



ALESSIO ZACCARIA

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Verona  
Componente del Consiglio Superiore della Magistratura

## “CONTATTO SOCIALE” E AFFIDAMENTO, ATTORI PROTAGONISTI DI UNA MODERNA COMMEDIA DEGLI EQUIVOCI \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il concetto di “contatto sociale”. – 3. Il contatto “negoziale”. – 4. I contatti sociali simili ai contatti negoziali. – 5. I contatti sociali diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili a questi ultimi. – 6. La teoria della Vertrauenshaftung. – 7. Quali comportamenti concludenti tipizzati possono essere inquadrati anche “contatti sociali”?

1. – Un mio scritto in materia di obbligazioni che, riecheggiando nel titolo una ben nota opera di Bertolt Brecht, ho dedicato all’*aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts*, alla resistibile ascesa del contatto sociale<sup>1</sup>, è stato considerato meritevole di una replica “non tanto per qualche

---

\* Quando questo scritto era ormai stato licenziato per la stampa, è stata approvata la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. “legge Gelli”), i cui contenuti, per quanto qui d’interesse, di seguito si riportano.

In sintesi, va detto che, essendo stata introdotta una specifica norma di legge volta a classificare la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria come extracontrattuale, le questioni concernenti la possibilità di riconoscere la configurabilità di un “contatto sociale” fonte di obbligazioni debbono considerarsi con riguardo a questa fattispecie superate, e di conseguenza parimenti superati debbono considerarsi i riferimenti compiuti alla fattispecie medesima in questo scritto. Questioni e riferimenti conservano invece tutta la loro attualità per quanto riguarda le numerose altre fattispecie in cui la nostra giurisprudenza ha ritenuto di potere comunque ravvisare, appunto, un “contatto sociale” fonte di obbligazioni.

Art. 7 (*Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria*).

1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3. L’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’articolo 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall’articolo 6 della presente legge.

4. Il danno conseguente all’attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell’esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.

5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.



valore che in realtà ... non ha, ma perché, ammantandosi del riferimento alla dottrina tedesca, ha potuto indurre qualche fiducioso lettore a ritenerlo dotat[o] di qualche plausibilità”, quando, invece, risulterebbe “minato ... dalla implausibilità di un discorso a tesi, che ritaglia arbitrariamente un profilo non significativo della materia con la velleità di far diventare modello per l'intero discorso le conclusioni che a tale profilo intendono riferirsi”<sup>2</sup>.

Art. 5 (*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*).

1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce:

a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale;

b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica;

c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.

3. Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito *internet* le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a *standard* definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

4. Le attività di cui al comma 3 sono svolte nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Art. 6 (*Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*).

1. Dopo l'articolo 590-*quinquies* del codice penale è inserito il seguente:

«ART. 590-*sexies*. – (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*). – Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

2. All'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, il comma 1 è abrogato.

<sup>1</sup> Pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77ss.

<sup>2</sup> Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, ristampa emendata, Milano, 2015, p. 133s. La contestazione ivi proposta, per quanto attiene l'impianto generale del mio scritto, è in realtà più ampia. Ma non mi è sembrato il caso di riprodurre i passi che, almeno secondo quanto a me è parso di potere cogliere, sono stati ispirati più che altro da un qualche risentimento del loro autore per il fatto di non essere stato citato, e che non mi sono perciò sembrati, per questo loro carattere, particolarmente funzionali rispetto alla trattazione del tema.

# JUS CIVILE



Siamo nel campo delle “obbligazioni senza prestazione”, come spesso vengono chiamate, anche se dovrebbe dirsi, *rectius*, delle “obbligazioni senza dovere primario di prestazione”, in questi termini potendosi tradurre l’espressione “*Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten*”, comune presso la dottrina tedesca, e idonea, a differenza dell’altra appena ricordata, ad individuare con esattezza la fattispecie, posto che una “obbligazione senza prestazione” non dovrebbe considerarsi configurabile, per difetto di un suo elemento essenziale.

