiderata, avesse piena coscienza che non potesse essere configurata la sussistenza di un contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, e dunque non potesse darsi tutela contrattuale, poiché, e qui sta la spiegazione della scelta in direzione dell'illecito civile, il danno lamentato dal minore non sarebbe potuto essere ricondotto, nella sua genesi, ad un inadempimento da parte del medico e/o della struttura sanitaria.

(812) In particolare quello relativo al riconoscimento della legittimazione attiva in capo al nascituro nel chiedere il risarcimento per il danno da nascita indesiderata; si veda, a tal riguardo, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Terza Sezione n. 3569 del 23 febbraio 2015, Rel. Sestini (consultabile su http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2015/02/ordinananza-n.3569-del-23-febbraio-2015-Rel.-Sestini-.pdf). Sulla questione, come si avrà modo di puntualizzare, *infra* nel testo, è intervenuta la pronuncia Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit..

nascita indesiderata, della quale si è appena brevemente dato conto; la seconda attiene, invece, ai danni subiti dal nascituro in seguito ad un non corretto adempimento della prestazione da parte dei sanitari.

Il principio affermato in Cass. 11503/1993 non è mai stato seriamente posto in discussione[813], ed ha trovato in Cass. 10741/2009[814] una sua ulteriore conferma.

Riguardo al caso oggetto di tale sentenza, nella ricostruzione del fatto viene riportato come la gestante avesse partorito nella struttura sanitaria, convenuta in primo grado unitamente al medico curante, e che il nato presentasse gravissime malformazioni, non riconducibili a ragioni di tipo ereditario[815]; nella ricostruzione paventata dai genitori della minore le malformazioni stesse, infatti, sarebbero state da ricondurre alla prescrizione di farmaci teratogeni. La Corte muove dal presupposto che «*limitatamente alla titolarità di alcuni interessi protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro, e, in via consequenziale, il nesso di causalità tra il comportamento dei medici (di omessa informazione e di prescrizione di farmaci dannosi) e le malformazioni dello stesso nascituro che, con la nascita, acquista l'ulteriore diritto patrimoniale al risarcimento*»[816].

Successivamente, nella motivazione, dopo aver chiarito come le clausole generali[817] siano strumenti che il legislatore appronta per l'interprete al fine

---

(813) Si vedano, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2000, n. 5881 e Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11001 che si richiamano direttamente a Cass. 11503/1993, ma anche Cass. civ., sez. III, 9 settembre 1998, n. 8875 e Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852.

(814) Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 587, con nota di IANNONE, *Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale: la soggettività del concepito e il diritto a nascere sano*; DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e"diritto a non nascere se non sano". La corte di Cassazione in vena di* revirement*?*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2012, 144 ss.; BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2009, 1180 ss.; GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10, 2009, 2075 ss.; FUSCO, *Il nascituro è soggetto giuridico ed ha diritto a nascere sano*, in *Diritto & Giustizia,* 2009, 145 ss.

(815) Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, cit., nella ricostruzione del fatto.

(816) Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, cit., nella parte in Diritto; subito dopo viene rilevato che «*l'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione dei c.d. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giuriprudenza-nomativa, quale autonoma fonte del diritto*».

(817) Si veda, a tal riguardo, il par. 2.3 della prima parte.

di poter identificare, ove ciò sia consentito dalla logica dell'ordinamento, nuove aree di protezione di interessi[818], si ribadisce come il contratto concluso tra la gestante e la struttura sanitaria e/o con il medico sia un contratto che spiega i suoi effetti protettivi a favore di soggetti terzi[819] e viene chiarito come «*l'efficacia del contratto, che si determina in base alla regola generale* ex *art. 1372 c.c. ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c.c., in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità delle persone*»[820]. Oltre a quanto sin qui considerato, è

---

(818) Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, cit., si afferma che in un contesto di sistema semi-aperto un ruolo fondamentale risulti essere giocato dalle c.d. «*clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interesse*».

(819) Vengono identificati, nella pronunzia in esame, come soggetti terzi protetti il concepito e il padre, ma alla luce di Cass. 16754/2012 è possibile includervi anche i fratelli e le sorelle del concepito. Alcuni hanno visto nella pronuncia in oggetto un elemento di novità nell'aver riconosciuto in capo al concepito la posizione di terzo protetto; si veda a tal riguardo, ad esempio, DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La corte di Cassazione in vena di* revirement*?*, cit., 149.; tuttavia, sembra ci si dimentichi dell'orientamento inaugurato da Cass. 11503/1993. La sensazione leggendo i passaggi seguenti del contributo sopra richiamato è che non si sia adeguatamente distinto il caso in cui il nascituro soffra di un danno imputabile all'inadempimento del personale medico-sanitario e quando, invece, non si versi in tale ultima situazione. In disaccordo con la ricostruzione prospettata dalla Suprema Corte appare GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, cit., n. 4 ss., che formula, sostanzialmente, le medesime osservazioni effettuate in ID., *Il contratto tra gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., 134 ss., in merito a Cass. 6735/2002, rilevando, altresì, al par. n.3 che «*posto che il nascituro vanta un interesse negativo che gli dà solo diritto ad ottenere il risarcimento del danno, non vi è alcuna ragione di attribuirgli una tutela contrattuale, la quale dovrebbe giustificarsi solo in ragione della possibilità di concedergli rimedi contrattuali diversi rispetti a quello risarcitorio*»; ferma la non condivisibilità di una tale affermazione, della quale peraltro non si coglie il fondamento, si rimanda a quanto sin qui rilevato.

(820) Così Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, cit.; ed ancora, poco dopo, «*non può negarsi all'accordo negoziale che intercorre tra una paziente-gestante, una struttura sanitaria ed i medici l'idoneità a dar luogo a conseguenze giuridiche riguardo al soggetto nascituro e dell'altro genitore, nella sua qualità di componente familiare; detto accordo, infatti, "si proietta" nei confronti del destinatario "finale" del negozio (il concepito che poi viene ad esistenza), come anche nei confronti di chi (genitore), insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art. 30 Cost. ed alla connessa normativa codicistica ed ordinaria*». Tenuto conto di quanto appena riportato nel testo, dunque, appare pienamente confermata, dalla decisione in commento, la ricostruzione del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi riproposta nel presente lavoro e che si è avuto modo di illustrare, specificamente, nel corso

necessario sottolineare come la categoria del contratto con effetti protettivi abbia ricevuto un avvallo anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nelle sentenze nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008[821]. Tali pronunce, pur essendo dotate di un contenuto che ha attirato l'attenzione di giurisprudenza e dottrina per prevalentemente per questioni diverse rispetto a quelle oggetto del presente lavoro[822], racchiudono un passaggio che merita di essere in questa sede riportato. In motivazione la Corte ribadisce, infatti, la configurabilità, nel nostro ordinamento, dei «*contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali. In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte che ha avuto modo di inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sent. 589/1999 e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sent. n. 11503/1993; n. 5881/2000); ed al padre, nel caso di omessa*

della seconda parte. Non cogliendo la puntualizzazione svolta nella motivazione della sentenza FUSCO, *Il nascituro è soggetto giuridico ed ha diritto a nascere sano*, in *Diritto & Giustizia,* cit., 145 ss., attribuisce la propagazione degli effetti protettivi alla disposizione di cui all'art. 1411 c.c. Sul punto si rinvia a quanto rilevato al par. 1.4 della seconda parte del presente lavoro.

(821) Cass. civ., S.U. 11 novembre 2008, n. 26972 in *Responsabilità civile e previdenza*, I, 2009, 38 ss.e in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 73 ss.; si vedano a tal riguardo, fra tanti, i contributi di GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Il diritto delle famiglie e delle persone*, 2009, 100 ss.; BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2009, 97 ss.; BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* I, 2009, 117 ss.; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* I, 2009, 122 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità,* I, 2009, 32 ss.; LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS. UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e responsabilità,* I, 2009, 45 ss.; SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e responsabilità,* I, 2009, 50 ss.; GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS. UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e responsabilità,* III, 2009, 279 ss.; si veda anche AMATUCCI, *I contratti con effetti protettivi*, cit., 1 ss., nonché i contributi indicati alla nota 770.

(822) Infatti le sentenze si occupano, prevalentemente, di una rimeditazione della categoria del danno non patrimoniale; sul punto si vedano i contributi indicati alla nota precedente.

diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sent. n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005)»[823]. Oltre quanto precedentemente ricostruito, dunque, il passaggio riportato segna l'inequivocabile accoglimento della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, anche da parte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Ed ancora, un definitivo consolidamento della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi può essere rintracciato anche nella recentissima sentenza a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione[824], resa in seguito alla rimessione della questione relativa al riparto degli oneri probatori[825] e della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento[826], nell'ambito della tematica del c.d. danno da nascita indesiderata

Chiarito come non sia necessario postulare la piena soggettività giuridica del nascituro, affinché lo stesso possa vantare la legittimazione attiva per i danni lui occorsi antecedentemente alla nascita, la Corte ricordando il suo precedente (Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503) ribadisce come «*una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che ne sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento*»[827].

Ma, sotto tale profilo, come si è avuto modo di puntualizzare nelle pagine precedenti, l'ipotesi di tutela estesa al nascituro attraverso il contratto con effetti protettivi è configurabile solo ove i danni subiti dallo stesso derivino dall'inadempimento del medico e/o della struttura sanitaria, e non nell'ipotesi che, ad esempio, le malformazioni riportate dallo stesso siano da ricondurre a

---

(823) Così Cass. civ., S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.3; poco dopo viene aggiunto anche che «*costituisce contratto di protezione anche quello che intercorre tra l'allievo e l'istituto scolastico. In esso, che trova la sua fonte nel contatto sociale (S.U. n. 9346/2002; sent. n. 8067/2007), tra gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra quello all'integrità fisica dell'allievo con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione (sentenze citate)*». Su tale ultimo punto si veda AMATUCCI, *I contratti con effetti protettivi*, cit., 13 ss.; appare evidente come alla riflessione condotta dalla Suprema Corte nella pronuncia riportata possano essere aggiunti, alla luce di Cass. 16754/2012, anche i fratelli e le sorelle del nascituro tra i soggetti terzi protetti dal contratto concluso tra la gestante e la struttura sanitaria e/o il medico.

(824) Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit..

(825) Ordinanza n. 3569 del 23 febbraio 2015, Rel. Sestini, cit., 6.

(826) Ordinanza n. 3569 del 23 febbraio 2015, Rel. Sestini, cit., 10.

(827) Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit..

motivi di ordine genetico-ereditario. E in tale prospettiva, infatti, la Corte sottolinea come a nulla valga richiamare, nelle suddette ipotesi di malformazione, al fine di poter affermare che il nascituro sia terzo protetto, la riconosciuta possibilità di estendere gli effetti protettivi a padre e germani dello stesso, attesa la diversa posizione da quelli ricoperta, rispetto all'inadempimento del medico e della struttura[828].

Dopo aver effettuato alcune ricognizioni di tipo comparatistico, ed avuto riguardo all'ipotesi del danno da nascita indesiderata, la Corte afferma ancora che «*in quest'ottica, viene meno anche il fondamento della tesi che ancora la sussistenza del credito risarcitorio ai c.d. doveri di protezione, di cui sarebbe il beneficiario il nascituro: figura primamente elaborata dalla dottrina tedesca (*Schutzpflicht*), che riconoscendo ai parenti, o conviventi, anche per ragioni di lavoro, a contatto con la parte contrattuale, una tutela più intensa, di natura contrattuale (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), che non quella propria della generalità dei terzi, che possono valersi, invece, della sola azione aquiliana. Sulla scorta di tale ricostruzione concettuale, si sostiene che se il contratto tra la madre e il medico ha effetti protettivi verso i terzi (Cass., sez. 3, 29 luglio 2004, n. 14488 che tuttavia nega il diritto del figlio al risarcimento), non sarebbe coerente escluderne il bambino: facile inferenza che, se vale a giustificare la titolarità del credito risarcitorio* ex contractu *da parte del nato affetto da anomalie cagionate direttamente dal sanitario, non supera, ancora una volta, l'ostacolo dell'inesistenza di un danno-conseguenza per effetto della mancata interruzione della gravidanza*». Il passaggio appena riportato ribadisce, dunque, come la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi possa essere fondatamente impiegata, solo nel caso in cui il danno lesivo della sfera giuridica del terzo protetto sia da ricondurre all'inadempimento del debitore,

[828] Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., rileva, infatti, che «*in senso contrario, qualche voce in dottrina, non senza echi giurisprudenziali, adduce l'apparente antinomia tra la progressiva estensione del credito risarcitorio in favore del padre (Cass., sez. 3, 10 maggio 2002, n. 6735) e dei germani (Cass., sez. 3, 2 ottobre 2012, n. 16754) ed il perdurante diniego opposto al figlio, primo interessato dalle patologie prese in considerazione dalla norma: argomento, suggestivo ed impressionistico, ma di nessun pregio giuridico, restando ad un livello di costatazione empirica, senza adeguato apprezzamento delle diverse premesse in diritto*»; implicitamente, dunque, la Corte ribadisce la fondatezza dell'estensione degli effetti a protezione del nascituro, nel caso in cui i danni dallo stesso riportato siano il risultato della condotta inadempiente del debitore.

affermazione in perfetta armonia con quanto sin qui sostenuto[829]. Appare, dunque, evidente come il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi risulti essere pienamente recepito dalla giurisprudenza[830], e come l'impiego fattone sia consapevole delle peculiarità tipiche della categoria in oggetto[831].

