



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

**SCUOLA DOTTORALE IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI
SISTEMI PRODUTTIVI**

Indirizzo giuridico – XXII ciclo

**GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE NELLA PROSPETTIVA
COMPARATISTICA DEL *COMMON LAW* E DEL TRASPORTO
AEREO DI PERSONE**

Direttore: Ch.mo prof. Michele Comenale Pinto

Tutor: Ch.mo Prof. Paolo Carbone

Tesi di dottorato del

Dott. Marco Carai

Anno Accademico 2008/2009

INDICE - SOMMARIO

NOTAZIONI INTRODUTTIVE

1. L'incertezza tradizionale e nuove tematiche sulla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale pag. 1
2. Gli obblighi di protezione tra vecchi e nuovi dilemmi „ 6

CAPITOLO I

Gli obblighi di protezione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

1. La prospettiva extracontrattuale: l'obbligo di protezione come specificazione del *neminem laedere* pag. 10
2. La prospettiva contrattuale „ 21
3. Incidenza della struttura complessa dell'obbligazione nella nascita degli obblighi di protezione „ 28
4. Il principio di buona fede e correttezza „ 33
5. La diligenza „ 42
6. La crisi della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato „ 51
7. Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi „ 56
8. L'obbligazione senza obbligo primario di prestazione „ 66
9. Il problema del concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali „ 74

CAPITOLO II

Il sistema di tutela del *Common Law*

1. La difficoltà e l'utilità di una comparazione con il <i>Common Law</i> alla ricerca di criteri comuni	pag.	88
2. Il sistema rimediale come presupposto logico-giuridico del sistema anglosassone e comparazione con i sistemi codicistici europei	„	93
3. Brevi cenni storici sulla fonte della responsabilità. Dall'illecito penale (<i>Trespass</i>) all'illecito civile (<i>Trespass on the case</i>) sino alla tutela contrattuale nel <i>Common Law</i> inglese	„	99
4. Il superamento della “ <i>Privity Doctrine</i> ” come fonte dell'obbligazione risarcitoria e l'approdo ad un “ <i>General Duty of Care</i> ”	„	107
5. Ambito di applicazione della <i>Contract Law</i> o della <i>Tort Law</i> . L'interesse giuridico protetto	„	112

CAPITOLO III

Gli obblighi di protezione connessi alla diligenza nel *Common Law* statunitense

1. Gli obblighi di proteggere l'altrui sfera giuridica. <i>Duty of care</i>	pag.	122
2. La diligenza come fonte dell'obbligazione	„	131
3. <i>Nondisclosure</i> e <i>misrepresentation</i>	„	138
4. <i>Duty in special relationship</i>	„	145

5. <i>Duty to warn</i>	„	153
6. La responsabilità da prodotto difettoso	„	162

CAPITOLO IV

Il *Tortious breach of good faith and fair dealing* come categoria limite tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

1. La violazione del dovere implicito di buona fede tra <i>Contract</i> e <i>Tort</i>	pag.	170
2. La teoria del “ <i>Tortious breach of good faith and covenant of fair dealing</i> ” nei contratti di assicurazione	„	177
3. La controversa espansione del “ <i>Tortious breach of good faith and the covenant of fair dealing</i> ”	„	189
4. Critiche alla teoria del “ <i>Tortious breach of good faith and the covenant of fair dealing</i> ”	„	195
Conclusioni	pag.	200
Bibliografia	pag.	210

NOTAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. *L'incertezza tradizionale e nuove tematiche sulla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.* - 2. *Gli obblighi di protezione tra vecchi e nuovi dilemmi.*

1. L'incertezza tradizionale e nuove tematiche sulla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

L'argomento della responsabilità è da sempre centrale nello studio nel diritto. All'origine del fenomeno, il problema civilistico si confonde con quello penalistico, quando la linea di confine tra delitto penale e delitto civile è indistinguibile. Questo profilo si riscontra ai primordi degli ordinamenti vigenti in contesti geografici, culturali, e giuridici tra loro diversi come quello del diritto romano e del diritto anglosassone¹. Allo stesso modo, è interessante notare che il fenomeno si evolve autonomamente con un singolare parallelismo nei due sistemi giuridici, quando la responsabilità civile si distacca da quella penale. A questo punto il problema di catalogazione diviene interno alla responsabilità civile, dove la dicotomia viene istintivamente risolta distinguendo tra la fonte lecita, ovvero il contratto, e quella illecita, ovvero il delitto civile. Tuttavia, a questo punto della storia il *civil law* ed il *common law* intraprendono due strade diverse, che condizioneranno gli sviluppi successivi in tema di responsabilità. Nel sistema romanistico viene elaborato il concetto di obbligazione, la cui fonte può essere contrattuale o extracontrattuale². Tale concetto rimane invece sconosciuto al sistema anglosassone, che non elabora una teoria generale delle obbligazioni ma resta ancorato al sistema rimediale delle azioni

1 Basti pensare alla dottrina del *trespass* inglese, dal quale gradualmente verranno create le figure dell'illecito civile e della responsabilità contrattuale, nonché al diritto della Roma arcaica in cui alla violazione della norma corrisponde una sanzione afflittiva.

2 La partizione è operata già da Gaio nelle *Institutiones*, 3.88, che apre la trattazione delle *obligationes* con una bipartizione: “*quarum summa divisio in duas species dicitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. Successivamente, questa bipartizione diventa una tripartizione nelle *Res cottidiane*, D. 44. 7. 1 pr, dello stesso Gaio, in cui si afferma che “*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quoddam iure ex variis causarum figuris*” (le obbligazioni nascono o da contratto o da delitto, o in modo a sé stante da una serie di singole fattispecie). A propria volta, la tripartizione viene ulteriormente suddivisa nelle *Institutiones* imperiali in una quadripartizione dove le obbligazioni nascono “*ex contractu aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi maleficio*”. La letteratura sul punto è sterminata, per tutti v. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni* (dir. rom.), in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XXIX, pp. 2 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977, pp. 287 ss.; G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 491 ss.

per tutelare la specifica situazione. L'evoluzione del *common law* coincide con l'evoluzione delle procedure, più che del diritto sostanziale, ed in questo ambito è fondamentale il passaggio dall'azione penalistica di *trespass* a quella civilistica di *trespass on the case*, per giungere infine all'azione di responsabilità contrattuale con *assumpsit*³. Nonostante le differenze appena indicate, i due sistemi hanno comunque un elemento comune: la responsabilità è generata da una doppia fonte, ovvero il contratto ed il torto.

Benché la distinzione tra le due forme di responsabilità affondi le radici nei millenni, essa continua a presentare ancora oggi dei profili problematici. Per quanto la dottrina e la giurisprudenza si sforzino di configurare i presupposti teorici che stanno alla base della fattispecie, nel *civil law*, piuttosto che dell'azione da poter esperire, nel *common law*, ci sono sempre dei casi limite che si pongono a cavallo delle due responsabilità, mandando in crisi tali ricostruzioni teoriche. Insomma, le nette distinzioni dogmatiche, anche molto raffinate da un punto di vista concettuale, non hanno trovato una incontrovertibile applicazione nelle pratiche giudiziarie.

L'esempio può essere fornito direttamente dall'esperienza italiana, dove l'insegnamento tradizionale definisce la responsabilità in generale come la sanzione per l'inosservanza di un dovere giuridico⁴. Al suo interno la responsabilità contrattuale si distingue da quella extracontrattuale in base al dovere giuridico violato⁵. Infatti, la prima deriva dalla violazione di un obbligo specifico sorto in seno ad una relazione tra i soggetti, mentre la seconda sorge quando un soggetto viola il generico dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica (*neminem laedere*), dovere che ciascuno è tenuto a rispettare nei confronti della generalità dei consociati⁶. In altri termini, la

3 L'evoluzione sarà oggetto di indagine più avanti, v. *infra*, cap. II.

4 All'argomento della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dedica ampia attenzione G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1212-1222*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, pp. 33 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1077 ss.; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, pp. 13 ss, 193 ss.; ID., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1991, pp. 2 ss.; U. MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana*, in *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, *Atti del seminario* diretto da V. Buonocore e U. Majello, Napoli, 1975, p. 7.

5 R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, pp. 670 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna-Roma, 1985, pp. 121 ss.; 214 ss.; 225 ss.

6 L'assunto è pacifico, tanto da costituire un dato offerto già a livello manualistico, v. R. ALESSI - A. GALASSO - S. MAZZAMUTO, *Manuale ipertestuale del diritto privato*, Torino, 2002, p. 438; P. ZATTI - V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2003, p. 636; F. GAZZONI, *Manuale*

responsabilità contrattuale tutela il creditore da un rischio specifico di danno, quella extracontrattuale, in assenza di rischi, esigenze di conservazione della ricchezza⁷.

Al di là di queste primissime considerazioni, pare utile ricordare le disposizioni normative che il legislatore del codice civile del '42 ha adottato per inquadrare le due categorie. Esse definiscono gli elementi strutturali che contraddistinguono ciascun modello di responsabilità, e l'appartenenza al sistema contrattuale o aquiliano ha delle ripercussioni significative in punto di tutela. In primo luogo è diverso l'elemento soggettivo richiesto, poiché in ambito contrattuale la responsabilità è oggettiva, e cioè opera per il solo fatto che l'adempimento si sia verificato, mentre in ambito extracontrattuale è richiesta la colpa o il dolo del danneggiante.

Strettamente legato a questo tema è quello dell'onere della prova. L'art. 1218 c.c. pone una presunzione di colpa in capo al debitore che non provi che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile, sicché il creditore deve solo provare l'elemento oggettivo. Invece, nella responsabilità extracontrattuale la colpa dell'autore dell'illecito deve essere sempre provata dal danneggiato, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

Un altro elemento fondamentale sul piano applicativo riguarda il termine di prescrizione. La prescrizione decennale per la responsabilità contrattuale contro quella quinquennale per quella extracontrattuale è l'elemento che a nostro giudizio ha inciso maggiormente nelle scelte della giurisprudenza. Infatti, spesso la scelta di classificare la fattispecie come appartenente al regime contrattuale è stata determinata dalla intenzione di evitare la più breve prescrizione quinquennale.

Altra differenza rilevante attiene alla quantificazione del danno risarcibile. Ai sensi dell'art. 1225 c.c. il debitore che non versi in dolo è tenuto a risarcire solo i danni prevedibili. Tale limitazione, che consente al debitore di valutare preventivamente i rischi connessi alla vicenda contrattuale ed alla sua convenienza, non opera nell'ambito della responsabilità aquiliana. L'art. 2056 c.c., che per la quantificazione del danno risarcibile ex art. 2043 c.c. rinvia alle regole poste in tema di responsabilità da inadempimento, omette di richiamare proprio l'art. 1225 c.c.

di diritto privato, Napoli, 2000, p. 631; A. JANNARELLI, *Gli strumenti di tutela del danneggiato*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2000, pp. 1031 ss.

⁷ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 198.

Diverso è anche il regime in materia di solidarietà, poiché la responsabilità contrattuale si presume in parti uguali così come disposto dall'art. 1298 c.c., mentre in ambito aquiliano essa è ripartita in proporzione alla colpa ex art. 2055 c.c.

Per quanto concerne la mora, in campo contrattuale è necessario che il creditore si adoperi per la costituzione in mora del debitore, al contrario dell'ambito extracontrattuale dove vige il regime della mora *ex re*.

Vi è da aggiungere che l'inadempimento non è sanzionato solo con il risarcimento del danno, ma è assistito anche da una serie di rimedi specifici quali l'eccezione di inadempimento di cui agli artt. 1460, 1481, 1482 c.c., la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c., e la sospensione unilaterale della prestazione ai sensi degli artt. 1461 e 1565 c.c.

Altri aspetti potenzialmente utili per effettuare la distinzione non sono così chiaramente definiti ad appannaggio di uno dei due regimi ad oggetto. Il riferimento è alla non imputabilità del soggetto incapace di intendere e volere nell'illecito aquiliano, così come disposto dall'art. 2046 c.c., mentre tale assunto è dubbio per la responsabilità contrattuale. Lo stesso discorso vale sostanzialmente per le clausole di esonero dalla responsabilità, la cui estensibilità alla responsabilità aquiliana è dubbia.

Un quadro normativo così articolato e chiaro sembrerebbe non lasciare adito a molti dubbi sulle caratteristiche distintive dei due sistemi. Tuttavia non è così, poiché operare in concreto la distinzione non è agevole, ed anzi presenta confini sempre più mobili⁸. Infatti, negli ultimi decenni si è assistito alla estensione dell'illecito extracontrattuale a beni giuridici che storicamente ne erano esclusi⁹. Allo stato attuale si constata una fuga verso la contrattualizzazione del danno, con annessione al suo dominio di fattispecie precedentemente ricondotte all'illecito civile¹⁰.