La questione è se obbligazioni senza dovere primario di prestazione possano sorgere in conseguenza di un “contatto sociale”.

La risposta affermativa andrebbe sicuramente accolta, secondo il mio critico Lettore, almeno lì dove il “contatto sociale” possa definirsi come “qualificato” in considerazione delle qualità proprie del soggetto con il quale appunto in contatto si sia avuta l’occasione di entrare.

Non sarei d’accordo. E al fine di spiegare le ragioni di questo mio diverso convincimento, riprenderò – cercando di ulteriormente chiarirle, posto che una così accalorata reazione hanno suscitato –, le considerazioni che avevo svolto in quel mio scritto cui all’inizio ho fatto cenno; e non solo in quel mio scritto<sup>3</sup>.

2. – Vediamo, innanzi tutto, cosa deve intendersi per “contatto sociale”.

Si tratta di un concetto assolutamente generico: “contatto sociale” è qualsiasi forma d’interrelazione fra due o più soggetti che si collochi in un ambito definibile, appunto, come sociale.

Per limitarci a taluni esempi tratti dalla giurisprudenza della nostra Cassazione, è un contatto sociale quello che si instaura fra un medico dipendente da una struttura sanitaria e il paziente, così come sono contatti sociali quelli che si instaurano fra i genitori e l’insegnante cui sia stato affidato un minore, il notaio e la persona alla quale abbia accettato di rendere un consiglio, non però nel contesto di un rapporto professionale.

Così inteso il “contatto sociale”, di esempi è possibile reperirne una quantità tendenzialmente infinita.

3. – Un contatto sociale che interessa il diritto è certamente quello che si instaura in sede di trattative volte alla conclusione di un contratto: si tratta del “contatto negoziale”, che si contradd-

---

<sup>3</sup> In quanto trascurati dal mio critico Lettore, mi permetto di segnalare: *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, pp. 245-257 (poi compreso negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, III, pp. 2355-2382), *La mediazione è un “contatto sociale” mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, pp. 726-730, *La natura della responsabilità in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 344-358 (in precedenza già apparso in Germania, in lingua tedesca, con il titolo *Die Natur der Haftung für culpa in contrahendo aus der Sicht der Krabbe*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, pp. 626-641).

# JUS CIVILE



distingue, principalmente, per due caratteri, rappresentati dal fatto di essere voluto e dal fatto di mirare ad un preciso scopo, e cioè la conclusione di un negozio, che sarà poi la fonte delle obbligazioni divise dalle parti.

In Germania, che questo tipo di contatto sociale possa costituire fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, obblighi, cioè, che per loro natura dovrebbero porsi come accessori rispetto all'obbligo di eseguire una determinata prestazione, è assolutamente pacifico. Con la *Schuldrechtmodernisierung*, è stata introdotta una norma specifica in proposito, il § 311 (2) 1 BGB, mentre in precedenza la risposta affermativa veniva tranquillamente poggiata sul § 242 BGB, che impegna a comportarsi secondo buona fede: perché buona fede appunto impone che nel caso del quale ci stiamo occupando sorgano (soltanto) obblighi della citata specie, e precisamente obblighi di protezione, d'informazione e via discorrendo.

Che lo stesso valga anche nell'ordinamento italiano è meno pacifico. Che nel contesto di una trattativa precontrattuale possano sorgere obbligazioni senza dovere primario di prestazione è infatti possibile affermare solo qualora fossimo disposti a ravvisare nella norma dell'art. 1337 c.c. la fonte appunto di obbligazioni di questo genere, piuttosto che la fonte di un generale dovere di comportarsi secondo buona fede, alla violazione del quale potrebbe allora essere collegata solo una responsabilità extracontrattuale<sup>4</sup>.