---

(829) Si veda, in particolare, la seconda parte del presente lavoro.

(830) Di diverso avviso era BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991, 221 il quale, al par. 11, a proposito della figura dei «*doveri di protezione con efficacia verso terzi*», richiamandosi al concetto di contatto sociale per come concepito in Germania, affermava che «*poggiando su facili basi, ben difficilmente la tesi in esame troverà accoglienza presso i nostri giudici. Se questi non hanno fatto ricorso ai doveri di conservazione inter partes malgrado abbiano un sicuro fondamento nel diritto positivo e ha, invece, preferito assoggettare all'art. 2043 il danno al patrimonio o alla persona subito dai contraenti nell'esecuzione del contratto, allo stesso modo valuterà il pregiudizio dei terzi che si trovano in un rapporto qualificato con le parti senza utilizzare la figura dei doveri di protezione verso terzi che non ha alcun aggancio testuale*». L'affermazione che non ha trovato riscontro nell'evoluzione della materia presso la giurisprudenza, come si è avuto modo di evidenziare, deve essere tuttavia contestualizzata nel proprio momento storico, nel quale, effettivamente, la categoria risultava di interesse quasi esclusivamente dottrinario. Sotto altro profilo, appare, dunque come di fatto la Cassazione non abbia né dimenticato, né, tantomeno, ripudiato il contratto con effetti di protezione nei confronti di terzi; il riferimento è al titolo del contributo di ZORZIT, *La Cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio,* in *Danno e responsabilità*, XII, 2012, 1202, commento a Cass. civ., sez. III, 8 maggio 20128, n. 6914, *ivi* alla pagina 1201. In realtà, nella pronuncia commentata si verteva in un'ipotesi di richiesta del risarcimento del danno non patrimoniale da parte nella figlia, conseguente alla morte della madre, avvenuta per supposto inadempimento della casa di cura presso la quale la stessa risultava essere ricoverata. La situazione posta a fondamento della decisione risulta essere ben differente da quelle riconducibili al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi e pare, pertanto, condivisibile l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità. Sempre della medesima Autrice, si veda, altresì, il *focus* sul contratto con effetti protettivi a favore del terzo pubblicato il 3 febbraio 2014 sul portale on-line RIDARE (rinvenibile all'indirizzo www.ridare.it).

(831) Deve, tuttavia, puntualizzarsi una circostanza; in Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e responsabilità*, 2005, 537, AGNINO, è dato leggere la seguente affermazione «*di recente, poi, le Sezioni Unite di questa Corte hanno definito «complesso e atipico» il «rapporto che si instaura … tra la casa di cura ed il paziente, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo scelga al di fuori il medico curante, dal momento che la clinica non si limita … ad impegnarsi alla fornitura di mere prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma si obbliga alla messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico ed all'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze» (Cass. S.U. 1à luglio 2002, n. 9556)*». Subito dopo, si afferma che «*avuto riguardo alla giurisprudenza sopra richiamata, possono trarsi alcune conclusioni. Il rapporto che si instaura tra il paziente e la casa di cura privata – così come il rapporto che si instaura con l'ente ospedaliero – ha fonte nel contratto, che può concludersi anche con l'accettazione del paziente. Si tratta di un contratto atipico con effetti protettivi nei confronti del terzo che fa sorgere a carico della casa di cura accanto ad obblighi* lato sensu *alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni. Consiste in un contratto a prestazioni corrispettive in quanto fa sorger anche l'obbligazione di versare il corrispettivo della prestazione alla casa di cura, restando irrilevante che questa obbligazione sia estinta dal paziente, dal suo assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente*». E' necessario precisare come la vicenda posta a fondamento della decisione suindicata integrava un'ipotesi di danni subiti dal nascituro e riconducibili anche all'inadempimento degli obblighi della casa di cura; peculiarità della vicenda era la circostanza che l'intervento fosse stato eseguito da un medico di fiducia scelto dalla gestante e operante all'interno di struttura privata. Il nascituro, come

2.5 Altre ipotesi di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

Da quanto ricostruito nelle pagine precedenti, emerge come la categoria in oggetto risulti, ormai, definitivamente accolta dalla nostra giurisprudenza.

Tuttavia, si ritiene, anche sulla scorta delle riflessioni compiute nel presente lavoro, che le ipotesi contrattuali considerate dalla giurisprudenza costituisca non esauriscano i tipi riconducibili alla categoria del contratto con effetti protettivi[832] nei confronti di terzi. Le basi gettate nella ricostruzione della categoria in oggetto, infatti, permettono di svolgere le seguenti considerazioni in merto ad altre tipologie contrattuali[833], in capo alle quali è possibile ricondurre effetti protettivi a tutela di terzi.

è dato leggere nella ricostruzione in fatto, subiva importanti danni alla propria salute anche in ragione della inadeguatezza di personale e attrezzature della casa di cura privata, presso la quale era stato effettuato il parto. Il passaggio sopra riportato, dunque, chiarisce come tra gestante e casa di cura si instauri in un contratto, atipico, avente efficacia protettiva, nei confronti del nascituro, a prescindere dalla circostanza che il medico sia stato scelto dalla madre; i principi di diritto affermati sono dunque due: da un lato la responsabilità della casa di cura è sempre contrattuale e coinvolta anche nel concreto andamento dell'intervento, per cui la stessa non è esente da responsabilità solo perché il medico sia stato scelto direttamente dal paziente; dall'altro, viene sancito come il contratto tra casa di cura e paziente (nel caso specifico gestante) sia un contratto ad effetti protettivi, ovviamente solo nell'ipotesi in cui via sia un terzo protetto come nel caso del nascituro. Tuttavia, proprio la compresenza, dei due principi ha fatto sì che in alcuni occasioni i giudici della Corte di Cassazione richiamassero come precedente Cass. 13066/2004 e Cass. S.U. 9556/2002, riportando il passaggio sopra citato, senza distinguere i due profili indicati. In alcuni casi, dunque, l'impiego della qualifica di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi è stato appropriato, laddove fosse effettivamente presente un terzo da proteggere come il nascituro, come ad esempio in Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006 n. 1698; Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2007, n. 6945 e Cass. civ., sez. III, 17 aprile 2008, n. 10107. In altri casi, invece, il precedente è stato citato, includendo anche l'espressione di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, pur non essendovi un terzo da proteggere, ma solo al fine di affermare la natura contrattuale della responsabilità ascrivibile alla casa di cura anche nel caso in cui il medico fosse stato scelto dal paziente (in tal senso si vedano, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2007, n. 13953; Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571; Cass. civ., sez. III, 4 maggio 2005, n. 9284; Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918; Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2007, n. 24742; Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2014, n. 8413; Cass. civ., sez. III, 22 settembre 2015, n. 18610 e Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2015, n. 23198).

[832] Vale appena il caso di rilevare come gli obblighi di protezione, che siano a tutela delle parti o che si estendano a proteggere terzi qualificati, non sono derogabili dalle parti in ragione della loro determinazione in forza del principio di solidarietà costituzionale e delle clausole generali di buona fede e correttezza; ogni patto contrario, anche in considerazione del disposto di cui all'art. 1229, sarebbe da considerarsi nullo. Sul punto, si vedano, fra i tanti, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 134 e CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, cit., 711.

[833] Ci si limiterà, di volta in volta, ai profili rilevanti per il tema qui affrontato; una estesa trattazione delle singole tipologie contrattuali, infatti, esulerebbe dalle logiche del presente lavoro.

Un primo esempio può essere rinvenuto nel contratto di locazione[834].

Ed infatti, si è già avuto modo di dar conto della circostanza che nel contratto di locazione insorgano senz'altro obblighi di protezione tra il locatore e il conduttore[835]. Ed è da ritenersi che tali obblighi di protezione si estendano anche a tutela dei familiari del conduttore, che con il medesimo vivano all'interno dell'immobile locato[836]. I familiari del conduttore che, a causa dell'inadempimento delle obbligazioni del locatore, subiscano danni nella propria sfera giuridica ben potrebbero, infatti, richiedere direttamente un risarcimento del danno nei confronti del locatore, avvalendosi delle regole del regime di responsabilità contrattuale. Tenuto conto delle caratteristiche del contratto di locazione è agevole rinvenire nello stesso quelle caratteristiche che lo rendono qualificabile come contratto con effetti protettivi[837].

---

(834) Sul tema la bibliografia è sterminata; con respiro di sintesi si rimanda ai seguenti contributi: GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940; DI BLASI, *Locazione (Il libro delle obbligazioni, parte speciale),* Milano, 1950; DEJANA, *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore,* in *Studi in onore di Cicu,* I, Milano, 1951, 243 ss.; DUNI, *Le locazioni degli immobili urbani,* Milano, 1955; LAZZARA, *Il contratto di locazione (Profili dommatici),* Milano, 1961; CHIEPPA-COFFARI, *Manuale delle locazioni urbane,* Milano, 1961; GUARINO, *Locazione,* in *Tratt. Grosso e Santoro-Passarelli,* Milano, 1965; COCO, *Locazione (dir. priv.), in Enc. dir., XXIV, Milano, 1974,* 918 ss.; BRECCIA, *Il diritto alla abitazione,* Milano, 1980; BOZZI-CONFORTINI-DEL GROSSO-ZIMATORE, *Locazione di immobili urbani*, in *Nuovissimo Digesto Italiano, App.*, IV, Torino, 1983, 1005 ss.; CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione,* Padova, 1988; ZANNINI, *Locazione,* in *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. Civile),* Torino, 1994, 94 ss.; CATELANI, *Manuale della locazione*, Milano, 2001; GABRIELLI-PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001; BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004; CUFFARO-PADOVINI (a cura di), Locazione, Torino 2006; LAZZARO-DI MARZIO, *Le locazioni ad uso abitativo*, Milano, 2012.

(835) Si veda quanto riportato, in particolare, nel terzo capitolo della prima parte del presente lavoro.

(836) Sul punto si rimanda a quanto osservato a proposito di App. Roma, 30 marzo 1971 (par. 2.4, seconda parte), ed alle considerazioni svolte in merito al contratto di locazione e agli obblighi di protezione (cap.3, prima parte).

(837) E non, ad esempio, a quello a favore di terzo; concorde con quanto nel testo affermato DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 117 il quale rileva a proposito del contratto con effetti protettivi rileva che «*non si tratta tanto di una variante sul tema del contratto a favore di terzo, come taluno ritiene, ma di una estensione dell'effetto di responsabilità anche ai terzi. Tale estensione si giustifica in ragione della particolare natura di taluni obblighi, il cui ambito di tutela va oltre la sfera del soggetto che di essi è formalmente titolare. Si pensi al caso del contratto di locazione e dell'obbligazione che grava sul locatore di garantire al conduttore che la cosa locata sia in buono stato di manutenzione (art. 1575). È evidente che tale obbligo «si irradi» anche nei riguardi del e/o dei soggetti che stabilmente convivono con il conduttore e che possono anch'essi ricevere danno da una cosa che sia in cattivo stato di manutenzione*». Del medesimo avviso è anche BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 370, il quale, a proposito degli obblighi di protezione, osserva che «*una tale incidenza sull'obbligazione nel suo complesso si manifesterebbe, a seconda*

Ed infatti, i familiari conviventi con il conduttore sono certamente terzi che si trovano in una posizione che vale a distinguerli da tutti gli altri terzi, più che in virtù del loro legame familiare, in ragione del loro diretto coinvolgimento nella dinamica del rapporto obbligatorio la cui esecuzione li espone, potenzialmente, al rischio di vedere lesa la propria sfera giuridica, in modo analogo a quello del conduttore.

Lo stesso locatore è a conoscenza della circostanza che con il conduttore si trovino all'interno dell'immobile locato anche i di lui familiari avendo, dunque, piena contezza della possibile estensione soggettiva della propria obbligazione, nel pieno rispetto, peraltro, del disposto di cui all'art. 1225. Proprio in applicazione del principio di solidarietà costituzionale, e delle clausole di buona fede e correttezza, così come precedentemente delineate, emerge come gli stessi familiari debbano potersi considerare soggetti protetti dal contratto concluso tra il locatore e il conduttore, a cagione della loro posizione differenziata e prossima rispetto all'esecuzione[838].

Ed ancora.

Un'ulteriore ipotesi di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, può essere individuata in materia di accordi di riservatezza[839].

Deve, innanzitutto, premettersi come in caso di assunzione di obblighi di non divulgazione e impiego di informazioni confidenziali per scopi estranei alla trattativa, l'inadempimento si configuri sempre come definitivo;

---

del tipo di rapporto, anche in funzione della tutela di altri soggetti "interessati" a causa di uno specifico collegamento giuridico con una delle parti ["rapporti con effetti di protezione per i terzi"]; si può pensare ad ipotesi analoghe a quella regolata espressamente dal nostro codice con riferimento alla salvaguardia della salute dei familiari dell'inquilino, che con lui abitino, pur non essendo parti del rapporto di locazione: art. 1580». Più di recente, NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, cit., 661, che dopo aver rilevato come «*per quanto concerne i terzi, la solidarietà dà fondamento a una interpretazione estensiva dell'obbligo legale di protezione a favore di quei terzi che si trovino a partecipare del medesimo pericolo cui risulta esposta la parte in ragione del rapporto obbligatorio*» afferma, *ivi* alla nota 15, come «*un esempio normativo è l'art. 1580 c.c.*». Un ulteriore conforto, nel senso appena prospettato, potrebbe forse rintracciarsi in ALPA-MARICONDA (a cura di), *Commentario al codice civile,* II, Milano, 2013, *sub* art. 1580, ove si afferma che «*i familiari e i dipendenti del conduttore che abbiano subito un danno alla salute possono agire direttamente nei confronti del locatore per ottenere il risarcimento*».