La ragione di queste oscillazioni può farsi risalire alla teoria generale delle

8 Le variabilità dei confini delle due responsabilità è esemplarmente analizzata, tra i molti, in G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1077 ss.; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, pp. 1 ss.

9 Il riferimento è alla tutela aquiliana del diritto di credito e alla risarcibilità degli interessi legittimi, v. *infra*, cap. I, pr. 1.

10 La suggestione è di A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 22. Altri, invece, parlano di contrattualizzazione del danno alla persona o al patrimonio, così F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, pp. 130 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Iudica-Zatti, Milano, 1991, pp. 673 ss.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regola di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 68.

obbligazioni, ed in particolare alle sue fonti. L'art. 1173 c.c. riprende la bipartizione gaiana sopra menzionata, che fornisce l'alternativa tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale¹¹. Se concepita in modo rigido e tradizionale, questa bipartizione può risultare insufficiente a regolamentare la moderna società. La molteplicità e varietà di legami che caratterizzano l'era moderna abbisogna di nuovi strumenti per regolamentare la realtà, oppure di dare un nuovo significato ammodernando quelli che già esistevano. La scelta compiuta dall'ordinamento italiano pare essere quest'ultima: in via generale non si è creato un terzo tipo di responsabilità, ma si è lavorato sui preesistenti concetti di obbligazione contrattuale e di illecito per offrire risposte concrete alle istanze di giustizia approdate nei tribunali.

La sussistenza di due soli regimi di responsabilità è un elemento che si riscontra anche nel *common law*, dove la responsabilità sorge in *contract* o *tort*. Tradizionalmente si insegna che la cultura giuridica anglosassone non conosce la teoria generale delle obbligazioni, e che pertanto i due sistemi di responsabilità altro non sono che il frutto dei rimedi tipici esperibili per la lesione di obblighi reputati meritevoli di tutela¹². Questi ultimi soggiacciono alla disciplina contrattuale quando sono voluti dalle parti, mentre vengono regolamentati in *tort* se è la legge a determinarli.

È nelle nebbie di questa distinzione che si colloca la presente ricerca, che non ha certo il presuntuoso intento di fornire soluzioni a problemi millenari e universali, ma solo quello di capire meglio i meccanismi di distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale attualmente in atto nella prospettiva comparatistica *civil-common law*.

11 Bisogna prestare attenzione nel non confondere le fonti delle obbligazioni, che ai sensi dell'art. 1173 c.c. sono tre (contratto, fatto illecito, ed ogni altro o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico), con i regimi di responsabilità ai quali soggiacciono, che invece sono solo due: contrattuale ed extracontrattuale. La terza fonte dell'obbligazione non ha un regime di responsabilità autonomo, e pertanto le sue fattispecie saranno ricomprese in uno dei due tradizionali a seconda delle caratteristiche del caso.

12 Non pare essere questa la sede più opportuna per approfondire se la teoria delle obbligazioni sia totalmente sconosciuta al *common law*. Pare appena il caso di annotare che se è vero che tradizionalmente il concetto di obbligazione non fa parte del bagaglio culturale del giurista anglosassone, è altrettanto vero che col passare degli anni e la circolazione dei modelli giuridici si nota il fiorire di una certa letteratura che pone proprio la figura dell'obbligazione al centro dei suoi studi. Per tutti, v. R. S. SUMMERS – R. A. HILLMAN, *Contract and related obligation: theory, doctrine, and practice*, St. Paul, Minn., 2006.

2. Gli obblighi di protezione tra vecchi e nuovi dilemmi.

Nel panorama di incertezza dogmatica appena delineato, la categoria degli obblighi di protezione ha assunto una importanza di primo livello. La questione giuridica che essi pongono è se l'attuazione del rapporto obbligatorio si esaurisca nell'adempimento dell'obbligo di prestazione, o se nel nostro ordinamento il rapporto obbligatorio sia un rapporto complesso che contempla anche interessi delle parti che sono diversi dall'interesse alla prestazione.

Il quesito nasce dall'esperienza pratica, nella quale accade spesso che durante l'attuazione del rapporto obbligatorio si verifichi un danno che non è il frutto dell'inadempimento della prestazione espressamente dedotta in contratto, e come tale può considerarsi estraneo al rapporto debito-credito. In tali ipotesi si ritiene che il contratto sia l'occasione per la verifica dell'evento dannoso, costituendo un legame di prossimità tra i soggetti che aumentata le possibilità di danno a cui possono essere esposte le parti, nonché i soggetti che gravitano stabilmente nell'orbita delle stesse. A tali soggetti viene riconosciuta la possibilità di far valere in via contrattuale la responsabilità del debitore-danneggiante, per la violazione dei c.d. obblighi di protezione. Tale configurazione consente di assorbire nell'area contrattuale una serie di fatti e comportamenti che sarebbero, secondo gli insegnamenti tradizionali accennati in precedenza, illeciti aquiliani. Si accorda così ai soggetti esposti ad un rischio specifico una tutela più intensa di quella che spetta alla generalità dei consociati¹³.

La spiegazione a tale soluzione è che la violazione dello *status quo* del contraente ad opera della controparte si colloca a metà strada tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: la lesione del patrimonio o dell'integrità fisica del soggetto non deriva dall'inadempimento dell'obbligazione principale, ma dal mancato rispetto del generale principio di *neminem laedere*. Nel caso di specie, l'applicazione di quest'ultimo è però più circoscritto rispetto alla sua normale estensione, poiché il dovere di attenzione e cura non deve essere prestato a tutti i consociati, ma al contraente. In sostanza, al debitore non è solo richiesto di adempiere esattamente la

13 R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 676; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1342 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 143 ss.

prestazione oggetto del contratto, ma di adempierla adottando tutte le cautele del caso per non danneggiare l'altrui sfera giuridica. Considerare la lesione cagionata in tale contesto come afferente all'area extracontrattuale, significa qualificare il contraente-danneggiante alla stessa stregua del *quisque de populo* che viene a contatto con il danneggiato solo a causa dell'evento dannoso. Questo non tiene in debita considerazione che in realtà le parti non sono degli estranei, e che il danno si verifica proprio in occasione dell'esecuzione del contratto. D'altro canto, far rientrare la responsabilità per lesione dello *status quo* nella responsabilità contrattuale potrebbe sembrare una forzatura, se si intende il contratto come vincolo giuridico-patrimoniale finalizzato al soddisfacimento del reciproco interesse per mezzo della prestazione e controprestazione. I danni cagionati al di fuori dell'adempimento *strictu sensu* esulerebbero dunque dalla responsabilità contrattuale.

La figura degli obblighi di protezione è stata per prima creata dalla dottrina tedesca, la quale è giunta alla sua elaborazione (*Schutzpflichten*) attraverso l'analisi delle violazioni contrattuali positive (*positive Vertragsverletzungen*)¹⁴. Tali teorie sono state subito oggetto di attenzione e studio da parte della dottrina italiana, che ha tentato di applicarle anche nel nostro ordinamento. I primi tentativi paiono in realtà una presa di coscienza delle soluzioni adottate in Germania, la cui trasposizione *tout court* in Italia non sortisce apprezzabili risultati. Una evoluzione significativa si verifica quando, metabolizzati gli insegnamenti delle *Schutzpflichten* e delle *positive Vertragsverletzungen*, si procede ad un approfondimento dei presupposti tecnico-giuridici e logici che possano portare alla creazione di una figura analoga anche nel nostro ordinamento. Inizia così la crescita di attenzione sugli obblighi di protezione, che registra le prime analisi davvero consapevoli attorno agli anni sessanta¹⁵. Notevoli passi avanti sono stati fatti nei decenni successivi, anche se è opportuno sottolineare che il fenomeno è rimasto ai margini del dibattito scientifico, tanto che ancora oggi i contributi specificamente dedicati al tema sono poco numerosi¹⁶. Questo ha avuto

14 La formulazione compiuta degli obblighi di protezione è esemplarmente contenuta in C. W. CANARIS, *Schuldgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, *passim*, tradotto in italiano (senza note) in *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, a cura di A. DI MAJO – M. R. MARELLA, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 567 e 793 ss.

15 BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, cit., pp. 1342 ss.

16 A questo si aggiunga che nella zona di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale stazionano altre figure limitrofe che hanno elementi di affinità con gli obblighi di protezione, come ad esempio il "contatto sociale", la "*culpa in contrahendo*", l'affidamento. Questa contiguità è

delle ricadute a cascata anche nell'applicazione giurisprudenziale, stante anche le difficoltà dei giudici di utilizzare le clausole generali.

Tale situazione ci ha indotto a percorrere una diversa strada per la comprensione delle logiche e delle dinamiche che governano gli obblighi di protezione. L'ossessivo confronto con l'ordinamento tedesco sul punto rischia di dar luogo ad un complesso di Edipo, e di spegnere il processo di autonomizzazione intrapreso dalla categoria italiana. L'elaborazione e l'affinamento delle teorie dell'obbligazione complessa, dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, della buona fede oggettiva come fonte integratrice eteronoma del contratto, del contratto con effetti protettivi per il terzo, forniscono un contributo decisivo all'evoluzione della teoria generale delle obbligazioni.

Se in Italia è proprio quest'ultimo il terreno sul quale si basano gli obblighi di protezione, pare interessante verificare come situazioni di fatto analoghe vengano catalogate e disciplinate in ordinamenti dove manca una teoria generale delle obbligazioni, come ad esempio nel *common law*. Il cambiamento forzoso del punto di vista dal quale analizzare la fattispecie può apportare nuove idee e prospettive all'indagine italiana. La comparazione con il *common law* costituisce un cambiamento prospettico totale, considerate le caratteristiche degli ordinamenti. Infatti, nelle realtà di *civil law* europeo gli obblighi di protezione sono il frutto della elaborazione dottrinale basata sulla dogmatica e sistematica. È così per le *Schutzpflichten* tedesche, per le *obligations de sécurité* francesi e per gli obblighi di protezione italiani. Il carattere rimediale del *common law* prescinde dalla elaborazione di un sistema dogmatico, sviluppandosi piuttosto attraverso le azioni a tutela di determinate situazioni di fatto. La regola del precedente giudiziario vincolante determina un diverso tipo di ragionamento del giurista anglosassone, che per risolvere le questioni di diritto utilizza un ragionamento induttivo, che parte dal caso concreto per arrivare alla enunciazione di una regola generale. Il *civilian* agisce in modo opposto, ovvero per mezzo di un ragionamento logico deduttivo, che dalla regola astratta trae la norma da applicare al caso concreto.

Premesse queste differenze di carattere sistematico, è interessante vedere come il problema della violazione di un diritto diverso da quello oggetto della prestazione

talvolta fonte di fraintendimenti che genera confusione tra le varie categorie concettuali.

contrattuale viene disciplinato nel *common law*. Questo confronto ci permette di indagare se al di là delle catalogazioni teoriche vi siano le ragioni di giustizia sostanziale comuni a spingere le moderne società occidentali a tutelare queste situazioni. In particolare, ci si può porre il problema se ci troviamo di fronte a elementi metagiuridici, come ad esempio obblighi morali o etici, oppure se sussistano ragioni economiche che richiedono l'esistenza di tali obblighi di comportamento. Il proseguo della trattazione cercherà di essere uno stimolo per tali riflessioni.

CAPITOLO I

Gli obblighi di protezione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

SOMMARIO: 1. *La prospettiva extracontrattuale: l'obbligo di protezione come specificazione del *neminem laedere*.* - 2. *La prospettiva contrattuale.* - 3. *Incidenza della struttura complessa dell'obbligazione nella nascita degli obblighi di protezione.* - 4. *Il principio di buona fede e correttezza.* - 5. *La diligenza.* - 6. *La crisi della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.* - 7. *Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.* - 8. *L'obbligazione senza obbligo primario di prestazione.* - 9. *Il problema del concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali.*

1. La prospettiva extracontrattuale: l'obbligo di protezione come specificazione del *neminem laedere*

Nelle fattispecie contrattuali è assai frequente che sorga controversia su ciò che costituisce o non costituisce inadempimento e, comunque, su ciò che può dirsi lecito od illecito. La qual cosa può spesso essere spiegata per la laconicità degli accordi, e comunque per la difficoltà di assegnare una precisa latitudine al “*dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio*”¹⁷.

Queste poche righe della Relazione al Codice Civile riportano con sorprendente attualità e chiarezza i termini del problema che si va ad affrontare. Il sistema della responsabilità extracontrattuale tende, in via primaria, alla tutela contro il danno alla persona o ai suoi beni. Naturalmente, questa funzione non è esclusiva della responsabilità aquilana: alla stessa funzione è diretto, con metodi e presupposti differenti, anche il sistema della responsabilità contrattuale o da inadempimento delle obbligazioni.

Il fenomeno attraverso il quale anche la disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni si fa carico di rimediare al peggioramento dello *status quo* è stato definito contrattualizzazione della responsabilità aquiliana¹⁸. Il passaggio dall'una all'altra forma di responsabilità risente dei diversi criteri utilizzati nel nostro

¹⁷ L'espressione è utilizzata nella Relazione ministeriale al codice civile n. 558.