4. – Vi sono poi contatti sociali che possiamo classificare come contatti (non negoziali, bensì solo) simili ai contatti negoziali: non contatti negoziali, perché, pur se anch'essi voluti, non sono diretti alla conclusione di un negozio; ma simili ai contatti negoziali, perché tendenti a porre in essere una situazione che assomiglia a quella che scaturisce dalla conclusione di un negozio, non solo per il motivo che il contatto è voluto, bensì anche perché le parti, nell'entrare in contatto, intendono stabilire un rapporto che allo stesso modo, da un lato, mira all'esecuzione e, dall'altro, al conseguimento di una determinata prestazione "principale", entrambe consapevoli, però, del fatto che – a differenza di quanto accade nel caso di contatto negoziale – quest'ultima non finirà mai per risultare dovuta (non risulterà mai oggetto di un rapporto obbligatorio), bensì verrà attuata per spirito di cortesia, e dunque a titolo gratuito e senza alcun vantaggio per l'adempiente.

Per la verità, pure l'esecuzione di prestazioni *dovute* può risultare contrassegnata dai caratteri della gratuità e del difetto di vantaggio per l'adempiente: si pensi, per fare un esempio, alla pre-

---

<sup>4</sup> La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale è stata recentemente riconosciuta anche dalla Suprema Corte, con la sentenza 12 luglio 2016, n. 14188, la quale, peraltro, al fine di affermare detta natura, anziché muovere dal dato normativo dell'art. 1337 c.c., si è fondata sulla pretesa possibilità di riconoscere in generale cittadinanza, nel nostro ordinamento, alla figura del contatto sociale. Uno schema logico che, come ho avuto anche in passato modo di sottolineare, ricorda il movimento del gambero, e che era stato seguito dalla stessa Suprema Corte – altrimenti in modo di gran lunga prevalente incline a classificare la responsabilità precontrattuale come extracontrattuale – pure in un'altra occasione, e precisamente nel pronunciare la sentenza 20 dicembre 2011, n. 27648, per considerazioni riguardanti la quale mi permetto di rinviare al mio scritto *La natura della responsabilità in contrahendo ...*, cit.

# JUS CIVILE



stazione cui è tenuto il mandatario a titolo gratuito. Anche in questi casi, si potrebbe parlare, perciò, di rapporti di cortesia, non, però, di *pura* cortesia.

Esistono vari indici che, lì dove manchi una dichiarazione di volontà negoziale, possono aiutare a stabilire se la prestazione sia dovuta oppure no: si potrà tenere in considerazione, in particolare, il fatto che il destinatario della prestazione, viste le circostanze del caso concreto, secondo buona fede e avendo riguardo ai costumi del traffico, potesse legittimamente confidare sulla presenza di una volontà della controparte di obbligarsi; così come si potrà riguardare alla specie della prestazione, al suo valore economico e giuridico, specialmente per il suo destinatario, alle ragioni per cui deve essere compiuta e al suo scopo, nonché agli interessi, in genere, dei soggetti interessati.

Sulla base di questi indici, quale rapporto di *pura* cortesia, avente ad oggetto una prestazione non dovuta, può essere fra gli altri classificato, ad esempio, il trasporto, appunto, di cortesia, mentre, per fare un esempio di segno opposto, è stata riconosciuta sussistere una base negoziale, in quanto tale fonte di obbligazioni, lì dove un medico accetti di fornire una prestazione ad un altro medico rinunciando, per ragioni di colleganza, a ricevere un onorario<sup>5</sup>.

Orbene, possono considerarsi rilevanti, i rapporti di cortesia *puri*, solo sul piano della responsabilità extracontrattuale? O possono considerarsi anch'essi fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione?

La risposta in questo secondo senso potrebbe essere raggiunta abbastanza pianamente attraverso una estensione della disciplina riguardante la responsabilità da trattative, sempre che la si intenda anch'essa fondata sulla violazione di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, estensione che potrebbe essere giustificata sulla base della considerazione che – lo si diceva poco fa –, come nel caso, appunto, delle trattative, il contatto non solo è voluto, bensì (sia pure non con la finalità di costituire un rapporto obbligatorio) comunque mira all'esecuzione, da un lato, e al conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione, e, per questa via, alla costituzione di un rapporto, così come accade quando ci si impegna in una trattativa diretta alla conclusione di un contratto, anche se di un rapporto il cui rilievo rimane confinato puramente sul piano della cortesia.