(838) Si veda la precedente nota 832.

(839) Sul punto si rimanda a BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza,* cit., in particolare 172 ss.; a tutt'oggi, non sembrano rinvenirsi ulteriori contributi monografici sul tema degli accordi di riservatezza; si rinvia, pertanto ivi, alla pagina 11, nota 23 per l'indicazione di alcuni contributi rilevanti in materia.

l'attenzione, in merito alle conseguenze dell'inadempimento, devono dunque concentrarsi sul correlativo obbligo di risarcimento del danno[840]. Tanto considerato, avuto riguardo al profilo soggettivo degli accordi di riservatezza, è possibile individuare oltre al soggetto divulgante, altri che possano essere danneggiati da una violazione degli obblighi di riservatezza[841].

È possibile, ad esempio, che tra gli *assets* che compongono l'azienda o i diversi rami di questa, oggetto dell'acquisizione per la quale le parti sono in trattativa, siano presenti anche delle partecipazioni relative a società controllate o collegate. In una tale ipotesi, appare evidente come alta sia la probabilità che, fra le informazioni fornite alla parte ricevente, alcune possano attenere a tali altre società che, senz'altro, devono essere considerate soggettivamente distinte rispetto all'impresa *target* e, dunque, terze rispetto all'accordo di riservatezza[842]. Accanto all'ipotesi appena descritta, può porsi quella nella quale il procedimento di acquisizione sia stato avviato al fine di ottenere la partecipazione di controllo dell'impresa bersaglio. In tale situazione, infatti, l'accordo di riservatezza vede la partecipazione della parte interessata all'acquisizione e degli azionisti che detengono la partecipazione di controllo, ma nonostante ciò, le informazioni confidenziali che in tale occasione vengono condivise sono, prevalentemente, relative all'impresa *target*[843].

---

(840) BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 172 e 173; l'Autore *ivi* chiarisce, infatti, che «*in astratto, di fronte alla mancata esecuzione della prestazione di un'obbligazione negativa, l'ordinamento affianca all'obbligo di risarcimento del danno* ex *art. 1218 cod. civ. anche la possibilità di un'esecuzione forzata consistente nella distruzione a spese del debitore di ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo di non fare. In questi termini si esprime, quasi letteralmente, l'art. 2933 cod. civ. È evidente che tale tipo di conseguenza della violazione di un obbligo di non fare non può essere ipotizzata, neppure logicamente, con riferimento alle informazioni confidenziali oggetto dell'accordo di riservatezza e alle obbligazioni negative che su di esse si appuntano*».

(841) BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 174; a tal riguardo si puntualizza che «*l'interrogativo, evidentemente, non si pone – o, meglio, si pone in termini solo eventuali come diremo tra breve – nelle ipotesi in cui il procedimento di acquisizione nel quali si innestano gli accordi abbia ad oggetto non una partecipazione di controllo dell'impresa* target, *ma, direttamente, quest'ultima o, più correttamente, la sua azienda o uno o più rami della stessa. In tal caso infatti la parte divulgante dell'accordo di riservatezza coincide con quella titolare delle informazioni confidenziali che vengono messe a disposizione della parte ricevente*».

(842) In questo senso BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 175.

(843) BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 175; viene, di seguito, precisato come «*ai fini dell'acquisizione, alla parte acquirente interessano, piuttosto che le informazioni relative al socio di controllo, quelle relative alla società la cui partecipazione deve essere acquisita*».

Nei casi nei quali, dunque, la violazione degli obblighi assunti in ragione degli accordi di riservatezza, danneggi soggetti terzi, può ipotizzarsi autonoma azione contrattuale in capo a tali terzi al fine di ottenere, come sopra accennato, il solo risarcimento del danno?

È da escludersi che, nel caso di specie, sia configurabile un'ipotesi di contratto a favore di terzo, giacché nei confronti dei terzi, eventualmente danneggiati dalla violazione degli accordi di riservatezza, non viene espressamente attribuito alcun diritto alla prestazione[844], ma permane in capo agli stessi il chiaro interesse a non veder lesa la propria sfera giuridica a causa dell'inadempimento di una delle parti.

I casi prospettati, invece, appaiono pienamente ascrivibili alla categoria generale del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi[845], del quale presentano tutte le caratteristiche, così come illustrate nel corso del presente lavoro. Nei confronti di tali terzi, pienamente coinvolti nella dinamica contrattuale, la cui esistenza è ben nota o, dovrebbe esserlo, alle parti che concludono gli accordi di riservatezza, sorge dunque un autonomo diritto ad agire al fine di ottenere il risarcimento del danno da inadempimento, in seguito alla violazione degli specifici obblighi di protezione a tutela della loro sfera giuridica[846].

Le brevi considerazioni appena svolte in merito al contratto di locazione e agli accordi di riservatezza sarebbero, di per loro, sufficienti a confermare l'affermazione che quella dei contratti con effetti protettivi nei confronti di terzi sia una categoria generale alla quale ricondurre diverse ipotesi contrattuali, ulteriori rispetto al contratto concluso tra la gestante e il medico o la struttura sanitaria.

Tuttavia, è possibile provare ad individuare, senza alcuna pretesa di completezza, altrei ipotesi che potrebbero essere ricondotte alla categoria in oggetto. In tale prospettiva, qualche utile elemento di riflessione potrebbe giungere da alcune ipotesi di responsabilità del certificatore[847] per provarne a

(844) In questo senso BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 178 ss.

(845) Così BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 179 ss.

(846) BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, cit., 180 ss.

(847) Il termine viene qui utilizzato nella sua accezione generica, come apparirà evidente dalle successive considerazioni. BUGIOLACCHI, *Sicurezza dei prodotti e certificazione: la*

verificare la compatibilità con la categoria del contratto ad effetti protettivi nei confronti di terzi. Una trattazione esaustiva del tema della certificazione[848] sarebbe, in questa sede, impossibile; ciò che qui interessa è solo effettuare qualche riflessione nella prospettiva indicata.

Si faccia, ad esempio, il caso della responsabilità del certificatore di opere d'arte, considerando come il discorso certo ben possa essere esteso oltre l'ipotesi prospettata[849]. Il certificatore è, in senso lato e in estrema sintesi, quel soggetto che attesta, avuto riguardo all'oggetto della propria analisi, il rispetto di determinati *standard* o, parimenti, la presenza di determinate qualità[850]. Nel caso specificamente considerato, il certificatore svolge un ruolo

---

responsabilità contrattuale degli organismi di valutazione della conformità, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2013, 616 alla nota 24, rileva che «*la responsabilità del certificatore di conformità verso terzi possa rappresentare un interessante laboratorio per sottoporre a nuova attuale verifica, la tematica della c.d. «terra di nessuno» tra contratto e torto, cui sono connesse le teorizzazioni in tema di responsabilità da «contatto sociale», di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, oltre che per verificare lo stato di avanzamento del processo di progressivo avvicinamento della responsabilità contrattuale e di quella aquiliana in ambito europeo e nazionale, soprattutto laddove il danneggiante sua titolare di uno status, in virtù del quale esegue prestazioni idonee a generare affidamento ben al di là della cerchia dei contraenti*».

(848) Con respiro di sintesi si segnalano i seguenti contributi AMBROSOLI, *Il contratto di certificazione della qualità*, in *Contratti*, 2004, 811 ss.; BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011; BERTA, *Certificazioni di qualità*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XIV, Torino, 2004, 477 ss.; BIVONA, *Certificazioni di qualità dei prodotti e tutele civilistiche*, Torino, 2012; ID., *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1331 ss.; BUGIALACCHI, *Sicurezza dei prodotti e certificazione: la responsabilità contrattuale degli organismi di valutazione della conformità*, cit., 610 ss.; CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, in *Diritto e impresa / Europa*, I, 2010, 1 ss.; ID., *Vero e falso nel prisma dei sistemi di diritto continentale*, in CALVO-CHIAVAZZA (a cura di), *L'autenticità degli strumenti ad arco*, Torino 2010, in particolare 64 ss.; CICCARIELLO, *La circolazione del prodotto certificato*, Napoli, 2009; MAZZARO, *La certificazione di qualità e la responsabilità dell'ente certificatore*, in *Il Civilista*, 2008, 1, 88 ss.; SAIJA, *Standards e contratti di certificazione*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2013, 1, 47 ss.; STRUKUL, *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 732 ss.; ZUCCHI, *La rilevanza giuridica della certificazione*, Padova, 2015. Che il tema oggetto del presente lavoro e il contratto di certificazione presentino, tra loro, momenti di affinità appare evidente già solo ove si consideri che nella maggioranza dei contributi appena indicati si richiami, seppur prevalentemente per escluderne l'operatività, il contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

(849) Si veda sul punto CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, cit., 2 ss.; ID., *Vero e falso nel prisma dei sistemi di diritto continentale*, cit., 64 ss.

(850) BELLISARIO, *Certificazione di qualità e responsabilità civile*, cit., 11 rileva in modo più puntuale e tecnico che «*l'attività di certificazione della qualità consiste nella valutazione, verifica e attestazione, da parte di un organismo terzo e indipendente (c.d. organismo di certificazione), non tanto della qualità, come comunemente può essere intesa (ossia con valore positivo, di pregio), quanto della mera conformità a determinati parametri di un prodotto o servizio, di un sistema produttivo o del personale di un'impresa (c.d. impresa certificata). L'esito positivo di tale*

fondamentale in merito alla ricostruzione della storia, e delle caratteristiche qualitative, ivi compresa la paternità, dell'oggetto. Tendenzialmente, dunque, sarà il venditore a richiedere al certificatore un *expertise*: in tali ipotesi tra il certificatore e il terzo acquirente non vi sarà alcun rapporto negoziale immediato[851]. Il terzo, nel caso prospettato, si determina all'acquisto sulla base, anche, del giudizio fornito dal certificatore.

Il certificatore, infatti, non può essere considerato, nella prospettiva del terzo acquirente, come un *quisque de populo*, ma anzi il terzo, proprio in virtù dell'opera intellettuale da quello svolta, si determina in merito all'acquisto dell'oggetto.

Nel caso, dunque, in cui vi sia un non esatto adempimento nell'esecuzione della prestazione da parte del certificatore, e questo si ripercuota nei confronti del terzo, che tipo di azione è possibile configurare in capo a quest'ultimo nei confronti del certificatore, fermi restando gli ordinari strumenti di tutela, eventualmente esperibili direttamente nei confronti del venditore?

In una tale prospettiva, soprattutto ove si tenga conto della consapevolezza che il certificatore ha dell'esistenza del terzo, la soluzione di cui all'art. 2043 c.c. non appare quella più congeniale[852].

Nelle ipotesi in cui ci sia un'attività di certificazione, il terzo risulta essere coinvolto sostanzialmente nella dinamica contrattuale, nella misura in cui si pone come *destinatario* della prestazione medesima[853].

Certo non potrà ritenersi che lo stesso assurga al ruolo di creditore della prestazione stessa; tale ruolo potrà riconoscersi solo in capo al soggetto che ha richiesto la certificazione, ma il terzo sarà contemplato come destinatario, seppur *sui generis*, della prestazione e, in ultima analisi, come colui che in

---

controllo si conclude attraverso il rilascio di un attestato di certificazione e della licenza di utilizzazione di un marchio, di solito (ma non sempre) rappresentato attraverso simboli o sigle».

(851) CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, cit., 7.

(852) In tal senso CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, cit., 9. Di diverso avviso, tuttavia, appare la gran parte della dottrina che si è occupata dell'argomento; a titolo meramente esemplificativo si veda BELLISARIO, *Certificazione di qualità e responsabilità civile*, cit., in particolare 308 ss. e BERTA, *Certificazione di qualità*, cit., 488 ss.

(853) In tal senso BELLISARIO, *Certificazione di qualità e responsabilità civile*, cit., 207: «*occorre altresì tener conto del fatto, del tutto evidente, che anche il consumatore, sebbene "terzo" rispetto al contratto di certificazione, ha uno specifico interesse alla sua corretta esecuzione*.

ragione dell'inesatta certificazione potrebbe subire un pregiudizio alla propria sfera giuridica[854].

Ed è proprio una tale riflessione che, in accordo con quanto sin qui considerato, conduce a ritenere configurabile nell'ipotesi in esame un contratto dotato di effetti protettivi nei confronti dei terzi[855].