¹⁸ A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002, p. 22.

ordinamento per distinguere l'illecito civile dall'inadempimento.

Passando rapidamente in rassegna le teorie elaborate nel recente passato, il primo e più utilizzato approdo venne individuato nella natura dei diritti da tutelare. Questa teoria, che venne seguita dalla giurisprudenza prevalente, si fondava sulla natura del diritto leso. In caso di diritti assoluti, il rimedio utilizzabile era dato dall'azione aquilana, mentre in caso di diritti relativi, sarebbe scattata la responsabilità del debitore¹⁹.

Questo criterio era destinato ad avere valore fino a quando la definizione di ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c. venisse legata alla lesione di diritti soggettivi assoluti²⁰. La tutela aquilana nel caso di lesione del credito da parte di un terzo

19 Illecito era considerato il fatto che ledeva un diritto personalissimo o un diritto reale. Ma osserva F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, p.53, "una volta appurato che il profilo statico (interesse) è comune ai diritti di credito e ai diritti assoluti, non si vede in base a quale criterio chi ammetta, in ipotesi, l'esistenza e l'operatività giuridica di un generico dovere di *neminem laedere* (che troverebbe codificazione nell'art. 2043) possa, poi, restringere l'ambito di applicazione fino a farlo coincidere con il principio di tutela dei soli diritti assoluti".

20 Per una ricostruzione recente degli sviluppi che, a partire dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, via via si sono registrati sul significato del concetto di danno ingiusto, v. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Ingiustizia del danno e interessi protetti. Un confronto tra modelli*, Napoli, 2003; per un quadro complessivo dell'evoluzione, si veda anche l'ampia indagine di P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 195 ss; nonché C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 82 ss; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1996; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 173. Per la critica all'impostazione restrittiva dell'illecito civile come strumento per la sola tutela dei diritti assoluti, il riferimento principale è allo studio di F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, *passim* e ID., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 283. Sul riconoscimento della tutela aquilana anche al creditore danneggiato da un soggetto estraneo al rapporto con il debitore, v. anche G. BRANCA, *Morte di chi convive "more uxorio" e risarcimento*, in *Foro it.*, 1970, IV, 40. Non mancano autori che, pur sostenendo l'evoluzione in corso, mettono in guardia dagli eccessi che possono aversi sul terreno della responsabilità aquilana: al riguardo, v. C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 593; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 99 ss; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 154. Tipica è la vicenda dei c.d. "diritti cornice" quali il "diritto assoluto all'integrità patrimoniale" o il "diritto a determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale" (v. Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2739, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, e Cass., 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, p. 386, con nota di M. LIBERTINI). Per una critica a questa tendenza interpretativa che impiega impropriamente "l'argomentazione costituzionale", facendo leva sull'art. 41 che fissa il principio di libertà di iniziativa economica, v. G. ALPA, *L'ingiustizia del danno*, in G. ALPA - M. BESSONE (a cura di) *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1987, I, p. 193; ID., I "valori" nel diritto contrattuale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 661. Riflessioni critiche sull'idea di costruire "diritti soggettivi impensati" si rinvengono già in R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro padano*, 1960, I, p. 1439. Favorevole alla tutela di un interesse alla libertà negoziale che si identifica e confluisce nella libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.), v. A. LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 197; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La*

estraneo al rapporto obbligatorio, negata nel 1953 all'A.C. Torino in seguito al disastro aereo di Superga, fu ritenuto ammissibile per la prima volta dalla Cassazione nel 1971²¹. La Cassazione statui che, in linea di principio, non vi era ragione perché la risarcibilità del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. non potesse invocarsi anche da chi deducesse la lesione di un credito. La Corte affermò in quella occasione che “chi, con il proprio fatto doloso o colposo, cagionasse la morte del debitore aveva l'obbligo di risarcire il danno subito dal creditore, qualora la morte avesse determinato per il creditore medesimo una perdita definitiva ed irreparabile”²². Negli anni a seguire, poi, la tesi della tutela aquiliana dei rapporti di natura obbligatoria si è progressivamente affermata fino a diventare un indirizzo consolidato. Ciò che si richiede ai fini del risarcimento, è che il danno sofferto dal creditore sia definitivo ed irreparabile, sicché, anche una perdita momentanea può essere risarcita se al pregiudizio che ne è derivato non sia possibile porre rimedio.

Alla luce della “sentenza Meroni” risultò rilevante ai fini della tutela aquiliana la natura assoluta o relativa del diritto leso²³. Secondo tale decisione, la risarcibilità dovrebbe, perciò, essere limitata ai soli casi di infungibilità alla persona del debitore, ovvero alle ipotesi in cui il credito fosse costituito da una prestazione di *facere* infungibile²⁴. Altrettanto importante è la sentenza dell'*affaire* “Pastificio Puddu”²⁵.

responsabilità, Milano, 1994, pp. 591 ss.

21 Nel 1953 i giudici si erano richiamati alla tradizionale concezione secondo cui di fronte ai rapporti di natura obbligatoria, la cui lesione non poteva che provenire dal debitore, non era possibile ammettere l'esistenza di un generale dovere di astensione a carico della collettività dei consociati: donde la conclusione che l'art. 2043 c.c. non assicurava al creditore alcuna immediata e diretta protezione verso i terzi. Il diritto di credito, secondo questa concezione, non era opponibile *erga omnes* e poteva perciò essere tutelato solo in sede di inadempimento dell'obbligazione.

22 Nel 1953, il risarcimento era stato negato per l'assenza del nesso causale richiesto dall'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.) in quanto, secondo i giudici, i danni si ricollegavano alla lesione di un diritto di credito – quello alla prestazione sportiva da parte dell'atleta – a sua volta conseguenza della lesione di un altro diritto, quello alla vita, giudicato preminente rispetto al credito. Il nesso di derivazione causale, in altri termini, non era diretto ed immediato come richiesto dall'art. 1223 c.c., ma indiretto e mediato. Nel 1971, invece, la Cassazione statui che l'art. 1223 c.c. aveva soltanto la funzione di circoscrivere l'area dei danni risarcibili a quelli che fossero conseguenza della lesione del diritto di credito secondo un criterio di causalità adeguata.

23 G. DONDI, *Atto illecito, lesione o morte del prestatore e tutela aquiliana dei crediti del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, pp. 113 ss.; M. VARALDO, *La riscoperta dell'art. 2043 c.c.*, in *Or. giur. lav.*, 1984, pp. 648 ss.;

24 P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 217 ss.

25 Cass., S.U., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Giust. it.*, 1972, I, 1137, ed in *Foro it.*, 1973, I, 99. Durante i lavori di ricostruzione di una strada, l'impresa costruttrice danneggiò i cavi elettrici con conseguente interruzione della corrente elettrica. Il pastificio Puddu (creditore nel contratto di somministrazione dell'energia elettrica), chiese ed ottenne il risarcimento dei danni derivategli dall'interruzione *de qua*, e consistenti nella perdita totale della pasta in lavorazione ed in quella

Essa riafferma i principi del caso “Meroni” applicandolo anche nel caso in cui l'atto lesivo del terzo arrechi danno non alla persona del debitore, ma alla cosa oggetto dell'obbligazione²⁶.

La dottrina successiva si è mostrata concorde nel ritenere il concetto di danno ingiusto non equivalente alla lesione di un diritto soggettivo, ma una vera e propria clausola generale²⁷, che di per se non esclude dalla qualificazione in quei termini alcuna fattispecie di atto dannoso²⁸. Essa delinea garanzie di tutela aquiliana capaci di proteggere la lesione di ogni interesse giuridicamente protetto, e di posizioni soggettive giuridicamente rilevanti. Di esse fanno parte non solo dei diritti (assoluti e relativi di godimento), ma anche delle c.d. aspettative e interessi legittimi, giacché la nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. è sufficientemente ampia da ricomprendere qualsiasi lesione di interesse. Dopo la sentenza Meroni, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute per meglio precisare il principio precedentemente espresso, passando dalla “perdita definitiva” al “pregiudizio ineliminabile”²⁹. Con il passare degli anni anche tale posizione è stata superata. La tesi attualmente più accreditata in giurisprudenza e dottrina distingue le due forme di responsabilità considerando i loro profilo strutturale, cioè la presenza o meno di un precedente rapporto obbligatorio alla fattispecie di danno.

In tale struttura bilaterale, la responsabilità contrattuale nasce dall'inadempimento di una obbligazione preesistente, mentre la responsabilità extracontrattuale è “una obbligazione che si costituisce ex novo” con il verificarsi

parziale della pasta in essiccazione (Trib. Cagliari, 14 dicembre 1967, e App. Cagliari, 28 marzo 1969, entrambe in *Giur. it.*, 1970, I, 2, p. 644). Per un'analisi comparatistica, v. V. ZENOVICH, *La responsabilità civile*, in *Diritto privato comparato. Istituzioni e problemi* a cura di AA. VV., Bari, 2005, pp. 258 ss.

26 Vi è una sostanziale differenza tra i casi Meroni e Puddu: nel primo la morte del debitore (di una obbligazione di *facere* infungibile) determina l'estinzione dell'obbligazione, mentre l'interruzione dell'erogazione dell'elettricità causa solo la sospensione dell'obbligazione, e non la sua estinzione.

27 Sulla clausola generale, vedi la definizione fornita da G. FERRANDO, *La lesione del diritto di credito*, in *La responsabilità civile. La giurisprudenza sostanziale di diritto civile e commerciale* (a cura di G. Alpa – M. Bessone), Torino, 1987, III, p. 229.

28 A. LUMINOSO, *La lesione dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, *passim*; F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979, *passim*; P. DI MARTINO, *La responsabilità del terzo complice dell'inadempimento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 1357 ss.; C. CASTRONOVO, *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, pp. 370 ss.; M. BESSONE, *Tutela aquiliana del credito e responsabilità per i danni causati dalla temporanea invalidità del prestatore di lavoro*, in *Giur. mer.*, 1982, I, pp. 1189 ss.

29 Cass., S.U., 24 giugno 1972, n. 2135, cit.

dell'evento lesivo³⁰. La distinzione tra ambito coperto dall'obbligazione da un lato e dovere di non recare danno a terzi dall'altro risulta particolarmente utile quando si tratti di inquadrare entro l'uno o l'altro schema di responsabilità fattispecie dubbie o ibride, come ad esempio, nel caso di danni arrecati al creditore o a terzi nell'esecuzione del contratto. La risposta tradizionale è che la responsabilità è contrattuale o aquiliana a seconda che il dovere violato sia o meno imposto al danneggiante ai fini della realizzazione dell'interesse del creditore quale garantito dal rapporto obbligatorio, eventualmente integrato mediante il ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

I criteri distintivi delle due responsabilità, delineati così nitidamente a livello teorico in precedenza, vengono messi alla prova di fronte ad alcune situazioni di confine. Infatti, in certi casi non è del tutto precisato, o facilmente precisabile, il contenuto e l'estensione oggettiva dell'obbligazione, e quindi l'ambito degli interessi la cui lesione va risarcita in via contrattuale o aquiliana. Viceversa, vi sono ipotesi in cui il soggetto danneggiante ed il danneggiato, pur non essendo vincolati da un rapporto obbligatorio in senso proprio, sono di fatto legati da una situazione particolare o, se si preferisce, da occasioni di contatto tra le rispettivi sfere di interessi che li espongono a rischi specifici e più intensi rispetto a quelli a cui va soggetta la generalità dei terzi estranei. In relazione a tali ultime ipotesi, ci si è posti il problema se la regolamentazione degli interessi entrati in conflitto debba operarsi alla luce del principio generale del *neminem laedere* o piuttosto per mezzo di strumenti di carattere contrattuale.

Per mere esigenze espositive, si possono individuare, ai margini di questo confine mobile, alcune situazioni di più frequente ricorrenza e di maggiore interesse: i comportamenti scorretti posti in essere in occasione dell'adempimento di una obbligazione; la violazione, sempre in occasione dell'attuazione di un rapporto obbligatorio, di doveri eterogenei rispetto al contenuto dell'obbligazione; la violazione dei cosiddetti “doveri di protezione” eventualmente riconoscibili fra le parti del rapporto obbligatorio e nei confronti di eventuali terzi; le ipotesi di danno verificatesi nell'ambito dei cosiddetti “di cortesia” e di rapporti contrattuali di fatto. A queste violazioni può essere data tutela attraverso la configurazione degli obblighi di

30 L'espressione è di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, (dir. vig.), voce in *Enc.dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.

protezione, i quali, in ragione dello scopo cui tendono, possono essere utilizzati autonomamente³¹.