**5.** – Possiamo poi delineare una terza categoria di contatti sociali: quelli diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili ai contatti negoziali (e cioè dai contatti che abbiamo appena veduto caratterizzarsi per il fatto di essere anch'essi instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una certa prestazione, anche se in un contesto di pura cortesia).

Si tratta: *a)* dei contatti che a prima vista parrebbero anch'essi da ricondurre alla categoria dei contatti simili ai contatti negoziali, ma che come tali non sono definibili per il motivo che,

---

<sup>5</sup> In questo senso, v. BGH, *NJW* 1977, 2120.

## JUS CIVILE



pur se instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione che non finisce mai per essere dovuta, non possono essere intesi come diretti alla costituzione di un rapporto, anche soltanto di cortesia, dato che la prestazione medesima non viene eseguita a titolo gratuito e senza vantaggio per l'adempiente; nonché *b*) dei contatti che nemmeno apparentemente possono essere ricondotti al mondo di quelli negoziali, per quanto ampiamente inteso, in quanto non sono instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione.

Per intenderci.

Il medico dipendente dalla struttura, il maestro cui sia stato affidato l'allievo non agiscono a titolo di cortesia: non agiscono a titolo gratuito e senza che all'adempimento sia per loro collegato alcun vantaggio, per il semplice motivo che, anche se non da coloro con i quali entrano in contatto, incassano un compenso, così che fa difetto, in questi casi, un rapporto anche soltanto cortesia.

Mentre quando un notaio fornisca spontaneamente un consiglio nel corso di un'occasione conviviale, lo si potrà anche considerare attore di un contatto voluto, ma il consiglio non potrà in alcun modo dirsi fornito a seguito di un contatto instaurato in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione.

Possono considerarsi anche questi contatti sociali, o almeno taluni di questi contatti sociali come fonti di obbligazioni senza dovere primario di prestazione?

La risposta positiva è stata proposta affermando la possibilità di una estensione della disciplina dettata per le trattative anche al di là delle fattispecie di contatto sociale simili a quelle di contatto negoziale, (almeno) con riguardo ai casi nei quali in chi fornisce la prestazione sia ravvisabile una sorta di "garante" della bontà della prestazione medesima<sup>6</sup>, fattispecie che potrebbero ritenersi integrate, in specie, tutte le volte in cui la prestazione resa rientri nell'esercizio di un'attività particolarmente qualificata, quali sono, ad esempio, quella dell'avvocato o del commercialista<sup>7</sup>.

E però, posto che, come si diceva, siamo di fronte a contatti che non appaiono omologabili non solo ai contatti negoziali, ma neppure ai contatti simili a contatti negoziali, una tale estensione non può non lasciare dubbiosi.

Un'affermazione come quella secondo cui, "se la buona fede, a norma dell'art. 1337 c.c., dà vita a obblighi c.d. accessori sin dalla fase delle trattative in conseguenza dell'affidamento che in esse si genera, parimenti in situazioni di affidamento altre dalle trattative può ritenersi nascere analoga responsabilità quando detti obblighi vengano violati"<sup>8</sup>, appare invero difficilmente

---

<sup>6</sup> KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3a ed., München, 1994, 34, p. 23.

<sup>7</sup> Si è parlato, in proposito, di "*Haftung kraft Berufstellung*": v. sempre KRAMER, *op. cit.*, 39, p. 22 (nella scia di LAMMEL).

<sup>8</sup> Così CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 145 s.



## JUS CIVILE



sostenibile. Così come difficilmente sostenibile appare quella secondo cui “l’identità di natura dei rapporti da contatto sociale qualificato e di quello precontrattuale [sarebbe] 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”<sup>9</sup>. L’affidamento non può, infatti, essere inteso come una fonte generale di obbligazioni. Se lo fosse, dell’art. 1337 c.c. non avremmo bisogno alcuno. E neppure dell’art. 1338 c.c. Così come bisogno non avremmo dell’art. 1398 c.c.