---

(854) Si consideri come, sotto tale profilo, il danno subito dal terzo nella propria sfera giuridica, a seconda dell'oggetto dell'attività della certificazione, potrebbe riguardare sia la salute che il patrimonio dello stesso. In tema di danno meramente patrimoniale e danno al patrimonio, per profili attinenti al tema qui trattato, con respiro di sintesi, si rimanda ai seguenti contributi: CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 179, ove si si rileva che «*la responsabilità contrattuale è la sede d'elezione del danno meramente patrimoniale*», ID., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica di diritto privato,* 1989, 549 ss. e 591 ss., ID., *La nuova responsabilità civile,* cit., specialmente 99 ss. e 507 ss.; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale,* in *Europa e diritto privato*, 2008, 315; ID., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, intervento all'Incontro di studio sul tema "*Illecito aquiliano e ingiustizia del danno*", Roma, 29-30 maggio 2008, rinvenibile sul sito del C.S.M.; DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giustizia civile,* 1982, 1749 ss., ID., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, II, 297 ss., ID., *Profili della responsabilità civile*, cit., 87 ss., ID., *Le tutele contrattuali*, cit., 151 ss., MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*¸ cit., 1 ss. e spec. 248 ss., MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e diritto privato,* 2008, 349., Considerando come affrontare il tema delle modalità del risarcimento del danno meramente patrimoniale esuli dallo scopo del presente lavoro, e ritenendo di condividere la ricostruzione in base alla quale «*la responsabilità contrattuale è la sede d'elezione del danno meramente patrimoniale*» (così CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 179) in questa sede ci si limita a considerare come si ritenga ampiamente risarcibile il danno meramente patrimoniale nelle ipotesi prospettate nel testo, in considerazione dell'idoneità degli obblighi di protezione a tutelare anche l'interesse meramente patrimoniale dei terzi qualificati. Avverso la superiore affermazione, parte della dottrina dichiara che gli obblighi di protezione sarebbero idonei a tutelare solo l'integrità fisica o i beni dei soggetti, nei confronti dei quali siano posti a protezione. Altra critica solitamente impiegata, a tal riguardo, asserisce che ove si riconoscesse la possibilità di tutelare, mediante obblighi di protezione, l'interesse meramente patrimoniale dei terzi, si postulerebbe un interesse proprio del terzo nella prestazione, incompatibile la circostanza che lo stesso non possa assurgere alla qualifica di creditore. Le superiori argomentazioni non paiono persuasive. In merito alla prima critica, può rilevarsi come sembri derivare da una concezione degli obblighi di protezione strutturalmente limitata al rapporto tra le parti; una corretta visione degli obblighi di protezione a tutela dei terzi, che tenga conto del principio di solidarietà e delle clausole di buona fede e correttezza difficilmente potrebbe portare ad una simile conclusione, tanto più ove si tenga conto, e questo attiene alla seconda critica, come la sfera giuridica del terzo sia autonoma e come tale debba essere tutelata, considerato come la stessa sia rilevi per l'ordinamento e abbisogni di idonea tutela a prescindere da quale sia l'interesse del creditore o il rapporto che intercorra tra questo e il terzo.

(855) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 548 rileva, pur muovendo da una differente ipotesi, che «*in realtà fuori dalle ipotesi in cui si erga un ostacolo normativo come quello rappresentato dai principi in materia testamentaria una pretesa risarcitoria di natura contrattuale potrebbe darsi nonstante la mancanza di un obbligo di prestazione, nei confronti di quei terzi in contemplazione dei quali tale obbligo è stato assunto, come accade nel caso della valutazione professionale di un bene, da esibire a chi sia interessato all'acquisto del bene stesso per confermare la congruità del prezzo preteso*». Si vedano, altresì, le considerazioni svolte alle pagg. 507 ss. In senso analogo a quanto rilevato nel testo, si veda SAIJA, *Standards e contratti di* certificazione, cit., 53 il quale rileva che «*va precisato che la mancanza di un preciso rapporto*

A maggior ragione nelle ipotesi nelle quali il soggetto terzo sia determinato e conosciuto, il debitore avrebbe piena contezza di quale, o quali, siano le ulteriori sfere giuridiche coinvolte nell'esecuzione della prestazione che, nel rispetto del principio costituzionale di solidarietà, nonché delle clausole di buona fede e correttezza, dovranno essere preservate nello svolgersi della vicenda obbligatoria[856]. Qualche difficoltà nel ricondurre l'ipotesi

giuridico intercorrente tra l'impresa che rilascia la certificazione ed i consumatori dovrebbe più correttamente indurre, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, a configurare un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, anche se un'autorevole corrente di pensiero ha prospettato la trasformazione della responsabilità da aquiliana a contrattuale ogni qualvolta l'impresa di certificazione fosse consapevole del coinvolgimento di interessi di terzi, richiamando gli obblighi di protezione, ricostruzione questa che si presta ad essere accolta solo se la prestazione della società di certificazione è intesa come obbligazione di mezzi»; possibilista appare anche AMBROSOLI, *Il contratto di certificazione della qualità*, cit., 818. Pare potersi rilevare che nei contributi esaminati in merito alla responsabilità del certificatore, l'analisi del contratto con effetti protettivi sia stata, forse, eccessivamente sintetica e non ponderata anche sulla circostanza che l'analisi potrebbe portare a risultati differenti ove si consideri che i terzi siano tra loro differenziabili sotto il profilo qualitativo e quantitativo. Si veda, nell'ottica appena paventata, l'analisi della categoria qui approfondita svolta da BIVONA, *Certificazione di qualità dei prodotti e tutele civilistiche*, cit., 102 ss. e BELLISARIO, *Certificazione di qualità e responsabilità civile*, cit., in particolare 226 ss. Non condivisibile appare l'affermazione compiuta da quest'ultima Autrice alla pagina 235 in base alla quale «*il contratto di protezione esige che la posizione dei terzi non possa essere apprezzata diversamente, sotto il profilo dell'interesse alla protezione, rispetto alla posizione dell'una e dell'altra parte del rapporto contrattuale e, dunque, non consente di estendere in favore del terzo un obbligo di protezione che non sia anche alla controparte*». Come si è già avuto modo di sottolineare, la sfera giuridica del terzo è destinataria di obblighi di protezione autonomi, essendo autonoma la situazione giuridica tutelata; l'obiezione mossa appare eccessivamente formale e non in linea con quella concezione solidaristica del rapporto obbligatorio evidenziata nel presente lavoro. In ogni caso sul punto si rimanda al par. 2.4 della seconda parte del presente lavoro e a quanto rilevato a proposito dell'originaria obiezione riportata dall'Autrice appena ricordata, formulata da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 481 ss, peraltro rivolta alla ben differente ipotesi del rapporto esistente tra il paziente e il medico c.d. strutturato. Non si ritiene di condividere la ricostruzione che postula l'insorgenza tra il certificatore e il terzo, in virtù del contatto sociale, di un'obbligazione senza prestazione; in tal senso, seppur in modo sintetico, CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, cit., 9 e ID., *Vero e falso nel prisma dei sistemi di diritto continentale*, cit., 69. In merito ai rapporti intercorrenti tra contatto sociale e obbligazione senza prestazione si rinvia a quanto si è avuto modo di rilevare nella seconda parte del presente lavoro.

(856) Considerato come il danno derivante da una inesatta attività di certificazione possa ascriversi alla più generale categoria del c.d. danno derivante da false o inesatte affermazioni, pare in questa sede utile richiamare il pensiero di CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, II, cit., 434 che al riguardo dell'ipotesi di cui all'art. 164 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, oggi abrogato, (ma la riflessione ben si presta ad essere estesa al di là della singola ipotesi) osserva che: «*al riguardo taluni hanno fatto riferimento alla categoria dottrinale del contratto con effetto protettivo nei confronti di terzi, in quanto gli operatori che ricevono false informazione, e che su quella base adottano decisioni erronee e dannose, pur non essendo titolari di un rapporto contrattuale, non possono considerarsi estranei alla sfera giuridica dell'agente, in quanto sono titolari di diritti che il contratto mirava a proteggere. Ebbene, di contratto protettivo sembra potersi parlare almeno quando il contratto di base sia specificamente finalizzato ad una determinata operazione economica con un terzo, conosciuto in modo determinato. Si pensi al caso di un istituto di credito che chieda di conoscere le garanzie immobiliari del soggetto che aspira ad ottenere un*

contrattuale appena considerata alla categoria del contratto con effetti protettivi pare, invece, presentarsi nel caso in cui i soggetti terzi siano numericamente indeterminati e indeterminabili, giacché in tale ipotesi, seppur sempre potrebbe agli stessi pensarsi come soggetti potenzialmente danneggiati dall'inesatta esecuzione, difficilmente potrebbe sostenersi che gli stessi siano stati coinvolti nalla dinamica della prestazione[857].

Ed è, probabilmente, proprio tale riflessione ad aver impedito che il pensiero di molti Autori si determinasse, a proposito del contratto concluso dal certificatore, nella direzione del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

Resterebbe, in ogni caso, sempre valida la considerazione che il soggetto debitore, consapevole della possibilità che il proprio inadempimento si rifletta anche sulla sfera giuridica di soggetti terzi, dovrebbe essere chiamato ad una attenzione e diligenza nell'esecuzione della prestazione commisurata alla potenziale lesività della propria condotta.

Da ultimo, un'ulteriore ipotesi che si desidera richiamare, nei limiti in questa sede rilevanti, è relativa alla responsabilità del professionista attestatore di cui all'art. 67, lett. *d)* della Legge Fallimentare[858].

---

finanziamento, il quale si rivolga ad una società di consulenza per ottenere una perizia che attesti il valore del proprio patrimonio immobiliare. Secondo alcuni, in ipotesi di questo tipo, pur in mancanza di un contratto tra il consulente e l'istituto di credito, la società di consulenza risponde in via contrattuale nei confronti dell'istituto di credito per false informazioni. Si tratta di un'applicazione del criterio della c.d. proximity*, o della prossimità del terzo, criterio già utilizzato dalla giurisprudenza anglosassone al fine di estendere l'ambito di operatività della responsabilità contrattuale anche alla posizione di soggetti estranei alla pattuizione contrattuale in tutti i casi in cui comunque, alla luce delle circostanze concrete, tale posizione sia caratterizzata da un particolare grado di prossimità rispetto agli interessi presi in considerazione nel contratto*». Sul punto si vedano le considerazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 510 ss. e di DI MAJO, *Profili della responsbilità civile*, cit., 79 ss. Contrario alla configrabilità di una responsabilità di tipo contrattuale in merito al certificatore è VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., 156 alla nota 56.

(857) Si vedano, in merito, le riflessioni compiute da CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2002, 321, in particolare 343 e 348.

(858) Legge Fallimentare aggiornata, da ultimo, dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 e dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180; questo il testo dell'art. 67 lett. *d)* ed *e)*, rubricato *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*: «*non sono soggetti all'azione revocatoria:* […] *d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando*

Come noto il professionista attestatore ha il compito, in forza di un mandato professionale che lo lega al debitore in crisi[859], nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa, di verificare la veridicità dei dati forniti dal debitore e la fattibilità del piano sottostante ad una proposta di concordato o ad un accordo di ristrutturazione[860]. Ciò che interessa, in questa sede, è riflettere brevemente su che tipo di responsabilità possa ravvisarsi in capo al professionista attestatore nel caso in cui, ad essere danneggiati dal di lui inadempimento, siano soggetti distinti dall'imprenditore in crisi.

La circostanza che si tratti di soggetti terzi, non legati dal contratto di mandato professionale, dovrebbe far concludere che la relativa responsabilità debba essere qualificata come extracontrattuale[861]; e, tuttavia, è possibile osservare quanto segue. Come nel caso della certificazione di cui ci si è sinteticamente occupati, i soggetti terzi che in questa ipotesi possono essere creditori, acquirenti di *assets*, controparti nei contratti in corso di esecuzione, *etc.*[862], confidano nella circostanza che il professionista attestatore svolga la propria prestazione nel rispetto degli obblighi derivanti dalle clausole generali di buona fede e correttezza, nonché con diligenza.

---

non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore (1); e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161 ».

(859) Così VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Milano, 2013, 14; nello stesso senso MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ruolo e responsabilità*, Napoli, 2013, 239.

(860) VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, cit., 7; si veda anche CLERICI-BOTTAI-PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità,* Milano, 2014, 33: «*la funzione delle attestazioni contemplate dalla legge fallimentare è prettamente informativa, in quanto consiste nel rendere edotti tutti i soggetti coinvolti nella crisi aziendale (c.d.* stakeholders*) – nonché il Tribunale, ove ad esso ci si rivolga – delle reali condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie in cui versano i soggetti debitori e delle loro proposte di superamento della crisi (piani di risanamento, accordi di ristrutturazione e concordati preventivi) mediante relazioni certificative di dati e, insieme asseverative della fattibilità dei piani sottostanti, allo scopo di rendere credibili detti tentativi e, al contempo, di permettere ai creditori e alle controparti contrattuali di assumere decisioni consapevoli*».

(861) VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, cit., 15.

(862) Si veda CLERICI-BOTTAI-PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, cit., 55.

E sono proprio tali argomenti a rendere fondata l'estensione a tali terzi, in virtù del principio di solidarietà costituzionale, di idonei obblighi di protezione volti alla tutela della rispettiva sfera giuridica[863], tenuto conto di come i soggetti terzi siano chiaramente coinvolti nella dinamica del contratto e conosciuti o conoscibili da parte dell'attestatore[864], confermando, dunque, la riconducibilità del contratto considerato[865] alla categoria oggetto del presente lavoro[866].

2.6 Dal contratto… al negozio con effetti protettivi nei confronti di terzi[867].

La sintetica analisi delle suindicate tipologie contrattuali, ha consentito di addurre ulteriori elementi a sostegno della configurabilità di una generale categoria di contratti, alla quale siano ascrivibili effetti protettivi nei confronti di terzi.

---

(863) In questo senso CLERICI-BOTTAI-PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, cit., 58; tuttavia, nelle pagine successive, la ricostruzione proposta dagli Autori sembra indirizzarsi verso la teoria del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione. Sempre chiave di responsabilità da contatto sociale sembra ricostruire la responsabilità dell'attestatore nei confronti dei terzi MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ruolo e responsabilità.*, cit., 268. Sul punto si rimanda a quanto già osservato nella seconda parte del presente lavoro.

(864) Per una analisi puntuale delle diverse categorie di terzi e dei danni nei loro confronti configurabili, si veda CLERICI-BOTTAI-PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, cit., 108 ss.