Gli obblighi di protezione sono tendenzialmente reciproci e si caratterizzano per la funzione di estendere la tutela contrattuale ad interessi che non hanno formato oggetto dell'obbligazione in senso stretto: questi interessi, in mancanza di un collegamento con il rapporto obbligatorio, sarebbero protetti attraverso il sistema della responsabilità extracontrattuale. La lesione dei beni di una parte avvenuta durante l'esecuzione dell'obbligazione può essere sanzionata anche per mezzo della regola della correttezza dettata dall'art. 1175 c.c., che, perciò acquista una funzione perfettamente simmetrica a quella assolta dal principio dell'*alterum non laedere* che regola l'area del danno extracontrattuale³².

Prima di analizzare più nel dettaglio la materia, pare opportuno esaminare preliminarmente due obiezioni che mettono in discussione la concreta possibilità che la teoria degli obblighi di protezione possa trovare concreta applicazione nel nostro ordinamento: la prima si sofferma sulla struttura della responsabilità civile, mentre la seconda, che verrà approfondita più avanti, si muove all'interno del concetto di obbligazione.

Alcuni autori hanno affermato che interpretare l'art. 1175 c.c. come espressione di un dovere generale di protezione rischia di tradursi in una inutile duplicazione di quanto è già disposto dall'art. 2043 c.c.³³. A tale conclusione si

31 I primi autori ad occuparsi in Italia di obblighi di protezione sono stati E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96; L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369. Contributi specifici in questa materia risalgono a F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1960, p. 1342; ID, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 221; G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 3 ss, p. 81 ss; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 55; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss. La rilevanza dei doveri di protezione viene riconosciuta anche da F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, pp. 709 ss.; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 405; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 676 ss; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 158; ID, *Inadempimento e mora del debitore (Artt. 1218-1222)*, Milano, 1987, p. 239 ss; V. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1999, pp. 42 ss; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario al codice civile* diretto Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 121 ss.; 316 ss.

32 L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369

33 Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 159 e ss, il quale si pone il problema in riguardo all'opinione di chi (come U. MAIELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 130 e ss.) ha proposto di ricondurre alla diligenza gli obblighi di protezione di matrice contrattuale. L'inutilità di questa categoria viene ribadita dall'autore in relazione all'art. 2043 c.c. Quando passa

perviene attraverso il ragionamento secondo il quale, in tutte le ipotesi che vengono generalmente ricondotte al ricordato dovere di protezione, è possibile ottenere il risarcimento in base all'art. 2043 c.c.³⁴. Secondo questo orientamento, ad una generica esigenza di tutela della persona del debitore sembra soddisfare già il generale divieto del *neminem laedere* che, come è noto, è alla base della responsabilità *ex delicto*³⁵.

A supporto di tale assunto è stato addotto l'art. 2087 c.c., che rappresenta una eccezione nel panorama legislativo giacché non si rinvencono altre disposizioni di analogo contenuto. Questo articolo impone al datore di lavoro, oltre al rispetto del vincolo contrattuale, anche la tutela dell'incolumità fisica e morale del lavoratore, e quindi di interessi ulteriori rispetto a quelli specificamente dedotti in contratto. La *ratio* di tale norma si spiega con la volontà del legislatore di tutelare in modo più pregnante la personalità del soggetto debole di un particolare rapporto, quello di lavoro, fondamentale nella società. Al di fuori dell'ipotesi del rapporto di lavoro subordinato, viene esclusa la necessità di dover creare per il debitore una situazione di tutela analoga a quella del lavoratore.

Anche un altro illustre autore sembra accogliere il primato della responsabilità aquiliana. Esso sostiene che a bene considerare, il dovere del debitore di rispettare interessi del creditore ulteriori ed esterni a quelli contrattuali potrebbe sussistere già sul piano della responsabilità extracontrattuale. Di conseguenza, la lesione di tali interessi darebbe luogo alla responsabilità extracontrattuale, stante che questa responsabilità non esclude la fattispecie di inadempimento³⁶.

Rinviano alle pagine successive per cogliere i corollari legati a tale orientamento, si può notare che le posizioni esposte sono confortate da una tendenza della giurisprudenza a ricondurre la responsabilità per la lesione di interessi diversi da quello alla prestazione all'interno dei sicuri lidi della responsabilità aquiliana³⁷. Tra le

ad esaminare alle pagg. 203 ss le figure sintomatiche che costituiscono applicazione della clausola della correttezza. Secondo parte della dottrina (vedi P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, p. 17) in presenza di una relazione contrattuale, il mero peggioramento dello status quo (cioè il peggioramento determinato indipendentemente dalla violazione dell'aspettativa contrattuale) costituirebbe una tipica situazione delittuale.

34 S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 159 ss, 203 ss.

35 U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo, vol. XVI, t. 1, Milano, 1974, p. 24

36 C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 34.

37 Tra le varie decisioni che riportano la presenza di obblighi tipici di protezione all'interno dell'alveo

pronunce giurisprudenziali di legittimità più significative al riguardo, si ricorda quella che ha deciso il caso di un ex dipendente di un istituto bancario che aveva continuato ad effettuare la raccolta del risparmio presso il domicilio della clientela anche dopo l'interruzione del rapporto di lavoro, appropriandosi indebitamente delle somme così ricevute. I due giudizi di merito ravvisano la responsabilità della banca in forza dell'art. 2049 c.c., anche se con richiamo alla regola generale ex art. 2043 c.c.. Per entrambi i giudici la banca aveva violato l'obbligo di comunicare la cessazione del rapporto di lavoro con il dipendente. Pur confermando sostanzialmente la decisione presa dai giudici di merito, la motivazione della Suprema Corte si fonda principalmente sulla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., sul presupposto che le particolari modalità del servizio di raccolta del risparmio avevano creato un affidamento che la banca avrebbe dovuto far cessare attraverso idonea comunicazione dopo il licenziamento del dipendente³⁸. Inquadrando giuridicamente la fattispecie in tal modo, la Suprema corte esclude l'applicabilità della responsabilità dei padroni e committenti ex art. 2049 c.c., che si fonda sul presupposto di un rapporto di subordinazione tra l'autore della appropriazione e il datore di lavoro, rapporto che non esisteva più al momento della commissione dell'illecito³⁹.

La particolare situazione di fatto è stata condizionata dall'affidamento originato dagli scopi negoziali che sia la banca che il cliente intendevano perseguire. Partendo da questo dato sarebbe stato possibile giungere ad una diversa soluzione. Prendendo lo spunto da una nozione di rapporto obbligatorio integrata dalla regola della correttezza di cui all'art. 1175 c.c., la quale opera una espansione dell'area degli interessi tutelati, il giudice avrebbe potuto reputare che le misure necessarie ad eliminare il pregresso affidamento fossero già dovute in forza dello stesso vincolo contrattuale. Cionondimeno, è chiaro che non esiste alcun obbligo da parte della banca di restituire al cliente il *tantundem eiusdem generis* in forza del contratto di

extracontrattuale, anche se con argomentazioni che verranno esaminate più avanti, v. Cass., 24 giugno 1992, n.7760, in *Foro It.*, Rep. 1992, voce *Responsabilità civile*, n.130; Cass., 16 marzo 1990, n. 2154, *id.*, Rep. 1990, voce *cit.*, n. 103; Cass., 27 marzo 1987, n. 2994, *id.*, Rep. 1987, voce *cit.*, n.99; Cass., 13 giugno 1986, n.3937, *id.*, Rep. 1986, voce *cit.*, n. 117; Cass., 8 novembre 1984, n.5649, *id.*, Rep. 1984, voce *cit.*, n. 96.

38 La Cassazione, al tal fine, indica la necessità da parte della banca di adottare “misure idonee ad evitare la permanenza del rischio inerente alle mansioni assegnate” al dipendente.

39 Diversa è l'ipotesi in cui il consulente finanziario di una società di investimento si appropri delle somme versate dai risparmiatori. In tale circostanza, è stata invocata la violazione dell'art. 2049 c.c., più che la norma prevista dall'art. 1228 c.c., v. Cass., 17 maggio 1999, n. 4790, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

deposito bancario, per il semplice motivo che tale obbligo, per le somme consegnate all'ex dipendente, non è mai sorto nei confronti della banca. Più precisamente, la responsabilità nasce dall'inadempimento di un obbligo di informazione delle modificate modalità di raccolta del risparmio, la cui osservanza è tesa a salvaguardare la sfera patrimoniale del cliente dal pericolo di illecite operazioni occasionate dallo svolgimento del rapporto contrattuale.

Altrettanto indicativo è l'orientamento giurisprudenziale che tende ad utilizzare il più familiare schema aquiliano per disciplinare l'obbligo di vigilanza della scuola elementare verso l'alunno. In particolare, nel caso in cui i genitori affidino il figlio al servizio scuolabus organizzato dall'amministrazione comunale, ai sensi dell'art. 2049 c.c. l'amministrazione risponde del sinistro accaduto all'alunno se il conducente del pullman non vigila sul minore che, dopo essere sceso dal mezzo, attraversa una strada molto trafficata⁴⁰. La Corte ha infatti affermato che il dovere di vigilanza va oltre "l'ambito strettamente contrattuale del trasporto", configurando un diverso dovere extracontrattuale che impone, sulla base delle regole della ordinaria diligenza e prudenza, di curare l'incolumità del trasportato anche dopo averlo condotto a destinazione⁴¹. Esaminando anche tale fattispecie, si può rilevare che, applicando la teoria degli obblighi di protezione, è possibile configurare come illecita l'imprudenza del vettore, e per esso del conducente, che, dopo aver portato l'alunno a destinazione, lo lasci in balia di sé stesso ed esposto ai pericoli della circolazione stradale. Tale condotta è contraria alla clausola generale della correttezza sancita nell'art. 1175 c.c., che integra il novero degli obblighi fissati col contratto.

Analogamente, è stata ricondotta alla responsabilità aquiliana anche la condotta del maestro di sci che non predisponga accorgimenti adeguati per evitare che gli allievi si procurino reciprocamente dei danni, ad esempio in occasione di una gara di fine corso. Sullo stesso grava l'inadempimento dell'obbligo di non aver vigilato

40 Cfr. Trib. Bolzano 22 maggio 1987, in *Resp. civ.*, 1988, p. 487 (con nota di F. CHIAVEGATTI), secondo il quale "il trasporto di sciatori a mezzo di seggiovia rientra nella fattispecie del contratto di trasporto a titolo oneroso; si applica pertanto l'art. 1681 c.c. Nella parte in cui afferma la responsabilità del vettore se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno; è inoltre ravvisabile una responsabilità extracontrattuale ex art. 2049 c.c. Nel caso in cui dipendenti addetti agli impianti di risalita non tengano un comportamento conforme alle loro mansioni (nella fattispecie l'addetto alla stazione di risalita dell'impianto leggeva il giornale anziché aiutare i passeggeri a salire sulla seggiovia)".

41 App. Ancona 15 maggio 1999, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità civile*, n. 240, nonché in *Dir. e Lav. Marche*, 2001, 77.

affinché venissero rispettate le direttive di sicurezza che aveva l'obbligo di comunicare⁴². La valutazione del comportamento del maestro di sci può essere oggetto di indagine sotto un doppio angolo prospettico: il primo concerne la violazione del canone di correttezza ex 1175 c.c., ed il secondo riguarda l'inadeguatezza della condotta sotto il profilo della diligenza che deve guidare il debitore nell'adempimento, così come richiesto dal secondo comma dell'art. 1176 c.c..

Paradigmatica della problematica ad oggetto è la fattispecie che vede il cliente di un supermercato scivolare su una chiazza di detersivo presente lungo il corridoio che costituiva l'uscita del locale. Anche in questo caso la giurisprudenza ha optato per il riconoscimento di una responsabilità per cose in custodia ex art. 2051 c.c., reputando la fattispecie estranea al rapporto obbligatorio⁴³.

Da questa brevissima rassegna si può trarre la prima conclusione che la giurisprudenza, a prescindere da una più o meno approfondita consapevolezza del dibattito dottrinario sugli obblighi di protezione, ha optato per la qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale. La risposta alle emergenti esigenze di tutela viene ricondotta all'interno delle norme sulla responsabilità aquiliana anziché nel sistema di rimedi previsti per l'inadempimento delle obbligazioni. La preesistenza di un rapporto obbligatorio avrebbe in astratto consentito di ricondurre le fattispecie all'interno della tutela prevista dagli artt. 1218 e ss. c.c. Invece, le pronunce giurisprudenziali hanno dato netta preferenza al principio del *neminem laedere*, considerando il dovere violato dal comportamento (attivo o omissivo) come estraneo al contenuto dell'obbligazione⁴⁴.