In realtà, l’affidamento svolge in quelle norme non il ruolo di fondamento dell’obbligazione, bensì quello di limite alla responsabilità del soggetto che potrebbe in ipotesi essere chiamato a rispondere<sup>10</sup>.

Nulla vieta, ovviamente, di estendere ad altre fattispecie norme dettate per fattispecie assimilabili a quelle disciplinate, esattamente come abbiamo veduto potersi fare con l’art. 1337 c.c. per quanto riguarda i contatti sociali simili ai contatti negoziali. Ma, al di là di tale ambito, l’estensione di questa norma non può ritenersi consentita. Con riguardo ai contatti diversi dai contatti negoziali e dai contatti simili ai contatti negoziali, se si vuole sostenere l’esistenza di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, occorre trovare *altre* norme di riferimento, veramente estensibili alle fattispecie di volta in volta considerate, per la loro vicinanza a quella specificamente regolata.

In difetto di una norma che possa considerarsi estensibile, il semplice affidamento non basta.

Come si è recentemente scritto, “La scelta di un regime rafforzato di responsabilità si mostra incostante e volubile quanto lo è il rilevamento di quel fatto di sentimento individuale e collettivo (affidamento, aspettativa sociale) che giustificerebbe la disciplina dell’obbligazione contrattuale. Ricade in questa responsabilità il medico nei confronti del paziente; l’insegnante nei confronti dello studente; ... Più degli altri [questi] indirizzi ... lasciano emergere le incertezze e le contraddizioni del criterio dell’affidamento e dell’aspettativa sociale. Criterio che appare in sé insufficiente a far valere, in senso conclusivo, le ragioni di un’obbligazione contrattuale”<sup>11</sup>.

In difetto di un “mediatore giuridico”, il semplice, generico “contatto sociale”, anche se eventualmente “qualificato” dall’affidamento che sia in grado di ingenerare, fino a quando non si trovi una base legale di riferimento, diretta (lì dove esista una norma immediatamente applicabile) o indiretta (lì dove si debba, e possa ragionare in termini di analogia, *legis* o *iuris*), può essere inteso solo come una fonte *extralegale* di obbligazioni, per la quale, però, nel nostro ordinamento non c’è spazio, dato che, ai sensi dell’art. 1173 c.c., oltre che al fatto illecito e al con-

---

<sup>9</sup> Così sempre CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 146.

<sup>10</sup> Per quanto riguarda questo profilo, mi permetto di rinviare ad altro mio scritto: *Rappresentanza apparente e “contatto sociale”: considerazioni circa il ruolo dell’affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 1161-1166.

<sup>11</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Torino, 2015, pp. 123-124.

# JUS CIVILE



tratto, possono sì essere fonti di obbligazioni anche gli altri atti o fatti idonei a produrle, ma solo *in conformità dell'ordinamento giuridico*.

In altri termini, non va in radice escluso che anche contatti sociali diversi dai contatti negoziali e dai contatti a questi simili possano costituire fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, ma solo lì dove per le obbligazioni medesime possa essere trovata una base giuridica, che non può essere costituita da un semplice affidamento.

6. – Quanto sono venuto sin qui esponendo rappresenta in larga parte l'adattamento all'ordinamento nostro della teoria della *Vertrauenshaftung*, della responsabilità da affidamento, elaborata in Germania da Canaris<sup>12</sup> sulla base di una pluralità di norme del BGB, come quella del § 122, sul risarcimento del danno in favore di chi abbia confidato senza sua colpa nella validità di una dichiarazione nulla o annullata, e di diverse altre che non è qui il caso di enumerare. Teoria la cui idea di fondo è che al fine di fondare obbligazioni senza dovere primario di prestazione un semplice richiamo al “contatto sociale” non possa considerarsi sufficiente, e che pertanto, dovendo il diritto sempre “regnare sovrano”, obbligazioni senza dovere primario di prestazione debbano, e possano essere fondate soltanto sull'analogia della fattispecie di volta in volta considerata con fattispecie già regolate.