(865) Un discorso analogo potrebbe essere effettuato anche in merito alla responsabilità dei revisori legali (d. lgs. 39/2010) e delle agenzie di rating del credito (Regolamento (UE) N. 462/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 che modifica il Regolamento (CE) n. 1060/2009 relativo alle agenzie di rating del credito); sul punto si veda CLERICI-BOTTAI-PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, cit., 84 ss.

(866) Sia consentito in questa sede riportare, a supporto della ricostruzione proposta, il contenuto di un decreto del Tribunale di Roma, datato 13 marzo 2015, inedito, nel quale è dato leggere che: «*l'art. 67 l.f. non prevede alcun coinvolgimento del terzo, anche di colui che viene nel piano contemplato (quale ad esempio il soggetto erogatore di nuova finanza) nè nella fase di predisposizione del piano (atto dell'imprenditore e dei suoi consulenti) nè nella redazione dell'attestazione (atto di esclusiva competenza del professionista). Il terzo, pertanto, viene informato che una determinata operazione che lo vede coinvolto è inserita in un piano oggetto di attestazione da parte di un professionista in quanto fondato su dati contabili veritieri e fattibile nei suoi obiettivi e diviene, in tale veste, beneficiario degli effetti protettivi derivanti dall'attestazione. Il terzo, quindi, estraneo alla formazione del piano e alla relazione attestativa, non è tenuto dalla norma a verificare se il giudizio di fattibilità reso dal professionista sia stato correttamente reso; all'evidenza come questi non possa rispondere o essere danneggiato da eventuali errori nell'attestazione*».

(867) Il titolo del presente paragrafo è un chiaro riferimento a BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, impiegato qui nella riproduzione anastatica, Milano, 2007.

Da ultimo, si ritiene di poter svolgere, seppur da una differente prospettiva, alcune ulteriori considerazioni in merito all'estendibilità degli effetti di protezione nei confronti di terzi. Come suggerito dal titolo del presente paragrafo, fermo quanto sino a questo punto rilevato, si muoverà da alcune riflessioni svolte con riferimento al tema del negozio unilaterale[868], che ben sembrano coniugarsi con l'argomento oggetto della presente ricerca. In estrema sintesi, può rilevarsi come l'analisi svolta abbia messo in evidenza come la norma di cui all'art. 1333 c.c.[869] concretizzi un'ipotesi di negozio unilaterale con struttura rilievo bilaterale[870] in grado, dunque, di produrre effetti direttamente nella sfera giuridica di soggetti che non abbiano partecipato al negozio[871]. Nell'ambito dello studio della norma richiamata, si

(868) Si veda la nota precedente.

(869) Sulla non rilevanza della lettera della legge in tale specifico contesto si veda DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, 148 e 151; in merito all'attività ermeneutica pare acconcio richiamare BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001, 130, il quale chiarisce come «*l'interprete, secondo il principio della totalità ermeneutica, deve tener conto del contesto, nel quale la norma va inquadrata, e, proprio in ragione di quel contesto, dovrebbe rileggere la norma facendo emergere il senso più adeguato*».

(870) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 121 ss.; alla pagina 196, l'Autore chiarisce come la struttura a rilievo bilaterale prenda «*sostanza dal potere riconosciuto all'altro soggetto del rapporto, dal negozio unilaterale instaurato, di neutralizzare l'atto di disposizione*»; si veda anche ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* cit., 24 ss. In merito alla fattispecie di cui all'art. 1333 ed alle problematiche connesse, si segnalano, con respiro di sintesi, BENEDETTI, *Struttura della remissione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1962, I, 1291; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, impiegato nella ristampa anastatica, Napoli, 2010, 1 ss. anche per la ricognizione delle diverse impostazioni rispetto al tema, in particolare quella che postula la fattispecie di cui all'art. 1333 in termini contrattuali; *contra*, rispetto alla ricostruzione proposta da BENEDETTI, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 286, rispetto alla cui affermazione è possibile rimandare a SACCO, *Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, cit., par. 11. Seppur in una diversa prospettiva, critica rispetto alla ricostruzione richiamata nel testo, DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, cit., in particolare 126 ss. ove si evidenzia come la scelta fra negozio unilaterale e contrattuale risulti pregna di conseguenze. Ed ancora CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, 64 rileva come «*tanto la lettura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, perfezionato* ex *art. 1333, in termini di negozio unilaterale soggetto a rifiuto, quanto particolarmente il corollario costituito dalla pretesa sussunzione, nella medesima disposizione, delle promesse unilaterali, appaiono poco convincenti*». Si vedano, altresì, FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1960, I, 481 ss.; SACCO, *Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Digesto civ.*, V agg., Torino, 2010, 406, cui *adde* i riferimenti ivi indicati; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, in *Digesto civ.*, IV, XV, Torino, 1997, 420. In merito all'art. 1333, si veda anche la nota 493.

(871) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 198. Nello stesso senso si veda MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, cit., 22 ss.

sono prese le mosse dalla constatazione che il rifiuto, ivi previsto, concretizzi l'unico mezzo giuridico con il quale il destinatario possa esplicare il proprio libero apprezzamento di convenienza rispetto all'atto dei quali effetti sia destinatario [872], e che ci si trovi, dunque, in uno di quei casi nei quali la legge, tenuto conto della circostanza che gli effetti prodottisi risultino favorevoli per il destinatario, «*ammette che* [questi] *possano verificarsi nella di lui sfera, prescindendo da un suo atto di adesione*»[873], pur riservando la possibilità al destinatario medesimo, di respingere quegli effetti attraverso il meccanismo di cui al secondo comma dell'art. 1333 c.c. Un meccanismo di tal genere è quello tipico che l'ordinamento appresta, allorché gli effetti prodottisi in capo al destinatario siano a questo favorevoli[874].

In tale contesto il rifiuto, esattamente definito, più che una generica funzione ostativa, assume tecnicamente una funzione eliminativa di effetti già altrimenti prodottisi[875].

A scopo esemplificativo, sia dato richiamare la differente disciplina dell'acquisto dell'eredità rispetto a quella del legato; escluso come a tal riguardo possa parlarsi di rinuncia[876] giacché né nel caso del legato, né in quello dell'acquisto dell'eredità si profili una tale ipotesi, bensì, correttamente, di rifiuto, tuttavia diverso è il valore che il rifiuto assume nelle due ipotesi: mentre, infatti, nel caso dell'acquisto dell'eredità il rifiuto

---

(872) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 165. Nelle pagine seguenti, l'Autore prende posizione in merito alla ricostruzione della norma, anche attraverso un'interpretazione della funzione da assegnare al rifiuto, in termini di ipotesi contrattuale.

(873) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 169 e ai §§ 23 e 24, ma già ID, *Struttura della remissione*, cit., 1293.

(874) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 169; a tal conferma l'Autore chiarisce che «*così si intende la diversa disciplina, in ordine all'acquisto dell'eredità, che può essere anche dannosa, in contrapposto a quella del legato. Così può essere esattamente intesala disciplina positiva del contratto a favore di terzi (art. 1411), della remissione del debito (art. 1326)*», sottolineando poco dopo come ciò che rilevi non sia solo la circostanza che l'ordinamento abbia approntato un sistema di scelta, ma quale sia «*il congegno tecnico con il quale la scelta va operata*»; ed infatti si afferma alla pagina 172 che «*tra accettazione e rifiuto non è rapporto di continenza, ma di incompatibilità: i congegni caratterizzati dall'accettazione escludono la necessità del rifiuto, i congegni caratterizzati dal rifiuto escludono la necessità dell'accettazione*».

(875) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 172. Alla pagina successiva l'Autore aggiunge che «*l'idea che il rifiuto operi costantemente su una situazione giuridica offerta, e non già acquisita cui il rifiuto compete, non trova fondamento nell'ordine giuridico*».

(876) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 173 giacché «*la rinunzia non può avere altro effetto che l'estinzione del diritto*»; differentemente il rifiuto non lo estingue: si veda al tal riguardo il terzo comma dell'art. 1411 c.c.

corrisponde a non accettazione e, dunque, impedisce l'acquisto della stessa, nel caso del legato il rifiuto comporta l'eliminazione di un acquisto già verificatosi: è, quindi, rifiuto eliminativo[877].

Perché si perfezioni l'acquisto del legato non è necessaria, infatti, l'accettazione: la rinunzia di cui all'art. 649 attiene alla stabilità dell'acquisto e non al perfezionarsi dello stesso[878]; la ragione di una tale previsione normativa è da ricercarsi nella circostanza che gli effetti che possono prodursi in seguito all'acquisto del legato, risultino essere, a differenza di quanto potrebbe accadere nell'ipotesi dell'eredità, esclusivamente favorevoli[879].

Ed infatti, il rifiuto è quel meccanismo che l'ordinamento pone a disposizione di un soggetto affinché questi, pur destinatario di effetti favorevoli, possa comunque respingere tali effetti, essendo rimasto estraneo alla determinazione degli stessi[880].

In altre parole, il rifiuto è partecipe del «*congegno col quale è dato investire di una situazione giuridica vantaggiosa un soggetto senza la sua volontà, ma non contro*»[881].

Il rifiuto, dunque, presuppone che si sia già verificato un effetto sostantivo favorevole, per il destinatario dello stesso, il quale, tuttavia, potrà eliminare *ex tunc*, proprio attraverso detto strumento giuridico, l'effetto favorevole e tuttavia non gradito[882]. Se il rifiuto presuppone una situazione sostantiva già verificatasi, l'atto che integri la fonte di una tale situazione non potrà avere natura meramente procedimentale, bensì sostantiva[883]; e poiché l'ipotesi di cui all'art. 1333 c.c. prevede un'ipotesi di rifiuto in senso tecnico, l'atto posto

---

(877) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 174.

(878) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 174 ss.; sul punto sia, altresì, consentito richiamare quanto osservato in merito all'ipotesi di cui all'art. 1411 c.c., stanti i numerosi profili di comunanza tra le due previsioni normative.

(879) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 175; il legatario, ricorda l'Autore alla pagina 178, è tale sin dall'apertura della successione e dovrà, dunque, rifiutare solo ove non intenda beneficiare del legato stesso.

(880) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 181.

(881) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 181 che riporta le parole di WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., III, 457.

(882) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 185; un meccanismo analogo è quello previsto al terzo comma dell'art. 1411; si veda quanto rilevato al precedente par. 1.2.

(883) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 185, il quale aggiunge come «*l'effetto sostantivo suppone, per definizione, un atto che travalica la dimensione meramente procedimentale*».

in essere mediante il meccanismo di cui al suddetto articolo assurge a negozio sostantivo[884].

E, quindi, quella di cui all'art. 1333 si configura come un'ipotesi di negozio unilaterale produttivo di effetti sostantivi, esposto al rifiuto del destinatario[885], in ragione della sua estraneità alla formazione dell'atto negoziale[886]. La norma richiamata, dunque, delinea un negozio che, estraneo nella sua formazione al meccanismo della proposta accettata dal mancato rifiuto, è idoneo con un solo atto a produrre effetti sostantivi in grado di interessare, almeno, due distinte sfere giuridiche[887].

Pur in presenza di effetti transitivi favorevoli prodotti da un negozio giuridico connotato dall'unilateralità[888], dunque, l'ordinamento appresta, nei confronti del destinatario degli stessi, lo strumento del rifiuto[889].

Quanto sin qui ricostruito, con necessario respiro di sintesi, permette di procedere nella prospettiva nel presente lavoro.

La ricostruzione sopra riportata si scontrerebbe con il c.d. dogma del consenso, avuto riguardo al profilo strutturale e, per quanto attinente al

---

(884) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 186.

(885) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 186. Sul punto, l'Autore, alla pagina successiva, aggiunge, infatti che «*l'effetto postula la causa. Così il rifiuto, perché possa operare, suppone l'effetto contro il quale è destinato a reagire: l'effetto sostantivo. Alla cui fonte non può essere, sia pure quale mera componente, il non rifiuto. La circostanza del non-rifiuto non è, né può concorrere ad essere la causa di un effetto contro il quale istituzionalmente è indirizzato il rifiuto. Per il principio di non contraddizione*». In merito al meccanismo del rifiuto, viene sottolineato come la constatazione dell'indipendenza e autonomia dal diverso congegno basato su proposta e accettazione, comporti l'esclusione di ogni valore dichiarativo al silenzio. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 120, chiarisce che: «*il rifiuto si pone come strumento a garanzia del «rispetto» delle sfere giuridiche altrui*». Sulla non configurabilità in termini contrattuali dell'ipotesi di cui all'art. 1333, valga rimandare a quanto rilevato da BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale,* cit., 163 ss.: non solo manca una dichiarazione o un altro comportamento in capo al destinatario, ma difetta, altresì, la volontà dello stesso. Il paradigma contrattuale, dunque, sarebbe inapplicabile.

(886) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 188: «*lo strumento del rifiuto è incompatibile non solo con l'accettazione, sibbene anche con il concetto di accordo*».

(887) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 189; il non rifiuto, invece, rileva, riferito alla decadenza dal potere di rifiuto, come mero fatto, ma nessun valore assume sotto il profilo sostantivo. Ed, infatti, alla pagina successiva, l'Autore sottolinea come: «*se l'effetto sostantivo, per legge, è prodotto dalla dichiarazione del «proponente», un'eventuale dichiarazione di accettazione nulla aggiunge: rappresenta un di più*»; più correttamente a tal riguardo si dovrebbe parlare, prosegue l'Autore, di adesione, che avrebbe il compito di consumare il potere di rifiuto.