Il problema dell'inquadramento degli obblighi di protezione sotto l'ala della responsabilità contrattuale o di quella extracontrattuale, ha delle naturali ricadute sulle azioni esperibili per la loro tutela. Alcuni hanno evidenziato il rischio di una possibile duplicazione di azioni per tutelare il medesimo interesse. In particolare, la questione è stata approfondita da coloro che ritengono la responsabilità aquiliana un rimedio

42 Trib. Bolzano 21 marzo 1992, in *Nuovo dir.*, 1993, 149, con nota di C. DE MICHELI. Si veda anche Trib. Massa Carrara 14 maggio 1996, in *Arch.civ.*, 1996, 1399, per il quale il gestore di piste sciistiche è responsabile, ex art. 2043 e 2054 c.c., delle lesioni riportate dagli sciatori in conseguenza degli ostacoli, presenti sulle piste stesse, che egli non abbia provveduto a rimuovere (fattispecie relativa a gestore di impianti di risalita che aveva fatto collocare robusti infissi di natura metallica in prossimità della parte terminale di una pista riservata a principianti).

43 Esemplamente, cfr. Cass., 15 novembre 1996, n. 10015, in *Riv. giur. circolaz.*, 1997, p. 86.

44 G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità civile, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 313 e ss.

tipico, se non esclusivo, per difendersi dal pregiudizio alla persona o al patrimonio⁴⁵. Seguendo tale prospettiva, ne consegue che tutto ciò che fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta ricade nella responsabilità extracontrattuale⁴⁶.

Nello stesso senso si pone anche chi, partendo dall'analisi dell'art. 1174 c.c., sostiene che l'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione, mentre gli interessi messi a rischio nella vita di relazione attraverso il contatto sociale sono diversi⁴⁷. A protezione di questi ulteriori interessi si impongono agli operatori dei doveri di condotta non generici, ma calibrati sulla specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco. Tali doveri, comunque, non diventano automaticamente obbligazioni, sicché la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale⁴⁸. Questa posizione si fonda sulla concezione in base alla quale nell'ordinamento esistono beni giuridici di primaria importanza che per questo sono protetti in quanto tali (vita, salute, proprietà), e per la cui tutela non vi è bisogno di un rapporto specifico. In particolare, non c'è bisogno di una prestazione da parte di un soggetto determinato⁴⁹.

Questa posizione è ancora radicata nella giurisprudenza di legittimità, anche recente, che ha testualmente affermato che “tutte le volte che non emerga una precisa scelta del danneggiato in favore dell'azione contrattuale, deve ritenersi proposta l'azione di responsabilità extracontrattuale [...giacché] ai fini della proposizione della azione di responsabilità contrattuale occorre che la domanda sia espressamente fondata sull'inadempimento del debitore di una determinata e specifica obbligazione contrattuale. Occorre cioè una qualificazione espressa della domanda, e non una

45 E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 382, il quale sostiene che “vi sono ordinamenti, come quello tedesco, in cui la tutela della persona e/o delle cose dell'altro contraente è compito dei contratti, altri ordinamenti, come quello francese e italiano, in cui la medesima tutela è una prerogativa del sistema della responsabilità civile”. Questa situazione, secondo l'autore “vale a spiegare la scarsa fortuna del contratto con effetti protettivi nel diritto italiano”. Quest'ultima fattispecie rappresenta una estensione a favore dei terzi degli obblighi di protezione che sono volti a tutelare le parti del rapporto obbligatorio.

46 F. GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del Contratto* a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, p. 15. Il volume raccoglie i contributi del Seminario tenutosi i giorni 3 e 4 maggio 2002 nell'Università di Macerata.

47 Tra i tanti, alcuni degli interessi ai quali si fa riferimento sono la sicurezza nella circolazione automobilistica, la lealtà della competizione economica, la correttezza e serietà delle trattative contrattuali.

48 V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2001, p. 185.

49 S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 159,203, il quale afferma che il dovere di protezione ex art. 1175 “rischia di tradursi in una inutile duplicazione di quanto già disposto dall'art. 2043 c.c.”.

semplice prospettazione generica dell'inosservanza di precetti o di disposizioni legislative. Laddove sia ambigua, non risultando possibile evincere quale sia la scelta del danneggiato, la domanda deve essere interpretata, in base al *petitum* e alla *causa petendi*, come una causa di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.”⁵⁰.

2. Gli obblighi di protezione nella prospettiva contrattuale

Partendo dal presupposto che non si può giungere ad una soluzione prescindendo dal diritto positivo, l'analisi di quest'ultimo porta a verificare che vi sono varie ipotesi nelle quali l'interesse alla conservazione di un bene riceve tutela attraverso i rimedi contrattuali. Il codice civile riporta al suo interno numerose fattispecie contrattuali ove il diritto delle parti a mantenere integra la propria posizione giuridica e materiale viene tutelato in maniere diretta, attenuando, se non eliminando del tutto, la necessità di attivare la responsabilità extracontrattuale.

In materia di lavoro subordinato la norma principe è l'art. 2087 c.c., il quale dispone a carico del datore di lavoro lo specifico obbligo di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, prescrivendo di “adottare le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie”. Dal dettato normativo emerge con chiara evidenza la finalità di prevenire la produzione di danni alla persona e ai beni del debitore durante l'esecuzione della prestazione⁵¹. L'eventuale mancata rimozione delle situazioni di pericolo, o la mancata adozione di misure di sicurezza da luogo alla responsabilità per inadempimento da parte del debitore, con la

⁵⁰ Cass., 10 marzo 2006, n. 5244, inedita.

⁵¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Bari, 2005, pp. 217 ss.; M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999, p. 27 e *passim*; L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1996, 139 ss.; ID., *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1994, pp. 317 ss.; P. TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 197, p. 870 ss, 878; L. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro, artt. 2060-2134, Commentario Scialoja -Branca*, Bologna-Roma, 1986, pp. 203 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986; S. EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984; V. BELLINI, *La tutela della salute nell'ambiente di lavoro*, Milano, 1984, *passim*; A. SALERNO, *La tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Padova, 1982, *passim*; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, *passim*; C. MURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la tutela penale*, Milano, 1974, p. 77 ss.

conseguenza che al creditore saranno applicabili le conseguenze della *mora accipiendi*. Nel caso in cui il lavoratore dovesse subire un danno in esecuzione della prestazione, il datore dovrà rispondere dell'inosservanza dell'obbligo di protezione nei suoi confronti⁵².

Un altro spunto viene fornito dalla disciplina prevista per il contratto di trasporto: l'art. 1681 c.c. disciplina la responsabilità del vettore per i sinistri occorsi al viaggiatore. Il primo comma ha ad oggetto la responsabilità derivante dal ritardo o altra ipotesi di inadempimento nella esecuzione del trasporto. Esso prevede anche che il vettore risponda dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. A garantire ancora più efficacemente la tutela della persona del viaggiatore provvede il secondo comma, nella parte in cui colpisce con la sanzione della nullità le clausole che limitano la responsabilità per i sinistri causati al viaggiatore. Da questi brevi tratti emerge con chiarezza che nel contratto di trasporto di persone viene tutelato, oltre all'interesse alla prestazione, l'interesse ulteriore ad essere trasportato senza danni alla persona o al bagaglio.

Ipotesi calzanti si rinvencono anche in materia di locazione: gli artt. 1576, 1578, 1580 c.c. dispongono che il locatore ha l'obbligo di permettere il godimento della cosa locata, curando che da essa non si verifichino danni per la persona del conduttore e per coloro che partecipino a vario titolo a quel godimento, come familiari o dipendenti.

Ancora, simile tutela è accordata dal T.U. Bancario, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, il quale pone a carico della banca tutta una serie di specifici doveri di informazione del cliente, sia nella fase delle trattative, sia nella fase dell'adempimento della prestazione principale⁵³.

Tutte queste disposizioni normative sono la riprova che la responsabilità extracontrattuale, anche nella prospettiva dei compilatori del codice, non è l'unico istituto posto a salvaguardia dello *status quo*⁵⁴. Anche coloro che non riconoscono

52 Cfr. Cassazione 18 aprile 2000, n. 5066, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1836.

53 Su tali obblighi, ampiamente M. MAGGILO, *Predisposizione e scambi senza accordo nei contratti bancari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, I, pp. 31 ss.

54 A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 339, nota 214, il quale, pur partendo dalla corretta premessa che l'art. 2043 cc. non sia "l'unico strumento attraverso

cittadinanza agli obblighi di protezione nel nostro ordinamento, concordano che queste disposizioni rappresentate, all'interno della disciplina legale del contratto, il frutto maturo di quella dottrina e giurisprudenza che sotto il codice abrogato attribuiva alla disciplina dell'inadempimento il compito di soddisfare quel bisogno di tutela ritenuto in principio di natura aquiliana⁵⁵.

Preso atto che negli esempi sopra riportati le violazioni degli obblighi di protezione sono sanzionate in base al regime previsto per il rapporto obbligatorio, essendo la qualificazione della responsabilità in termini contrattuali il frutto di una precisa scelta del legislatore, resta da verificare se le previsioni richiamate debbano essere considerate delle eccezioni o, al contrario, esprimano la necessità del collegamento tra tutela dello *status quo* e l'obbligazione⁵⁶.

Le disposizioni normative possono dare l'idea che, in caso di concorso tra responsabilità contrattuale e aquiliana, la prima prevalga in forza dell'esistenza di un preciso rapporto obbligatorio esistente tra le parti⁵⁷. La giurisprudenza è però di diverso avviso, pur non fornendo una soluzione univoca al problema⁵⁸.

A riprova di una materia ancora in divenire, si rinviene una decisione di segno parzialmente opposto della Suprema Corte. Essa sostiene che, anche in assenza di un contratto che preceda l'evento dannoso, vi è spazio per la responsabilità contrattuale quando tra danneggiante e danneggiato vi sia una relazione in grado di creare un particolare affidamento. Da questo scaturisce l'obbligo di proteggere l'altra parte nella

il quale si traduce nell'ordinamento positivo odierno l'antico principio del *neminem laedere*" non trae da questa affermazione tutti i possibili corollari.

55 La storia che ha preceduto alcune previsioni specifiche di obblighi di protezione è riassunta da G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, (Artt. 1218-1222), cit., pp. 239 ss.

56 Sull'evoluzione giurisprudenziale ancora G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, (Artt. 1218-1222), cit., pp. 239 ss.

57 Le disposizioni sopra indicate sono soltanto alcune delle previsioni specifiche del codice testimonianti la tutela dell'interesse di protezione all'interno del contratto. Così negli artt. 1228 e 1494, comma 2, il primo riguardante la responsabilità per fatto degli ausiliari, il secondo concernente l'assoggettamento del venditore al risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa (v. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 45 ss, 465 ss). Nell'art. 1770, comma 2, che impone al depositario di dare avviso al depositante delle circostanze urgenti che hanno richiesto l'esecuzione di prestazioni diverse da quelle convenute; nell'art. 1718, comma 3, che pone a carico del mandatario il dovere di informare il mandante di taluni fatti relativi alla tutela dei diritti di quest'ultimo; nell'art. 1812, che assoggetta il comodante al risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa comodata; nell'art. 2391 che impone all'amministratore di società di capitali il dovere di astenersi dal partecipare alle deliberazioni del consiglio di amministrazione, tutte le volte che la deliberazione riguardi un'operazione in cui l'amministratore abbia, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con la società. Su queste disposizioni, v. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 61 ss.

58 La tematica sarà oggetto di maggior approfondimento in infra, ult. pr.

stessa misura in cui questo obbligo di manifesta all'interno di un rapporto obbligatorio ordinario⁵⁹. In questo frangente, la giurisprudenza ha accolto il pensiero di chi ritiene che qualificare il danno causato dal sanitario come aquiliano equivarrebbe a considerare chi dovrebbe operare secondo le *leges artis*, come *alguien que anda por ahì*⁶⁰. La Cassazione, nell'accogliere la soluzione in questione, ha seguito la tesi di chi ritiene che si possano avere obblighi di protezione anche quando manchi l'obbligo di prestazione, cioè che possa aversi una obbligazione senza prestazione⁶¹.

Una diversa prospettazione esamina il fenomeno sotto il profilo del collegamento negoziale tra obbligazioni. Da una parte si pone la struttura sanitaria, tenuta in forza alla legge alla prestazione sanitaria nei confronti del paziente. Dall'altra si colloca il medico da essa dipendente che, individuato secondo le regole del contratto che lo lega all'ospedale, è tenuto all'adempimento della prestazione lavorativa nei confronti dello stesso per il beneficio del terzo, ovvero il paziente. Attraverso il collegamento causale tra queste obbligazioni, si viene a creare una figura unitaria dove, al dovere della struttura di adempiere, si affianca la posizione del paziente-creditore che ha il diritto di ricevere una prestazione di assistenza sanitaria.

L'incertezza delle posizioni giurisprudenziali appena illustrate inducono a verificare con maggiore attenzione quale livello di progressione abbia raggiunto l'evoluzione del concetto di obbligazione. Bisogna accertare se nel nostro ordinamento sia possibile affermare che la responsabilità contrattuale si fa carico del momento della protezione, intesa come salvaguardia della sfera giuridica dell'altro contraente rispetto ai danni a cui possa essere esposta nel corso della esecuzione della prestazione.