D'altra parte, se così non fosse, un contatto sociale possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale, idoneo a fare sorgere una obbligazione senza dovere primario di prestazione, potrebbe finire per essere ravvisato in un numero talmente ampio di situazioni – persino in un incidente automobilistico – che si potrebbe progressivamente giungere all'evidentemente inaccettabile esito di cancellare la responsabilità extracontrattuale<sup>13</sup>.

7. – Per concludere, vorrei infine dare conto di un ulteriore, possibile modo d'inquadrare i contatti sociali differenti sia dai contatti negoziali sia da quelli a questi ultimi simili.

Le fonti delle obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., sono sì il fatto illecito e gli altri atti o fatti idonei a produrle secondo l'ordinamento giuridico, ma è anche il contratto: oltre al fatto illecito e alle fonti legali, l'attenzione può, e deve perciò essere rivolta anche alla fonte convenzionale.

Perché mai, se per definizione, trattando dei “contatti sociali”, ci stiamo interrogando in ordine alla configurabilità di obbligazioni non sorrette da un contratto?

Occorre invero considerare che un comportamento concludente, se ben può essere ravvisato ad esito di una valutazione condotta con riguardo ad una singola fattispecie, ben può essere rav-

---

<sup>12</sup> A partire dalla monografia *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, *passim*.

<sup>13</sup> Il rilievo, suggestivo, e secondo quanto a me pare condivisibile, è stato espresso da SCHUR, *Leistung und Sorgfalt*, Tübingen, 2001, pp. 241-242, nella scia di LARENZ. Di diverso avviso CASTRONOVO, agli occhi del quale si tratterebbe, invece, della “Conclusione gloriosa di una lettura evidentemente monocola del contatto sociale” (*op. cit.*, p. 143).



# JUS CIVILE



visato altresì ad esito di una valutazione condotta avendo presente quelle che sono le convinzioni socialmente diffuse nella generalità dei consociati<sup>14</sup>.

Ben potrebbe darsi, in altre parole, che un comportamento possa essere inteso come situazione espressiva di un intento di vincolarsi anche in quanto comportamento che tale significato assume (solo) alla luce di come certe relazioni quotidianamente si svolgono nel traffico giuridico, risultando in tal modo tipizzate.

*Riferimenti a questa idea si trovano anche nel recente volume di Francesco Gambino che ho poco fa citato, lì dove si accenna a quelle teorie che, rinvenendo nel principio di effettività un saldo riferimento di fondo, riconnettono l'obbligazione al modo di conformarsi di una data relazione tra soggetti determinati, proponendosi di parlare allora di pretesa socialmente tipica, frequente e comune, quale condizione sufficiente della giuridicità*<sup>15</sup>.

Orbene, quali comportamenti concludenti socialmente tipizzati si potrebbe immaginare allora di leggere anche “contatti sociali” diversi dai contatti negoziali e dai contatti simili a quelli negoziali.

E però, costruzioni di questo genere, occorre riconoscerlo, hanno il “sapore” di “*künstliche Produkte juristischen Denkens ohne jede Realität, denen sich die Justiz ... zuzuwenden gezwungen ist, wenn die deliktische Schutz des Vermögens schwach ausgeprägt ist*”<sup>16</sup>.

Senza considerare come sembri contrario ad ogni logica, in relazione a contesti nei quali tutti gli attori sono consapevoli del fatto che la prestazione divisata non costituirà mai oggetto di un rapporto obbligatorio, immaginare che vengano assunte per via negoziale obbligazioni accessorie rispetto all'adempimento di quella stessa prestazione<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8° ed., München, 1997, § 30, 26 ss., p. 597 ss.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 113 ss.

<sup>16</sup> Vale a dire, di prodotti artificiali del pensiero giuridico senza una base di realtà, ai quali la giustizia è costretta a riferirsi lì dove la tutela extracontrattuale del patrimonio appare troppo debole: così GERNHUBER, cit. da KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5a ed., München, 2007, 36, p. 21.

<sup>17</sup> Cfr. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999, p. 47 s.