(888) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 192 ss.

(889) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 191; si veda, altresì, ma già ID., *Struttura della remissione*, cit., 1309.

profilo effettuale, con il dogma della relatività degli effetti del contratto[890], tenuto conto, in entrambi i casi, dell'accezione assolutistica che, tradizionlmente, dei due principi viene fornita.

In realtà, già si crede di aver dato conto di come i due concetti debbano essere sottoposti ad una profonda revisione, potendosi ormai affermare solo una effettività relativa dei due principi[891].

In particolare, si è avuto modo di illustrare come nel nostro ordinamento siano previste una serie di ipotesi negoziali, nelle quali il tratto distintivo sia la produzione di effetti favorevoli nei confronti di soggetti estranei rispetto all'atto posto in essere e produttivo degli effetti considerati.

A tal riguardo valgano le considerazioni svolte in merito alle ricostruzioni in termini di categoria generale del contratto a favore di terzo[892], nonché alla considerazione, sotto altro profilo, che l'ipotesi di cui all'art. 1411 non esaurisca il dettato di cui al secondo comma dell'art. 1372[893].

Anche nel caso del contratto a favore di terzo, come già chiarito, il terzo acquista il diritto per il solo effetto della stipulazione. Ciò che rileva è che tale acquisto, pur perfezionatosi, non risulti essere stabile, poiché lo stesso potrebbe venir meno o per il rifiuto del terzo o per la revoca dello stipulante.

L'adesione del terzo, dunque, sotto tale profilo consuma il potere di rifiuto, estinguendo, altresì, il potere di revoca dello stipulante e connotando l'acquisto con il carattere della definitività[894].

---

(890) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 197, ma già ID., *Struttura della remissione*, cit., 1297.

(891) In merito a tale questione sia consentito rimandare a quanto rilevato nella seconda parte del presente lavoro.

(892) Al riguardo di tale categoria, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 201, rileva: «*in ciò il dato positivo è categorico: il terzo acquista il diritto senza partecipare al negozio; comunque senza una qualsiasi sua determinazione. Di fronte all'attribuzione del diritto al terzo è riconosciuto un potere di rifiuto; mentre il suo atto di adesione, espressamente previsto, non rileva come momento perfezionativo dell'acquisto, ma solo fa venir meno nello stipulante il potere di revoca dell'attribuzione medesima*».

(893) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, cit., sottolinea mediante l'impiego del termine al plurale alla configurabilità di diverse tipologie di negozi a favore di terzi, avuto riguardo, ad esempio, alle ipotesi di cui agli artt. 1411, 1236, 649 e 1333 del codice civile. Si veda anche BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 204 alla nota 17. Sia consentito sul punto rimandare alla seconda parte del presente lavoro. Critico rispetto alla configurabilità di una categoria unica appare OPPO, *Recensione a* BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, in *Rivista di diritto civile*., I, 1973, 372 ss., specialmente 376-377. Si rimanda, altresì, a quanto rilevato ai precedenti parr. 1.2 e 1.3.

(894) Si veda, in tal senso, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 202.

Le analogie con il negozio unilaterale a rilevanza bilaterale e soggetto a rifiuto, sopra appena tratteggiato, appaiono essenziali[895].

E tali analogie forniscono, ulteriore, conferma dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale in base al quale siano ammessi effetti diretti favorevoli nella sfera giuridica altrui, con il limite del rifiuto da parte del beneficiario[896].

Né, tale principio risulta essere intaccato o modificato dalla differente tipologia dell'atto dal quale promanino gli effetti favorevoli nei confronti del terzo[897].

Ed infatti, se una corretta interpretazione delle norme in materia permette di affermare, senz'altro, l'attitudine di un contratto a produrre effetti favorevoli diretti nella sfera giuridica di un terzo, a condizione che allo stesso sia fornito idoneo strumento volto a neutralizzare tali effetti ove non graditi, non vi sarebbero fondate ragioni per sostenere che tale medesimo risultato non possa essere raggiunto con il negozio unilaterale di cui all'art. 1333.

Tale considerazione, dunque, permette di postulare l'esistenza di una generale categoria di negozi con effetti transitivi favorevoli soggetti a rifiuto[898]. A tal riguardo non si oppone, se colto nella prospettiva riportata anche nel presente lavoro[899] il c.d. principio di relatività degli effetti del

---

(895) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 202 che osserva come tali analogie non possano essere negate anche tenuto conto della «*revocabilità dell'acquisto del beneficiario, stabilita nel contratto a favore di terzo, ed esclusa dall'art. 1333, positivamente fondato sull'irrevocabilità dell'attribuzione da parte del cd. proponente*».

(896) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 203.

(897) A tal riguardo BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 203 rileva che «*la circostanza che l'atto da cui deriva l'effetto favorevole per l'altrui sfera giuridica sia unilaterale o contrattuale rimane affatto irrilevante*»; ed ancora, alla pagina 208: «*la distinzione tra portata transitiva e intransitiva dell'effetto non trova il suo criterio nella struttura del negozio che lo produce, poiché l'effetto transitivo deriva da atti a struttura sia unilaterale che bilaterale*». In merito alla configurabilità di un'unica categoria generale in grado di accogliere atti unilaterali e contratti si rimanda a DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 5 ss.; alla pagina 7, viene evidenziato come «*va anzitutto segnalata la persistente riluttanza a far ricorso al paradigma (negoziale) unilaterale, pur nelle ipotesi in cui il suo impiego si paleserebbe più coerente e soprattutto più proficuo*».

(898) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 204. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* cit., 11, sottolinea che gli atti unilaterali sono «*una specie dello stesso genere cui appartiene il contratto: come questo è nell'essenza, secondo la disciplina della legge, atto di privata autonomia, così hanno da essere gli atti ai quali, malgrado la diversità di struttura, la legge estende la stessa disciplina. Questo genere comune è costituito proprio dall'atto di privata autonomia*».

(899) Si veda la seconda parte del presente lavoro.

contratto[900]. Nel caso considerato deve tenersi conto della sfera di efficacia dei negozi unilaterali, i quali sono idonei a fondare e regolare veri e propri rapporti giuridici, ancorché provengano da una sola parte[901].

Gli effetti propri di un negozio unilaterale, infatti, ove non si esauriscano nella sola sfera del disponente, inducono, ontologicamente, ma non necessariamente[902], effetti diretti nei confronti di sfere giuridiche che appartengono a soggetti terzi[903].

Ciò significa che esistono soggetti qualificabili come estranei rispetto al negozio, ma non rispetto al rapporto che da tale negozio derivi[904].

Terzi rispetto all'atto, o all'attività negoziale, ma *parti* rispetto al rapporto[905]. E questi particolari terzi, proprio perché toccati direttamente

---

(900) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 205 osserva come lo stesso «*si confonde ormai come un dogma*» ma, in realtà, «*non fissa la caratteristica tecnica dell'inidoneità dello strumento negoziale, per sua natura, a produrre effetti per soggetti diversi dal proprio autore. Esprime solo un valore di politica legislativa*»; si vedano anche le considerazioni di DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 59 ss.; alla pagina 68 l'Autore rileva come «*posto che al principio della «intangibilità» della sfera giuridica individuale di norma si fa richiamo in guisa del tutto generica, si spiega agevolmente il ben scarso rilievo riservato dalla dottrina al problema della ricerca di una sua adeguata giustificazione*». Di diverso avviso DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, cit., 135 e riferimenti *ivi* indicati e 138 ss.

(901) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 206.

(902) Si veda a tal riguardo BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 208; si rimanda, altresì, a DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 58 ss.

(903) Sul punto si rinvia a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 258 ss., e a DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 46 e *ivi* alla nota 108.

(904) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 207.

(905) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 207. Tale idea risulta già rinvenibile in BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 258 ss. che veniva dall'Autore richiamata nel sottolineare come la nozione di terzo risulti connotata da una forte relatività, determinata, anche, dalla circostanza che la definizione del soggetto terzo debba essere effettuata non solo avuto riguardo all'atto, ma anche al rapporto che da quel determinato atto promani. A tal riguardo si veda anche BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 218 ss. A proposito della distinzione tra atto e rapporto, CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, XXX, I, Milano, 1987, 102 ss. osserva che «*occorre tenere presente che anche gli atti unilaterali determinano, sempre, al pari dei contratti, la costituzione, la modificazione o la estinzione di rapporti giuridici e quindi incidono sempre necessariamente sulla sfera giuridica di due soggetti. Ora nel caso del contratto, soggetti del rapporto che viene costituito, modificato o estinto sono le stesse parti del contratto*»; poco dopo, «*diversamente quando si tratta di atti unilaterali, poiché in tal caso viene a mancare quella completa coincidenza fra parti dell'atto e parti del rapporto che caratterizza i contratti, posto che una sola è parte dell'atto, mentre almeno due sono parti del rapporto. Vi è dunque almeno una parte del rapporto che non è parte dell'atto, che è terza rispetto a questo, e nondimeno ne risente nella propria sfera gli effetti non diversamente da come li risente la parte che ha posto in essere l'atto*». Ed ancora: «*tanto chi stipula un contratto quanto chi pone in essere un atto unilaterale comanda sempre e soprattutto 'in casa d'altri'. Mentre però chi stipula un contratto comanda in casa d'altri col consento dell'interessato, chi pone in essere un atto unilaterale comanda in casa d'altri perché è la legge che gliene attribuisce il potere*». Si veda anche BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* cit., 24 ss.

nella propria sfera giuridica dagli effetti, seppur sempre e solo favorevoli[906], dovranno essere dotati di apposito strumento giuridico che permetta loro di reagire[907]. L'efficacia del negozio, dunque, non potrà essere limitato solo dal riferimento strutturale agli autori, ma anche dalla funzione che lo stesso sia idoneo ad esercitare[908], in una prospettiva che tenga conto anche di una corretta lettura del principio di autonomia privata[909] e di relatività degli effetti del contratto alla luce della solidarietà costituzionale[910]. Si dovrà, in

(906) DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 102; alla pagina seguente, si evidenzia come «*il suddetto carattere favorevole o no degli effetti va accertato, in questa sede, in via preventiva e quindi alla stregua di una valutazione d'ordine esclusivamente giuridico, non già a posteriori e pertanto sulla base di considerazioni altresì d'indole economica o addirittura empirica*».

(907) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 210: «*l'incidenza diretta è il criterio formale che individua e legittima la reazione*»; ed ancora, alla pagina seguente «*è proprio l'immediatezza dell'effetto transitivo che fa emergere la posizione del destinatario col conseguente problema di un'eventuale tutela della sua libertà di apprezzamento circa la convenienza, dal proprio punto di vista, dell'affare*».

(908) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 212.

(909) In una prospettiva collegata, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 212 osserva che «*l'effetto rifiutabile si muove nell'area dell'autonomia privata proprio perché al destinatario spetta appunto il potere di controllo e di reazione secondo libero apprezzamento di convenienza*»; e, poco dopo, «*la tecnica fondata sul rifiuto costituisce una soluzione veramente felice, adeguata al giusto equilibrio dei diversi interessi che si tratta di regolare. L'interesse alla realizzazione dell'effetto diretto e immediato nella sfera altrui incontra un limite invalicabile nell'interesse, seppur eventuale, alla tutela dell'autonomia della propria sfera giuridica*». DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 70, rileva che «*il principio della c.d. inalterabilità della sfera individuale (o, in linea più specifica, della sfera altrui) vada ricondotto entro il delineato ulteriore profilo della autonomia, costituendone, dunque, non già un «limite» – come pure da diverse parti è ritenuto – bensì un aspetto connaturale*».

(910) DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 96: «*deve convenirsi sul punto che nell'attuale stadio di sviluppo dell'esperienza giuridica (forse più che di quella sociale) chiaramente ed in amplissima misura ispirata al canone di solidarietà, davvero anacronistica appare la tendenza a tenere fermo il principio individualistico dell'intangibilità della situazione giuridica dei terzi ad opera dei contraenti in ogni caso, dunque pure nell'ipotesi in cui a quelli deriverebbe un beneficio*»; alla pagina 101 si sottolinea come «*non è quindi temerario discorrere di una vera e propria crisi del principio della c.d. sovranità formale del soggetto nella sua sfera giuridica e, con esso, dell'opinione, tuttora prevalente, che continua a ravvisare in via indiscriminata una violazione della regola in esame ogni qual volta si sia di fronte ad una esigenza nell'altrui sfera, in difetto dell'assenso del titolare della stessa*». Afferma l'attualità e la validità del principio di intangibilità delle sfere giuridiche anche DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, cit., 218; non persuasive, tuttavia, appaiono le riflessioni precedentemente svolte alle pagine 215 ss., e relativizzate anche alla luce del pensiero riportato alla nota 131, 219, ma da ricondursi probabilmente alla prospettiva contrattuale privilegiata nel testo. L'analisi condotta da BENEDETTI a partire dal procedimento di cui all'art. 1333 ha permesso, forse, di cogliere ulteriori implicazioni. In merito a quanto rilevato da DAMIANI alle pagine 235 ss. relativamente al contratto a favore di terzo, sia consentito rinviare a quanto argomentato nel primo capitolo della seconda parte del presente lavoro. Analoghe considerazioni paiono potersi effettuare riguardo a quanto rilevato da CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, cit., 66 ss. Parimenti, non persuasive, per le medesime ragioni appena richiamate, appaiono le considerazioni svolte da CALISTI, *Sul principio di tipicità degli atti unilaterali traslativi e sulla ammissibilità o meno di negozi*

altre parole, nell'adempimento di quegli obblighi assunti in accordo con la disposizione di cui all'art. 1333, tenere conto di quei soggetti che pur non essendo autori del negozio, unilaterale o bilaterale che sia, risultino coinvolti «*direttamente dall'operazione giuridica*»[911].