Nel tentativo di fare questo, bisogna tenere presente che le peculiarità del diritto di credito non consentono di considerarlo alla stessa stregua degli altri diritti e altre situazioni soggettive perché abbisogna della condotta altrui per la sua

59 Il caso deciso riguardava un medico ospedaliero, il quale, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, non è debitore nei confronti del paziente perché il soggetto giuridico tenuto alla prestazione è l'ospedale presso il quale il medico opera.

60 Il punto non è tuttavia pacifico. Nel senso di ritenere il medico dipendente della struttura ospedaliera responsabile a titolo extracontrattuale, v. Cass., 8 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, p. 1115 e in *Giur. it.*, 1981, I, p. 297; Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, I, p. 4; Cass., 26 marzo 1990, n. 2428 in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 157; Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3251.

61 C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p.196.

realizzazione, e la valutazione di tale condotta costituisce l'oggetto a cui si rivolge la responsabilità contrattuale. Come è noto, nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici la preesistenza di un rapporto obbligatorio è la linea al di sopra della quale si trova la responsabilità contrattuale, ed al di sotto della quale si trova quella aquiliana. Quanto al fondamento della responsabilità, dalla disciplina positiva dell'inadempimento emerge che in materia contrattuale non è necessaria la presenza di un elemento che giustifichi la responsabilità stessa, mentre in campo extracontrattuale questo elemento è ravvisabile nella colpa o dolo.

Prendendo spunto dai risultati raggiunti da un ordinamento a noi vicino, si può notare che da sempre i giuristi transalpini escludono che lo stesso danno sia assoggettabile a responsabilità contrattuale in concorso, sia pure alternativo, alla responsabilità aquiliana⁶². Il fatto che la responsabilità contrattuale presenti dei vantaggi di disciplina, non ha portato ad una commistione dei profili processuali, ma ha creato le condizioni affinché l'elaborazione dottrinale ampliasse la struttura originaria del rapporto obbligatorio. Inizialmente questa era limitata agli obblighi di prestazione, ma le aperture successive hanno portato a ricompredervi anche gli interessi circostanti che possono venire lesi nella fase di attuazione del rapporto. La categoria delle *obligations de securité* è il frutto di questa evoluzione, anche se la complessità degli elementi presenti nell'ordinamento transalpino non permette di rinvenire un disegno lineare come nel sistema tedesco.

In quest'ultimo, l'ampliamento della responsabilità contrattuale è dovuto ai limiti di tipicità strutturali della responsabilità aquiliana. Infatti, la disciplina della responsabilità civile è caratterizzata dalla tipicità degli interessi protetti, così come previsto dal § 823 del BGB. In particolare, spicca la disciplina della responsabilità dei padroni e committenti, contenuta nel § 831, la quale, diversamente dall'art. 1384 Code Civil e dall'art. 2049 c.c. nostrano, prevede una prova liberatoria di mancanza di colpa del padrone. Essa si è subito rivelata una possibile via di fuga dalla responsabilità per il datore di lavoro, in vistoso contrasto con le esigenze di tutela del lavoratore, soprattutto per quanto riguarda la materia degli infortuni sul lavoro.

La categoria degli obblighi di protezione, in questo caso, ha avuto il compito

62 R. SACCO, *Concorso della azione contrattuale ed extracontrattuale*, in G.VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p.161 ss., il quale fornisce una spiegazione del *non-cumul*. Per l'Autore, i giuristi francesi hanno una generale propensione a sceverare istituto da istituto.

di portare la responsabilità del *dominus* verso la responsabilità contrattuale, nel quale la prova liberatoria non è prevista. In una visione allargata del rapporto obbligatorio trovano rilevanza, oltre all'interesse alla prestazione, anche gli altri interessi che costituiscono la sfera giuridica di entrambe le parti del rapporto, i quali possono subire una lesione nell'attuazione del rapporto stesso.

In seguito, gli *Schutzpflichten* (obblighi di protezione) si affrancano da quest'origine e diventano un elemento strutturale del rapporto obbligatorio. È interessante ripercorre brevemente questo tragitto poiché gli obblighi di protezione si innestarono su un'altra figura di origine giurisprudenziale, le *positive Vertragsverletzungen*: queste erano sorte su una lacuna del BGB, consistente nella mancanza di una apposita disciplina sull'esatto adempimento⁶³.

In un celebre studio, Heinrich Stoll teorizza che la differenza non andasse rinvenuta tanto tra inadempimento ed esatto adempimento (la c.d. violazione contrattuale positiva), quanto tra la violazione all'interesse alla prestazione e violazione degli interessi di protezione, in particolare dei vari diritti patrimoniali e all'integrità della persona, in attuazione del principio di buona fede che presiede al rapporto obbligatorio. Gli obblighi di buona fede hanno acquisito un ruolo stabile nella dottrina tedesca del rapporto obbligatorio e hanno avuto definitiva consacrazione nella riforma del diritto delle obbligazioni, precisamente nel comma 2 del § 241 del BGB, che, in conformità del suo contenuto, obbliga ciascuna parte ad avere rispetto per i diritti, i beni e gli interessi dell'altra.

A questo punto diviene possibile includere in un primo quadro d'insieme la categoria delle *obligations de sécurité* francesi, le *Schutzpflichten* tedesche e le posizioni della dottrina italiana, in modo da intravedere una tendenza comune del diritto europeo. Si avverte la necessità di ampliare il contenuto del rapporto obbligatorio a prescindere dalla necessità di rimediare a insufficienze, vere o presunte, della responsabilità extracontrattuale⁶⁴.

63 C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 2, il quale chiarisce che le *positive Vertragsverletzungen* sono ipotesi in cui il debitore, pur non essendo in mora né avendo causato l'impossibilità della prestazione, pone in essere dei comportamenti contrari all'attuazione dell'obbligo.

64 Il ruolo dell'inadempimento nella responsabilità contrattuale è chiaro: esso non può essere qualificato come fatto illecito, pena la perdita della distinzione fondamentale tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Va però evidenziato che vi sono ipotesi in cui la condotta di una delle parti, più di frequente del debitore, può comportare la violazione della sfera soggettiva della controparte. In questi casi si verifica una coincidenza tra responsabilità contrattuale ed aquiliana.

Ritornando alle previsioni normative italiane, esemplificativamente prese in considerazione in precedenza, la rilevanza contrattuale che viene loro riservata in caso di violazione dello *status quo* di una delle parti dimostra che la responsabilità aquiliana non è l'unico istituto deputato alla salvaguardia della sfera giuridica dei soggetti del rapporto obbligatorio. Le pretese che si fondano sulla violazione di un obbligo specifico di protezione si avvantaggiano sempre dell'esistenza di un rapporto obbligatorio, perché la qualificazione della responsabilità in termini contrattuali costituisce una scelta operata dal legislatore, attraverso l'inserimento della tutela risarcitoria all'interno della disciplina legale del rapporto contrattuale⁶⁵.

Il legislatore si è posto il problema di salvaguardare l'integrità delle sfere giuridiche di coloro i quali sono legati da uno specifico vincolo, predisponendo delle specifiche norme riguardanti coloro che entrano tra in contatto attraverso il rapporto obbligatorio⁶⁶. Da questo punto di vista, tali ipotesi sono state riconosciute da autorevole dottrina come la specificazione della regola della correttezza⁶⁷.

Per evitare di ritenere che si possa parlare della buona fede come fonte di obblighi accessori a contenuto protettivo solo con riferimento ad obblighi di conservazione *ex lege*, bisogna risalire alla ragione che ha indotto il legislatore ad evidenziare la dimensione protettiva del rapporto obbligatorio⁶⁸. Nelle fattispecie legali è emersa una più intensa esigenza di protezione a causa della particolare esposizione della persona e dei suoi beni ad un rischio specifico di danno, generato dal rapporto obbligatorio. Preso atto di questo, è possibile dedurre che il criterio della buona fede non può essere limitato soltanto ad alcuni rapporti obbligatori, ma deve essere inteso come l'esplicitazione di una dimensione che è propria di ogni vincolo obbligatorio⁶⁹. Fuori da queste ipotesi, un simile dovere di rispetto della persona o del suo patrimonio scaturisce dalla regola prevista nell'art. 1175 c.c., alla cui osservanza entrambe le parti sono tenute nella fase di esecuzione del rapporto obbligatorio.

65 L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p.110.

66 U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 124 rileva che se “tra i casi giurisprudenziali di responsabilità per danni arrecati, nell'esecuzione del contratto, alla persona o ai beni della controparte, sono assai più frequenti quelli relativi al trasporto che non quelli attinenti agli altri contratti, ciò si spiega con la maggiore pericolosità dell'attività esercitata dal vettore”.

67 L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 518 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi.*, cit., pp. 21 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 22 marzo 2002, n. 4129; Cass. 20 aprile 1998, n. 4012, in *Foro it.*, I, p. 969.

68 U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 77.

69 C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, cit., p. 147.

A questo punto dell'analisi, si può prendere atto che la categoria degli obblighi di protezione non si esaurisce nella ricerca della opzione tra responsabilità contrattuale o aquiliana. È necessario approfondire le clausole generali che entrano a far parte del rapporto obbligatorio e ne influenzano le vicende.

3. Incidenza della struttura complessa dell'obbligazione nella nascita degli obblighi di protezione

La nozione di obbligazione come rapporto complesso è stata introdotta nella dottrina italiana sulla scorta delle teorie tedesche sul punto, ed ha portato ad una nuova visione della struttura del rapporto obbligatorio⁷⁰. Secondo tale filone dottrinale, che in Germania costituisce la quasi totalità della letteratura in tema di obbligazioni, l'obbligazione non è un rapporto a struttura lineare ai cui estremi si posizionano le figure del creditore e del debitore. Essa è invece rappresentabile come una struttura complessa nella quale, al nucleo costituito dall'obbligo primario di prestazione, si affiancano una serie di obblighi collaterali o accessori, la cui funzione è quella di guidare il rapporto obbligatorio verso quel risultato utile che di per sé stesso è diretto a realizzare. Per giungere a tale conclusione, si parte dalla idea di fondo che l'utilità del risultato finale non riguardi solo il creditore, il quale ha diritto a conseguire la prestazione, ma anche il debitore, il quale ha l'interesse all'estinzione del *vinculum iuris*. Questi obblighi, a differenza dell'obbligo principale di prestazione, possono gravare su ambedue le parti del rapporto obbligatorio⁷¹.

⁷⁰ In realtà, una prima distinzione *ante litteram* tra obbligo principale e obblighi accessori pare essere fornita da A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 359 ss., il quale rileva 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”. In particolare, egli osserva che “le obbligazioni accessorie cui si allude devono essenzialmente comprendere l'obbligazione di curare l'incolumità della persona umana durante l'intero svolgimento del rapporto”. Tale prospettazione subisce l'influsso delle obligations de sécurité francesi, elaborate attorno agli anni 1911/1913 nell'ambito proprio del rapporto tra vettore e cliente trasportato. Per un quadro generale della materia, v. F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2002, p. 544 ss.

⁷¹ E. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902, *passim*, tradotta in italiano da G. Varanese, col titolo di *Le violazioni positive del contratto*, con prefazione di R. Favale, Napoli, 2001, *passim*. La soluzione propugnata da Staub venne ripresa da Heinrich Stoll che, senza negare il giudizio di carenza normativa in materia di inadempimento nell'ordinamento tedesco, considera l'indagine sul comportamento del debitore insufficiente per risolvere il problema messo in luce da Staub. Egli suggerisce una soluzione dogmaticamente più completa muovendo dagli interessi che entrano in gioco nel rapporto

Tale ricostruzione, qui semplificata nelle sue linee essenziali, non è ancora integralmente accolta dalla dottrina più tradizionale. Essa rimane fedele alla concezione di stampo romanistico dell'obbligazione come semplice scambio delle prestazioni. Secondo questi autori, tali doveri, lungi dal porsi come obblighi accessori con autonomia di contenuto e di oggetto, o costituiscono niente più che specificazioni dell'obbligazione, il cui contenuto unitario si determina in relazione alla natura della prestazione ed alle modalità di esecuzione, oppure si traducono in puri e semplici oneri, cioè limiti formali riguardanti l'esercizio di un diritto, i quali non sono immediatamente deducibili dalla normativa di correttezza ma vengono esplicitamente previsti da singole disposizioni di legge ad essa ispirate⁷².

Tale inquadramento è stato criticato dalla dottrina ormai maggioritaria, la quale ha superato le critiche che negano l'autonomia degli obblighi di protezione, accogliendo la teoria della buona fede con funzione integrativa⁷³.