Il concetto di terzo, infatti, se non esattamente declinato, rischia di dar luogo ad una generalizzazione uniformante in grado di nascondere la reale portata degli effetti da ricondurre al rapporto negoziale[912].

Pare appena il caso di sottolineare come solo il connotato di favorevolezza degli effetti determini la tendenziale idoneità dell'autonomia privata a incidere nell'altrui sfera giuridica[913], ferma la possibilità in ogni caso del rifiuto da parte del destinatario[914] giacché, come già rilevato, ove gli stessi

---

unilaterali tipici ad effetti reali, in *Rivista del notariato*, II, 2008, 400. Si veda anche BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., 64. Nello stesso senso espresso nel testo NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 codice civile*, in *Contratti*, 2003, 7, par. 6.

(911) Così BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 219. Il concetto richiama molto il criterio, riportato nel presente lavoro, per identificare i soggetti terzi che debbano considerarsi terzi destinatari degli effetti protettivi; sul punto si rimanda a quanto rilevato ai parr. 1.5 e 1.6 della seconda parte. Sul medesimo aspetto BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 219: «*la legge stessa chiama terzo anche il soggetto che, toccato dagli effetti diretti dell'altrui negozio, assume, con il potere del rifiuto, una posizione che rileva ancora sul piano strutturale*». Il termine terzo, dunque, può ben esser usato, purché si tenga conto della profonda relatività dello stesso.

(912) Osserva BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 221: «*la qualifica di terzo appiattisce surrettiziamente allo stesso rango dei soggetti variamente interessati la posizione di coloro che, in quanto colpiti dagli effetti del negozio, sono direttamente implicati nell'operazione di cui si tratta*»; ed ancora *ivi* alla nota 60: «*la nozione di terzo è relativa anche a seconda dei diversi contesti o operazioni alle quali un soggetto, pur non essendo parte del rapporto che si costituisce col negozio, può essere allo stesso variamente interessato in quanto la sua sfera giuridica ne subisce certe conseguenze*». Alla pagina 222, l'Autore aggiunge: «*la qualifica di terzi può essere espressiva della circostanza, non priva di significato sul piano strutturale, che non prendono parte al negozio; non è però sufficiente a individuarli nel novero degli altri soggetti estranei all'operazione*». Il criterio in base al quale identificare i soggetti coinvolti deve essere ricercato, propone poco dopo l'Autore, nel contesto dell'operazione giuridica; a tal riguardo si veda BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 222 ss.

(913) DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 135 osserva che «*appare ben più congruo discorrere in materia, non di principio della «intangibilità» o «inalterabilità» delle sfere individuali, ma di principio di protezione, della difesa delle stesse; intendendo significare in tal guisa, che, per un verso, la tutela della sfera dei terzi o, in via più comprensiva, dei singoli, non implica necessariamente un indiscriminato e rigoroso regime di immodificabilità della medesima, posto che nell'ordinamento è dato riscontrare altri mezzi idonei a svolgere, in talune circostanze in via ben più adeguata, siffatto imprescindibile compito*».

(914) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 214; alla pagina 216 si osserva che l'effetto transitivo «*si muove nell'area dell'autonomia privata proprio perché o postula nel destinatario una posizione successiva di controllo reazione o suppone nell'autore dell'atto una posizione preventiva di competenza a determinarlo*».

effetti fossero sfavorevoli mai potrebbero intaccare la sfera giuridica di soggetti terzi rispetto all'atto[915]. Alla generale possibilità che il negozio unilaterale di cui all'art. 1333[916] possa produrre effetti favorevoli nei confronti di soggetti terzi, deve aggiungersi la considerazione che l'ipotesi di cui alla norma richiamata possa assurgere a vera e propria categoria generale[917], in considerazione del fatto che la struttura unilaterale a rilievo bilaterale sia idonea a produrre diversi assetti di interessi in capo direttamente a distinte sfere giuridiche[918].

È possibile, dunque, svolgere le seguenti considerazioni.

Appare evidente che nel caso in cui l'adempimento delle obbligazioni assunte dal proponente di cui all'art. 1333 si ripercuota con effetti diretti[919] su sfere giuridiche altrui, i relativi destinatari debbano considerarsi terzi,

---

(915) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 217: «*la parte più moderna del nostro ordinamento ammette, col limite esterno della disciplina della donazione, che il privato, senza preventiva autorizzazione del destinatario, possa indurre direttamente nella sfera altrui effetti vantaggiosi, rifiutabili dall'interessato*»; nella medesima prospettiva CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, cit., 55.

(916) La ricostruzione richiamata ha trovato avvalli anche nella giurisprudenza di legittimità; ne da conto DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, cit., 145, richiamando Cass. civ., 27 settembre 1995, n. 10235 nella quale parte motiva viene evidenziato come nell'ipotesi di cui all'art. 1333 non sia possibile configurare, stante la mancanza di una previsione legislativa che permetta di provare la mancanza di volontà o la non desumibilità della stessa dal comportamento, il «*comportamento inerte del destinatario della proposta alla stregua di un atto di autonomia negoziale, cui siano applicabili le norme sull'efficacia e la validità dei contratti. Sicchè, se vuol intendersi la norma per quello che prevede, deve ammettersi che, nella particolare ipotesi da essa contemplata e per ogni promessa cosiddetta gratuita (con obbligazioni cioè a carico del solo promittente), il rapporto piò costituirsi senza bisogno di accettazione e quindi, in definitiva, per effetto di un atto unilaterale*».

(917) In tal senso BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 226 ss.; in particolare, l'Autore rileva, alla pagina 227, come la disposizione di cui all'art. 1333 non si limiti a regolare la formazione di un certo atto di autonomia, ma contenga già in sé un'indicazione in grado di delimitare e caratterizzare la fattispecie. Riconducendo all'atto l'insorgenza di obbligazioni a carico del solo proponente, di fatto, la previsione normativa non attiene più al procedimento di formazione, bensì «*alla fattispecie, caratterizzandone l'effetto sostantivo essenziale*». Alla pagina 234, BENEDETTI afferma come, un'analisi condotto sotto il profilo effettuale, sia idonea a confermare «*che la figura prevista dall'art. 1333 non si identifica con un tipo, ma costituisce una categoria generale, idonea a ricomprendere una serie di funzioni, le quali tuttavia vengono indirettamente delimitate, e cioè definite, dalla compatibilità con l'indole favorevole dell'effetto, che comunque dal negozio deve derivare*». Per alcune considerazioni, anche in chiave critica, alla ricostruzione prospettata da BENEDETTI e richiamata nel testo si rimanda a DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 129 ss. e DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, cit., 141 ss.

(918) BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 234. Sulle conseguenze della configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 1333 BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 234 ss.

(919) Si veda, a tal riguardo, DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 72 ss. e 91 ss.

seppur, proprio perché coinvolti nella dinamica del rapporto giuridico[920], in una posizione distinta e differente rispetto alla generalità dei consociati, che resteranno estranei non solo all'atto ma anche al rapporto derivante dal negozio unilaterale.

Parimenti evidente risulterà la considerazione che il proponente, nell'adempimento delle obbligazioni assunte, dovrà attenersi, in una visione solidaristica del rapporto negoziale, agli obblighi derivanti dalle clausole generali di correttezza e buona fede[921] al fine, anche, di preservare la sfera giuridica dei terzi con i quali entri in contratto[922], in ragione dell'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi del disposto dell'art. 1333.

In altre parole, anche nel caso del negozio unilaterale insorgono, accanto al generale obbligo di prestazione, obblighi di protezione a carico del disponente[923].

La differenza, rispetto a quanto precedentemente evidenziato nel caso dei contratti, sarà nel senso che ove gli effetti propri di un negozio unilaterale non si esauriscano nella sola sfera del disponente, può ritenersi che nascano direttamente obblighi di protezione ontologicamente a favore dei terzi[924]

---

(920) Si ritiene che, quella considerata nel testo, possa essere considerata tra le ipotesi di massimo coinvolgimento di un soggetto terzo nella dinamica contrattuale e che, proprio in ragione di ciò, tali terzi necessitino di essere protetti da appositi e specifici obblighi.

(921) Sulla necessità che la disciplina generale dei contratti debba trascorrere dal contratto al negozio unilaterale si veda BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* cit., 21. In merito alla circostanza che «*qualunque prestazione obbligatoria riceve determinazione dalla buona fede oggettiva*» si veda MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 203 e 207 ss. Le considerazioni svolte in merito al principio di solidarietà costituzionale e alle clausole generali di correttezza e buona fede ben possono essere estese, nella prospettiva indicata nel testo, all'ipotesi di cui all'art. 1333.

(922)NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 codice civile*, cit., par. 6 osserva che «*è in funzione della volontà privata che si determinano gli effetti, ma deve essere ugualmente in funzione dell'esigenza sociale che deve configurarsi una posizione protettiva del soggetto autore dell'atto verso gli altri soggetti dell'operazione*». Ed ancora, poco dopo «*il regolamento d'interessi perseguito non può essere attuato con sufficiente sicurezza se una parte non tiene una condotta idonea a salvaguardare da fatti lesivi la persona o i beni dell'altra, è necessario in ossequio al principio di solidarietà, da considerare sulla base di un bilanciamento dei valori in concreto, ammettere la costituzione di un obbligo diretto a tutela la persona del soggetto parte del negozio, ma non autore dello stesso*».

(923) Nella stessa prospettiva espressa nel testo, NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 codice civile*, cit., par. 6.

(924) E non estesi a favore di determinati terzi. Sul punto, NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 codice civile*, cit., par. 6, in applicazione del generale principio di solidarietà costituzionale, sembra concordare con la

coinvolti nella dinamica contrattuale, ai quali, dunque, spetterà, nei termini già chiariti, specifica azione contrattuale per ottenere il risarcimento del danno subito nella propria sfera patrimoniale.

Il criterio precedentemente identificato come criterio per identificare i terzi protetti nel caso di rapporti nascenti da contratto, appare dunque idoneo a svolgere la medesima funzione anche nel caso del negozio unilaterale di cui all'art. 1333.

La precedente riflessione sembra condurre ad un'ulteriore, finale, considerazione.

Tenuto conto di quanto sin qui rilevato, pare che possa identificarsi, in presenza dei requisiti evidenziati nel presente lavoro, una ancor più generale categoria che potrebbe essere qualificata, avuto riguardo specie al rapporto, come quella dei *negozi con effetti protettivi nei confronti di terzi*, a prescindere dalla circostanza che la fonte degli stessi abbia natura unilaterale o bilaterale[925].

possibilità di configurare obblighi di protezione nei confronti dei soggetti terzi. Tuttavia, poco dopo, rileva che «*il richiamo all'obbligo di protezione, impone non tanto di proteggere, quanto di tener conto del grado di rilevanza che può aver l'interesse del terzo all'atto di autonomia privata per limitare e correggere la porta degli effetti in funzione del principio di buona fede e di solidarietà*», suggerendo un'accezione più ristretta di quella proposta in questa sede.

(925) BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., 122 osserva che «*il concetto di negozio come atto di autonomia privata si presta dunque non solo ad assumere variegati contenuti e quindi varie movenze nel tempo e nello spazio, ma anche ad espansioni significative e svolgimenti fecondi nei diversi rami del diritto. Ciò che ne conferma, nonché la perspicuità, la ricchezza assiologica*».

Bibliografia

ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, III, 2013, 698.

ALPA, *L'analogia e la finzione*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da SACCO), II, *Le fonti del diritto italiano* 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 297.

ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Rivista di diritto commerciale,* 1971, II, 277.

ALPA-FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000.

ALPA-MARICONDA (a cura di), *Commentario al codice civile,* II, Milano, 2013.

AMATUCCI, *I contratti con effetti protettivi (le pronunce delle Sezioni Unite sul danno non patrimoniale e la possibile ulteriore estensione della tutela risarcitoria*), incontro di studio del 28 aprile 2010, reperibile su http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20100428_RelazioneAmatucci.pdf).

AMBROSOLI, *Il contratto di certificazione della qualità*, in *Contratti*, 2004, 811.

ANGELONI, *Il contratto a favore di terzi*, Bologna, 2004.

ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, Milano, 1959.

Atti della Commissione delle Assemblee legislativa chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Codice Civile. Libro delle obbligazioni, Roma, 1940.

BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2009, 1180.

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948.

BARBANERA, *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 1, 1, 112.

BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 4, 1265.

BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2009, 117.

BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011.

BELTRAME, *Wrongful birth. Il danno da nascita indesiderata nella giurisprudenza italiana*, in *Studium iuris*, 2010, 10, 1089.

BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991, 221.

BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

BENATTI, *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione"*, in *Rivista trimestrale procedura civile*, 1960, 1342.

BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, impiegato nella riproduzione anastatica Milano, 2007.

BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* Napoli, 1997.

BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001, 125.

BENEDETTI, *Struttura della remissione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1962, I, 1291.

BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004.

BENINCASA, *Gli accordi di riservatezza*, Milano, 2008.

BERTA, *Certificazioni di qualità*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XIV, Torino, 2004, 477.

BESSONE e D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988, 1.

BETTI, *Autonomia privata*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1958.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950.

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, Milano, 1953.

BIANCA, *Diritto civile*, 1, Milano, 2002.