Il fondamento positivo dell'obbligazione come struttura complessa trova giustificazione già nell'art. 1175 c.c., inserito nelle "disposizioni preliminari" al titolo I del libro IV, rubricato "Delle obbligazioni in generale"⁷⁴. A questa disposizione ne

obbligatorio. All'interno di questa struttura giuridica, vi è da un lato l'interesse alla prestazione, e dall'altro l'interesse del creditore e del debitore a non subire lesioni alla propria persona o alle proprie cose (*Schutzinteresse*). Il primo viene soddisfatto mediante obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*), che si determinano attraverso il contenuto dell'obbligazione, mentre il secondo viene salvaguardato mediante obblighi di protezione, originati dalla regola di buona fede (*Treu und Glauben*) dettata dal § 242 BGB, ed aventi per contenuto un *facere* o *non facere* a seconda dell'esigenza di tutela destata dalla sfera giuridica della controparte. Così, H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Pr.* 136, 1932, 288. Per una ricostruzione completa della dottrina tedesca sulle violazioni contrattuali positive (*positive Vertragsverletzungen*) come genesi degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*), v. L. LAMBO, *Gli obblighi di protezione*, Padova, 2007, pp. 30-66.

72 Le critiche sono state così riassunte da L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede (dir. civ.)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 171. In questo senso, v. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., pp. 355 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 17 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario codice civile Scialoja – Branca, Artt. 1218-1219*, Bologna-Roma, 1993, pp. 35 ss.

73 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, pp. 68 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 368; G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 87 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, pp. 55 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1960, pp. 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 221 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 158; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 711 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca, Libro IV delle Obbligazioni*, Bologna, 1988, p. 121 ss.; S. CICARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, cui si rinvia per altri riferimenti.

74 Secondo un autorevole autore, L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*,

seguono altre in ambito contrattuale, ed in particolare agli artt. 1366 e 1375 c.c. che vengono considerati come una specificazione più puntuale del dovere di buona fede nelle obbligazioni derivanti da contratto.

Come è noto, la dottrina tedesca ha scelto una suddivisione degli obblighi in oggetto sulla base del loro contenuto, mentre quella italiana ha preferito una distinzione più essenziale elaborata in termini funzionali⁷⁵. In proposito, si individuano tre categorie: obblighi secondari di omissione, obblighi integrativi strumentali e di obblighi di protezione. I primi sono considerati nient'altro che il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione. I secondi sono volti all'approntamento di quanto è necessario od opportuno per l'esatto adempimento. Gli obblighi di protezione, che sono quelli che maggiormente interessano in questa sede, insistono su ciascuna parte del rapporto obbligatorio, ed hanno la finalità di permettere la loro conservazione della sfera giuridica, a tutela delle possibili lesioni che possono verificarsi con maggiore probabilità a causa dell'esistenza stessa del rapporto obbligatorio.

Fornita questa preliminare definizione degli obblighi di protezione, si rende ora necessario definire la loro posizione rispetto all'obbligo principale di prestazione. Secondo l'anticipazione già fornita, gli obblighi secondari di omissione rappresentano l'aspetto negativo della prestazione, mentre gli obblighi integrativi strumentali costituiscono una specificazione di quest'ultima. Da essi differiscono gli obblighi di protezione, perché sono gli unici che possono essere considerati degli obblighi accessori ed in quanto tali autenticamente autonomi rispetto all'obbligazione principale⁷⁶.

cit., pp. 185 ss, 280 ss, 366 ss, gli obblighi in questione e la reciprocità dei medesimi non avrebbe potuto trovare in sede normativa riconoscimento più chiaro di quello che si rinviene nell'art. 1175 c.c.

Altri hanno messo in luce (G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 166) che "il legislatore – prima di riprodurre la vecchia norma sulla diligenza del buon padre di famiglia che è imposta all'obbligato – ha avuto cura di redigere una disposizione senza precedenti(...), sancendo nell'art. 1175 c.c. Che il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza" con ciò prevedendosi "per la prima volta (...) che il comportamento non solo dell'obbligato, ma anche dell'avente diritto soggiace ad un medesimo criterio di valutazione".

75 Da ultimo, v. J. ESSER – E. SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg – Karlsruhe, 1976, pp. 38 ss. e II, 1977, 103 ss., così come richiamato da C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 1; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., pp. 185; 280 ss.; 366 ss.

76 L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, cit., p. 196.

Come già accennato, gli obblighi di protezione trovano la loro origine nella dottrina tedesca, quando Rudolf von Jhering elabora una delle più importanti novità della civilistica moderna: la *culpa in contrahendo*. Tale espressione non è conosciuta dalle fonti romanistiche, e nella nuova sistematica viene collocata all'interno della responsabilità precontrattuale. Jhering si trova ad affrontare una lacuna dell'ordinamento, poiché le ipotesi di comportamento scorretto in sede precontrattuale non sembrano consentire né la sanzione contrattuale né quella extracontrattuale. Partendo da tale vuoto di tutela, egli elabora l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative, che viene limitato al dovere di comunicare all'altra parte la presenza di eventuali cause di invalidità del contratto, regola oggi recepita all'interno dell'ordinamento italiano agli artt. 1337 e 1338 c.c. Attraverso questi articoli viene per la prima volta affermata la responsabilità anche in assenza di un contratto valido, presupposto essenziale per il riconoscimento della responsabilità contrattuale⁷⁷.

Attraverso la *culpa in contrahendo* si viene così a creare un primo collegamento tra quello che è già un danno e ciò che non è ancora divenuto un contratto. Ne deriva un modello di responsabilità ibrido perché assume le caratteristiche funzionali di quella contrattuale, mentre i presupposti sono tipicamente extracontrattuali. A seguito di tale sviluppo teorico, nella pratica si verifica l'effetto di ascrivere all'area del contratto una responsabilità i cui elementi caratteristici sono quelli della tutela extracontrattuale. L'innovazione è evidente, poiché se si fossero seguiti gli orientamenti sino ad allora impartiti si sarebbe dovuta applicare la disciplina dei rapporti tra estranei anziché quella dei rapporti tra le parti.

Altra dottrina tedesca, dedicandosi più specificamente agli obblighi di protezione, sostiene che la lesione di questi ultimi non è altro che una violazione dell'*alterum non laedere* iscritta nell'area contrattuale.

Se queste due posizioni vengono viste in un unico quadro d'insieme, fanno emergere una nuova prospettiva. Infatti, dal momento in cui si iniziano le trattative, e fino alla completa attuazione del rapporto obbligatorio che ne è derivato, il fatto illecito di una parte nei confronti dell'altra da origine a responsabilità contrattuale. Il

⁷⁷ Allo stesso risultato si perviene in caso di danno meramente patrimoniale, che ricopre ipotesi diverse dalla lesione di entità tangibili come i beni o l'integrità personale della controparte, che secondo la visione allora dominante costituiva il presupposto della responsabilità aquiliana.

modello che ne deriva si differenzia, come anticipato, da quello di tradizione romanistica secondo il quale la responsabilità *ex contractu* è destinata a sanzionare esclusivamente l'inadempimento dell'obbligo di pura prestazione. Resta comunque il fatto che la responsabilità contrattuale ha un'area di applicazione più ampia rispetto a quella precontrattuale, poiché quest'ultima è diretta a tutelare solo l'interesse patrimoniale generico della controparte durante le trattative. La responsabilità contrattuale, invece, alla lesione dell'interesse patrimoniale specifico individuato dall'oggetto del contratto (o *bargain* secondo la terminologia anglosassone), affianca la tutela contro le violazioni degli obblighi di protezione che, come visto prima, indicano una lesione dell'interesse patrimoniale generico⁷⁸.

Prendendo spunto dalla dottrina tedesca, occorre adesso verificare se anche nel nostro ordinamento vi siano elementi che permettono di affermare che il rapporto obbligatorio ha effettivamente una struttura complessa. Si potrà giungere ad una conclusione positiva solo dopo aver verificato l'esistenza di obblighi di protezione accanto all'obbligo primario di prestazione. Come già anticipato, la risposta pare essere affermativa e trova nell'art. 1175 c.c. il suo fondamentale basamento. Questa norma va inquadrata in una visione che comprende anche gli artt. 1337, 1366 e 1375 c.c., che statuiscono per entrambe le parti il dovere di comportarsi secondo le regole della correttezza. Più in particolare, l'art. 1337 c.c. richiede il comportamento secondo buona fede nella fase precontrattuale; l'art. 1375 prescrive l'osservanza della buona fede nell'esecuzione del contratto (c.d. *bona fides in executivis*), e l'art. 1366 c.c. consacra il ruolo integrativo del contenuto del contratto della buona fede.

Queste disposizioni indicano con chiarezza che il rapporto obbligatorio non è costituito dalla sola obbligazione, e che il contratto non è un semplice affare che le parti hanno voluto sancire attraverso un vincolo. L'obbligazione, sia essa generata da un contratto o da un'altra fonte, non vive separata dalla sfera giuridica delle parti

⁷⁸ Sulle categorie di origine tedesca C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., pp. 2 ss, il quale afferma che "pur accomunabili sotto il profilo del risultato come categorie di un disegno storico che all'analisi ex post si rileva oggettivamente unitario, *culpa in contrahendo* e *Schutzpflichten* generano da punti di partenza diversi, mentre Jhering cerca di rispondere positivamente ad un'alcuna della responsabilità aquiliana tedesca (ndr tipicità illecito), i doveri di protezione sono il frutto maturo di una elaborazione sollecitata mezzo secolo più tardi da una lacuna della disciplina dedicata dal codice civile germanico, il BGB, alla responsabilità contrattuale. In esso manca ancora oggi una previsione per le violazioni contrattuali positive (*positive Vertragsverletzungen*), secondo l'espressione di Hermann Staub che le mise in evidenza), le ipotesi cioè in cui il debitore, pur non essendo in mora né avendo causato l'impossibilità della prestazione, ponga in essere dei comportamenti contrari all'attuazione dell'obbligo".

contraenti, ragion per cui gli interessi di cui esse sono portatrici vengono tutelati secondo lo stesso modello che è previsto per l'inadempimento.

Se gli obblighi di protezione estendono la tutela contrattuale alla sfera soggettiva delle parti nel loro complesso, la loro funzione è sostanzialmente analoga al principio del *neminem laedere* che presiede all'area dell'illecito aquiliano. Ne consegue che la loro violazione è attratta al regime della responsabilità contrattuale, proprio perché deriva dalla violazione di un obbligo.

L'autonomia degli obblighi di protezione non si esplica solo sul piano funzionale, ma anche su quello strutturale. Su questo punto il panorama dottrinale si presenta composito. In primo luogo è affermato con frequenza che la fonte degli obblighi di protezione è il contratto stesso, dove essi si pongono come effetti integrativi⁷⁹. Altri invece sostengono che la natura degli obblighi di protezione è in ogni caso di fonte legale, come si avrà modo di osservare quando affronteremo il contratto con effetti protettivi per i terzi⁸⁰. Al momento si può anticipare l'affermazione secondo la quale gli obblighi di protezione sono il frutto dell'integrazione del rapporto obbligatorio generata dalla correttezza, in ossequio al principio di solidarietà costituzionale⁸¹. Essi trovano la loro fonte direttamente nella legge, come già avviene per il rapporto obbligatorio in generale, e non solo per il contratto.

4. Il principio di buona fede e correttezza

Una parte degli autori che si sono occupati *ex professo* della problema degli obblighi di protezione ha ravvisato un punto di partenza nell'art. 1175 c.c., ossia nel dovere di correttezza.

Svolgendo un brevissimo *excursus* storico per meglio capire le dinamiche attuali, si può sottolineare che il progetto ministeriale del 1936 prevedeva l'obbligo del debitore, nell'eseguire la prestazione, di comportarsi secondo le regole della buona fede. Il testo definitivo, però, trasformò la disposizione facendo riferimento anche al

79 Vedi infra, pr. 4

80 Vedi infra, pr. 7

81 L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., p. 393.

creditore, e sostituendo al concetto di buona fede quello della “correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa”, con un evidente richiamo all'ideologia del regime. La scelta probabilmente derivò dalla convinzione che la buona fede fosse una nozione troppo soggettiva e legata ad un criterio individualistico di valutazione, mentre il regime pretendeva di elevare a criterio sostanziale della disciplina delle obbligazioni un principio carico di solidarietà e socialità, per dare maggiore risalto all'interesse generale. È chiaro comunque che l'art. 1175 c.c., nella sua complessiva formulazione, ha risentito dell'ideologia che dominava il momento storico in cui venne elaborato. Caduto il regime, il principio di correttezza è stato ripulito dei riferimenti alla solidarietà corporativa, ed al momento attuale è comunque interessante verificare se esso non possa, anche alla luce dei principi costituzionali, acquistare una nuova funzione.