BIANCA, *Diritto civile*, 3, Milano, 2002.

BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, *Art. 1218-1229*, Bologna- Roma, 1980, 93.

BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, 205.

BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, *Sezione civile*, I, 1988, 171.

BILÒ, *Responsabilità medica per nascita indesiderata*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 3, 274.

BITETTO, nota a Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro italiano*, 2004, I, 3327.

BIVONA, *Certificazioni di qualità dei prodotti e tutele civilistiche*, Torino, 2012.

BIVONA, *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1331.

BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, 601.

BONA, *Manuale per il risarcimento dei danni ai congiunti*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013.

BOZZI-CONFORTINI-DEL GROSSO-ZIMATORE, *Locazione di immobili urbani*, in *Nuovissimo Digesto Italiano, App.*, IV, Torino, 1983, 1005.

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

BRECCIA, *Il diritto alla abitazione,* Milano, 1980.

BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1991.

BUGIOLACCHI, *Sicurezza dei prodotti e certificazione: la responsabilità contrattuale degli organismi di valutazione della conformità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2013, 610.

BUSCAGLIA, *Il minore nato con una malformazione congenita è legittimato ad agire iure proprio per il risarcimento del danno*, in *Diritto e giustizia*, 2012, 845.

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

BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 287.

BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto civile,* II, 2009, 97.

BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 539.

CALISTI, *Sul principio di tipicità degli atti unilaterali traslativi e sulla ammissibilità o meno di negozi unilaterali tipici ad effetti reali*, in *Rivista del notariato*, II, 2008, 399.

CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, in *Diritto e impresa / Europa*, I, 2010, 1.

CALVO, *Vero e falso nel prisma dei sistemi di diritto continentale*, in CALVO-CHIAVAZZA (a cura di), *L'autenticità degli strumenti ad arco*, Torino, 2010.

CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004.

CAPPAI, *Omessa diagnosi delle malformazioni del nascituro: il punto sugli interessi coinvolti e sui danni risarcibili*, in *Rivista giuridica sarda*, 2007, 2, 1, 425.

CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e Responsabilità*, 1999, 294.

CARCATERRA, *Analogia (Teoria Generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1.

CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2002, 321.

CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, II, *Il contratto*, Milano, 2008.

CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Le obbligazioni*, Milano, 2008.

CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, XXX, I, Milano, 1987.

CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 710.

CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, I, 1994, 551.

CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale,* in *Europa e diritto privato*, 2008, 315.

CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, 319.

CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, I, 1984, 29.

CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1233 ss..

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Diritto privato*, I, 2011, 54.

CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, I, 2003, 123.

CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in CASTRONOVO - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, 325.

CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, I, 2004, 69.

CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica di diritto privato,* 1989, 539

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147.

CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, XXI.

CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, I, 123.

CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, intervento all'Incontro di studio sul tema "*Illecito aquiliano e ingiustizia del danno*", Roma, 29-30 maggio 2008, rinvenibile sul sito del C.S.M.

CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto privato*, III, 2009, 679.

CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001.

CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

CATELANI, *Manuale della locazione*, Milano, 2001.

CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

CHIEPPA-COFFARI, *Manuale delle locazioni urbane,* Milano, 1961.

CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988.

CICCARIELLO, *La circolazione del prodotto certificato*, Napoli, 2009.

CLERICI-BOTTAI-PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, Milano, 2014.

COCO, *Locazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 918.

COLAGROSSO, *Teoria Generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1946.

CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione,* Padova, 1988.

CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I 'falsi diritti' del nascituro*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 39, 1, 2, 465.

CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1270.

CUFFARO-PADOVINI (a cura di), *Locazione*, Torino, 2006.

DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000.

D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, 877.

D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, in *Digesto civ.*, IV, XV, Torino, 1997, 420.

DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1245.

DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Torino, 2015.

DEJANA, *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore,* in *Studi in onore di A. Cicu,* I, Milano, 1951, 243.

DI BLASI, Locazione· Milano, 1950.

DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e"diritto a non nascere se non sano". La corte di Cassazione in vena di revirement?* in *Danno e responsabilità*, 2, 2012, 144.

DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro italiano*, 1999, I, 3332.

DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539.

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

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, 1988.

DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, II, 297.

DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giustizia civile,* 1982, 1749.

DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2015, 1.

DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* in *Corriere giuridico*, 1999, 446.

DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 112.

DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 1.

DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

DI MAJO, *Una dottrina unitaria dell'obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 221.

DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2009, 122.

DONADIO, *Contratto a favore di terzi*, in *Nuovissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1989, 656.

DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, impiegato nella ristampa anastatica Napoli, 2010.

DUNI, *Le locazioni degli immobili urbani,* Milano, 1955.

FACCI, *Danni gravissimi al nascituro e risarcimento*, in *Ragiusan*, 2005, 240.

FACCI, *Le sentenze annotate - danni gravissimi al nascituro e risarcimento ultramilionario*, in *La responsabilità civile*, 2004, 2, 134.

FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *La responsabilità civile*, 2007, 967.

FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.

FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile* in *Riv. dir. comm.*, 1969, 384.

FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1960, I, 481.

FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, 412.

FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

FIORI– D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal SSN dopo la sentenza della Cassazione civile n.589/1999 detta del «contatto sociale» - Trentadue anni dopo il fatto il medico apprende che la sua*

responsabilità non era extracontrattuale bensì contrattuale: con le relative conseguenze, in *Rivista Italiana di medicina legale*, 2001, IV, 831.

FORMULARO, *La responsabilità del medico nella diagnosi prenatale delle malattie genetiche*, in *Giustizia civile*, 2013, 2119.

FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*, in *Responsabilità civile*, 1999, 661.

FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"?*, in *Contratto e impresa,* 2013, 283.

FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi,* in D'ANGELO-ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 29.

FRATI-VERGALLO-DI LUCA, *Le nuove frontiere risarcitorie dei «wrongful birth cases»: la Cassazione fa il punto*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2003, XXV, 182.

FUSCO, *Il nascituro è soggetto giuridico ed ha diritto a nascere sano*, in *Diritto & Giustizia*, 2009, 145.

GABRIELLI-PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001.

GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2012, 933.

GALLO, *Contratto e buona fede*, Milano, 2014.

GALLUZZO, *Una legislazione tesa a tutelare la gestante*, in *Guida al diritto*, 2002, 21, 2002, 44.

GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 339.

GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Le obbligazioni, I, Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milanofiori Assago, 2015.

GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007.

GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito, in Danno e responsabilità*, III, 2009, 279.

GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria in Danno e responsabilità*, 2008, 1002.

GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Il diritto delle famiglie e delle persone*, 2009, 100.

GERBI, *In tema di danno da nascita indesiderata*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 2, 815.

GERBI-MAZZILLI, *Dalla vis expansiva dell'azione di wrongful birth al superamento delle ultime barriere per il risarcimento al figlio non voluto: lo "stato funzionale di infermità" come lasciapassare per l'esplicito accoglimento dell'azione di wrongful life*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, 2, 1022.

GIACOBBE, "*Sul miserabile ruolo del diritto … non altro. Non oltre." Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa*, in *Il diritto delle famiglie e delle persone*, 1, 2013, 120.

GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto discipline privatistiche, Sez. civ.*, I, 320.

GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940.

GIORGIANNI, *Lezioni*, Edizioni ricerche, 1970, Roma.

GIORGIANNI, *Lezione di diritto civile*, Milano, 1956.

GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile tenute nell'anno accademico 1955-1956*, raccolte a cura di BIANCA, Varese, 1956, 176.

GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937.

GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, 1046.

GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965.

GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 77.

GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2013, 148.

GORGONI, *Il contratto tra gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 1, 134.

GORGONI, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle sezioni unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 3, 696.

GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10, 2009, 2075.

GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo*, Napoli, 2005.

GRAZIADEI, *I terzi e gli aspetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 159.

GUARINO, *Locazione,* in *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli,* Milano, 1965.

GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto IV, Disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403.

IANNONE, *Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale: la soggettività del concepito e il diritto a nascere sano*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 587.

IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, in *Responsabilità civile e* previdenza, 1994, 413.

IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986.

IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.

JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, da ultimo in Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1881, 327; JHERING, *Della colpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione italiana a cura di PROCCHI, Napoli, 2005.

LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 2, 129.

LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS. UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e responsabilità*, I, 2009, 45.

LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro italiano*, 1999, I, 3333.

LAZZARA, *Il contratto di locazione (Profili dommatici)*, Milano, 1961.

LAZZARO-DI MARZIO, *Le locazioni ad uso abitativo*, Milano, 2012.

LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Corriere giuridico*, 2010, 27, 3, 365.

LIVI, *La normativa comunitaria e la buona fede nell'integrazione del contratto*, in *Trattato di diritto europeo*, a cura di LIPARI, Padova, 2003.

LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.

LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.

MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 7, 695.

MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, I, 51.

MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione Civile*, IV, Torino, 1989, 237.

MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962 impiegato nella riproduzione anastatica, Napoli, 2010.

MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.

MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007.

MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ruolo e responsabilità*, Napoli, 2013.

MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e diritto privato,* 2008, 349

MAZZARO, *La certificazione di qualità e la responsabilità dell'ente certificatore*, in *Il Civilista*, 2008, 1, 88.

MAZZIA, *«Furto» di neonate e responsabilità civile dell'ospedale, in Foro italiano*, 1988, I, 1633.

MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Scritti I, Metodo e Teoria Giuridica*, Milano, 2011, 101, pubblicato per la prima volta in *Banca e borsa e tit. cred.*, 1997, 1.

MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Scritti I, Metodo e Teoria Giuridica*, Milano, 2011, 139, pubblicato per la prima volta in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di Napoli, Milano, 1998, 3.

MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, a cura di Castronovo, Milano, 2011, 239, pubblicato per la priva volta in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317- 328.

MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 3, 508.

MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi», (Studio critico)*, in *Riv. Dir. comm.*, 1954, 185.

MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 13.

MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 1956, 361.

MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, 207.

MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giuridico*, 2013, 30, 1, 45.

MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario del codice civile* diretto da BUSNELLI, Milano 2012, 2.

MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, in *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto Europeo,* a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, 610.

MUSSI, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi di malformazioni del feto e risarcimento del danno "iure proprio" del nascituro*, in *I Contratti*, 2014, 3, 293.

NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 codice civile*, in *Contratti*, 2003, 7, 715.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, IV, Milano, 1984.

NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Foro Italiano*, 1991, I, 1053.

NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra la responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, *IV, Attuazione e tutela dei diritti*, *III, La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 233.

NICCOLÒ, *Adempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 554.

NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 871.

NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 45 ss.

NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 impiegata nella riproduzione anastatica, Napoli, 2011.

OLIVA, nota a Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro italiano*, 2013, I, 181.

OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni*, in *Il Foro italiano*, 2013, 1, 204.

OPPO, *Recensione a* BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, in *Rivista di diritto civile.*, I, 1973, 372.

PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015.

PALMIERI, osservazioni a Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Il Foro italiano*, 2002, I, 3116.

PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 333.

PARADISO, *La responsabilità medica tra conferma giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e responsabilità,* 2009, 14, 7, 705.

PARTISANI, *Il contratto atipico di spedalità e cura: nuove regole di responsabilità*, in *La responsabilità civile*, 2007, 1028.

PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali,* Milano, 2013.

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.

PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto a nascere sano*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, I, 317.

PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 5, 884.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità*, I, 2009, 32.

PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 366.

PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, 189.

RAVAZZONI, *Diligenza*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1.

Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile, Roma, 1943.

RODOLFI, *La perdita della possibilità di abortire si riflette sulla vita di entrambi i genitori*, in *Guida al diritto*, 2002, 21, 41.

RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto,* XII, Milano, 1964, 540.

RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca e borsa*, I, 1965, 153.

RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*, 1987, 728.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957.

ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 677.

ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti*, in *Diritto e giustizia*, 33, 2004, 8.

ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Agg. V, Torino, 2010, 352.

ROVELLI, *Correttezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, IV, Torino, 1989, 426.

SACCO, *Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Digesto civ.*, V agg., Torino, 2010, 406.

SAIJA, *Standards e contratti di certificazione*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2013, 1, 47.

SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012.

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977.

SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008.

SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2007, 980.

SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1359.

SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, 665.

SCAGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970.

SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 674.

SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 356.

SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1988, 1.

SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e responsabilità*, I, 2009, 50.

SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Responsabilità civile*, 2009, 6, 10, 814.

SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. It.*, 1993, 2129.

SIMONE, nota a Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Il Foro italiano*, 2002, I, 3120.

STANZIONE-SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013, I, 473.

STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festscher F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902 (STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001 trad. it a cura di Varanese).

STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Tratt. Dir. civ.*, 1964, 163.

STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Il Foro italiano*, 1954, I, 1110.

STRUKUL, *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 732.

TALAMANCA, *Obbligazioni – Diritto Romano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX,, 1970, 1.

TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone,Torino, 2000, 366.

THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza prestazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, 343.

TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, in in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 272.

VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 112.

VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015.

VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.

VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 788.

VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Milano, 2013.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. Di Faddo e Bensa), II, Torino, 1930.

ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2013, 78.

ZANNINI, *Locazione,* in *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. Civile)*, Torino, 1994, 94.

ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 695.

ZORZIT, *La Cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio,* in *Danno e responsabilità*, XII, 2012, 1202.

ZUCCHI, *La rilevanza giuridica della certificazione*, Padova, 2015.