Partendo dal presupposto che tra correttezza e buona fede è difficile stabilire rigorose differenze semantiche, per evitare confusioni terminologiche sarebbe stato più utile per il legislatore fare un più ampio e chiaro riferimento all'estensione del dovere di comportarsi secondo buona fede in tutte le fasi del rapporto obbligatorio. Se lo stesso viene interpretato come “quell'aspirazione generalizzata alla instaurazione di una garanzia sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, che, come è noto, rappresenta la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell'intero sistema”,⁸² esso rappresenta quei valori che, in primo luogo a livello costituzionale, servono a finalizzare la nozione di correttezza.

Dall'analisi del dettato normativo emerge che il principio di correttezza si avvicina, fino a confondersi, con la buona fede in senso oggettivo, intesa come dovere di comportarsi lealmente e onestamente nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)⁸³.

Di conseguenza emerge il problema del coordinamento tra gli artt. 1175 e 1375 c.c..

⁸² U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 36.

⁸³ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 154 ss.; M. BESSONE – A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, pp. 1 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, pp. 613 ss.; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 709 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede e l'esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, IV, 2, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 765 ss.; G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, pp. 155 ss.; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, pp. 31 ss.

Un primo indirizzo interpretativo ha fatto leva sui destinatari dei doveri in essi stabiliti: l'art. 1175 si rivolge in primo luogo al creditore, imponendogli un dovere di correttezza, dato che al debitore già si rivolge l'art. 1176 c.c.. L'art. 1375 c.c., invece, è destinato solamente al debitore, che è tenuto ad eseguire il contratto secondo buona fede⁸⁴.

A tale prospettazione sono stati mossi alcuni rilievi. In primo luogo, l'esecuzione del contratto investe un momento più ampio del semplice adempimento dell'obbligo, perché coinvolge entrambe le posizioni dei contraenti, e quindi anche quella del creditore. Per quanto riguarda poi la tesi che fa leva sulla supposta superfluità del dovere di correttezza imposto al solo creditore, dato che sul debitore già graverebbe l'obbligo di diligenza, l'analisi che seguirà avrà come oggetto anche la verifica di tale assunto. Per il momento si può anticipare che appare maggiormente coerente una lettura che collochi diligenza e buona fede in diversi momenti della esistenza dell'obbligazione.

Qualunque tentativo di ricostruzione non può comunque prescindere dalla visione di un percorso evolutivo nel quale il principio di correttezza viene recepito come *regula aurea* del diritto delle obbligazioni. Le conclusioni raggiunte portano a ritenere che correttezza e buona fede non possano escludere o limitare la loro influenza in ragione della presenza reciproca. Infatti, è molto probabile che la portata più ampia e innovativa del principio di correttezza abbia influenzato positivamente lo spazio che tradizionalmente si riserva al principio di buona fede. La regola di correttezza ha una ampiezza operativa che si estende alla generalità dei rapporti obbligatori, tale da rendere storicamente superata qualsiasi contrapposizione tra buona fede e correttezza.

Per la dottrina largamente prevalente, i principi enunciati agli artt. 1175 e 1375 c.c. operano nello stesso ambito, rappresentato “dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazione del principio di solidarietà”⁸⁵. Si è affermato che il principio contenuto nelle due norme è identico: si

84 G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1973, p.323; della stessa opinione M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*. Milano, 1968, p. 918, secondo il quale “il dovere di comportarsi secondo correttezza posato 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)”.

85 S. RODOTÁ, *Le fonti dell'integrazione del contratto*, cit., p. 150; cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 5.

tratta sempre della buona fede in senso oggettivo, una regola che detta lealtà e correttezza, due principali canoni di condotta che “devono caratterizzare le prestazioni di due soggetti posti formalmente sullo stesso piano”⁸⁶.

Per completezza bisogna riportare anche l'opinione di chi ha sostenuto che correttezza e buona fede rispondono ad esigenze di civile convivenza, ma sarebbero finalizzate ad aspetti differenti di questa esigenza. Vi sarebbe un primo aspetto puramente negativo, nel senso che ciascun consociato può pretendere un comportamento di rispetto della propria sfera di interessi, mentre ve ne sarebbe un altro positivo in base al quale ciascun consociato può, in determinate situazioni, pretendere una operosa collaborazione dagli altri. Il legislatore si sarebbe fatto carico di queste diverse esigenze coniano per le prime l'art. 1175, il quale impone doveri solo negativi, mentre l'art. 1375 avrebbe la funzione di imporre anche obblighi di carattere positivo⁸⁷.

Tale opinione non pare potersi accogliere perché buona fede e correttezza potrebbero operare attraverso l'imposizione di obblighi sia positivi che negativi, fermo restando che in molti casi appare arduo distinguere gli uni dagli altri. Dunque, essa finisce col fornire basi poco sicure per distinguere la correttezza dalla buona fede. Ad esempio, il datore di lavoro è tenuto ad adottare particolari misure cautelari, consistenti in obblighi di carattere positivo che tutelino l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore. Secondo tale prospettiva, questi obblighi positivi dovrebbero fondarsi sulla buona fede, ma vi sarebbe una contraddizione con la premessa per la quale essi impongono obblighi positivi al fine di una “operosa collaborazione” in base alla buona fede, mentre in questo caso vi è la diversa esigenza di garantire l'integrità e la personalità del lavoratore, e quindi di far operare obblighi

86 In questi termini, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., pp. 227 ss.; cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., p. 86; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 290 ss.; F. BENATTI, *La buona fede nell'obbligazione e nei contratti*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988, p. 289; L. ROVELLI, voce *Correttezza*, in *Dig. civ.*, Torino, 1989, p. 423; M. BESSONE – A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 2; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 239, il quale effettua una sintesi delle funzioni svolte dalla clausola di *Treu und Glauben*. Per una visione della buona fede come elemento composito, v. G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Padova, 2004, pp. 40 ss., il quale prospetta l'esistenza di una pluralità di figure (tutte facenti parte del *genus* della buona fede oggettiva), affermando che “tali figure vengono chiamate dalla legge ad operare in ambiti giuridici diversi al fine della produzione di distinti effetti giuridici, funzionali al fenomeno giuridico in cui esse operano”. *Contra*, v. L.LAMBO, *Gli obblighi di protezione*, cit., p. 84.

87 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 67-68.

negativi. Il principio di buona fede, così interpretato, viene a confondersi con il generico dovere dell'*alterum non laedere* che è proprio della responsabilità extracontrattuale.

Come accennato in precedenza, le basi normative del processo che ha portato all'emersione di obblighi di protezione si rinvengono già nella codificazione civile del 1942. L'elemento fondamentale è costituito dalla nascita del dovere di correttezza, formulato in termini di regola generale accanto agli art. 1173 e 1174 c.c.. Si tratta di una regola che può svolgere la funzione di integrazione dell'obbligazione, anche indipendentemente dalla volontà delle parti. Tale norma trova fondamento nell'art. 1175 c.c., che nelle decisioni della più recente giurisprudenza si pone come base per una visione rispettosa del principio di solidarietà tra debitore e creditore. Anzi, secondo la migliore dottrina, essa si candida ad arricchire la struttura dell'obbligazione in termini "più puntuali" rispetto ai risultati raggiunti nell'ordinamento tedesco con la regola di buona fede contenuta nel BGB⁸⁸.

Un primo passo verso l'allargamento della struttura dell'obbligazione è stato compiuto grazie agli studi sull'interesse del debitore all'adempimento. Infatti, gli istituti della *mora credendi* e dell'offerta reale sono stati la base per delineare l'obbligazione come rapporto complesso, composto strutturalmente da "due rapporti giuridici, incentrati rispettivamente nella prestazione e nella cooperazione"⁸⁹. Viene così proposto un modello di rapporto obbligatorio nel quale la finalità non è costituita solamente dalla realizzazione dell'interesse alla prestazione, ma anche quello di tutelare la sfera giuridica delle parti, in modo da salvaguardare beni e valori non rientranti nell'oggetto dell'obbligazione. Per raggiungere questo scopo viene riconosciuto al principio di correttezza- buona fede oggettiva il ruolo di fonte di obblighi accessori alla prestazione. Per giungere a tali risultati, i giuristi italiani hanno fatto buon uso dei risultati raggiunti dagli studiosi tedeschi sul tema del rapporto complesso.

Una dottrina particolarmente acuta, prima che venisse consapevolmente introdotta la teoria sulla natura complessa del rapporto obbligatorio, sostenne che "il debitore di una obbligazione è tenuto a tutte le obbligazioni accessorie che

88 L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 509.

89 L'espressione testuale è di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pp. 52 ss.

rappresentano il mezzo necessario per il raggiungimento dello scopo economico dell'obbligazione principale"⁹⁰. Da ciò consegue che "le obbligazioni accessorie cui si allude devono necessariamente comprendere l'obbligazione di curare l'incolumità della persona umana durante l'intero svolgimento del rapporto"⁹¹.

Dunque, la buona fede-correttezza non ha solamente il compito di esprimere compiutamente quello che è il contenuto dell'obbligo che ha come oggetto la prestazione, poiché una simile visione appare riduttiva e mal si concilia con il carattere di reciprocità che emerge dall'art. 1175 c.c.. Inoltre, si corre il rischio di confondere le sfere di competenza di buona fede e diligenza, in quanto entrambe le regole opererebbero nella fase di attuazione del rapporto e farebbero leva sul medesimo obbligo scaturente dal rapporto tra creditore e debitore, ossia sull'obbligo di prestazione.

Resta preferibile, quindi, l'orientamento che riconosce gli obblighi di protezione come obblighi che originano dalla correttezza-buona fede oggettiva e accedono al rapporto obbligatorio in vista dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona o le proprie cose dalla specifica possibilità di lesione, che deriva dalla particolare relazione costituitasi fra il creditore e debitore della prestazione⁹².

Una volta enunciato il principio generale per il quale buona fede e correttezza non esprimono concetti distinti e hanno un comune ambito di riferimento, è necessario verificare i profili o momenti di applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.. Sotto questa ottica si impone una precisazione: la valutazione della efficacia integrativa della regola di correttezza-buona fede oggettiva non può prescindere dal tipo di interesse oggetto dello specifico rapporto obbligatorio⁹³. Mentre non è

90 A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, pp. 359 ss.

91 A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, ult. op. cit., p. 359.

92 L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, cit., p. 368.

93 La lesione che viene in rilievo è sempre quella che concerne interessi distinti da quello positivo alla prestazione. Secondo alcuni autori, la prestazione può essere stata eseguita (ed il relativo dovere estinto) prima che il pericolo insito nel contatto si trasformi in pregiudizio attuale. Viceversa, l'attività esecutiva può non aver avuto ancora inizio, ed il danno essersi già verificato. Così, G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 4. Secondo l'opinione di DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 410, non si possono determinare aprioristicamente una serie di doveri reciproci di comportamento, ma di una serie di doveri che si attualizzano nella attuazione del rapporto obbligatorio, sulla base del principio di buona fede e in funzione delle esigenze che si manifestano. In argomento, v. anche U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 12, il quale assegna alla buona fede oggettiva il ruolo di criterio correttivo dello *strictum ius* (ove questo dovesse produrre risultati incongrui, poco opportuni o comunque ingiusti per l'uso delle parti), e sottolinea che "tale criterio può, nei singoli

contestabile che la clausola di correttezza può svolgere un proprio ruolo anche in relazione al contenuto del contratto, restringendo l'autonomia privata e accentuando la valutazione obiettiva del contratto stesso, occorre però riconoscere che l'effetto integrativo si evidenzia quanto più esso si allontana dall'interesse alla prestazione. Questo si verifica quando lo specifico obbligo non appaia percepibile come destinato a soddisfare l'interesse primario alla prestazione. Il principio di cui all'art. 1175 c.c. sembra quindi avere una portata più ampia rispetto a quello sancito nell'art. 1375, poiché possono essere attratti all'area del rapporto obbligatorio interessi diversi da quelli volti ad ottenere beni o servizi mediante il comportamento del debitore.

Tale ricostruzione consente di affermare che sia in presenza della lesione dell'interesse alla prestazione di cui all'art. 1174 c.c., sia della lesione di un bene appartenente al creditore o al debitore, diverso da quello dedotto in obbligazione, ci si trova comunque di fronte ad un caso di responsabilità contrattuale. All'interno del rapporto obbligatorio tutti gli interessi ricevono eguale tutela: in esso possono trovare soddisfazione anche le esigenze di prevenzione che difficilmente possono avere adeguata protezione attraverso i meccanismi della responsabilità aquiliana.

Tuttavia, parte della dottrina ha criticato il presupposto che la categoria degli obblighi di protezione sia fondata sull'art. 1175 c.c., sostenendo che tale costruzione può essere accantonata se si guardi al contenuto della prestazione che spetta al debitore. Infatti, già in base alla natura della prestazione sarebbe possibile individuare i comportamenti dovuti dal debitore per considerare esattamente adempiuta l'obbligazione.

Gli obblighi di protezione sono dunque momenti nei quali si specifica la prestazione principale, alla stessa stregua degli altri obblighi integrativi volti a soddisfare il programma negoziale. A tal fine si adduce l'esempio del trasporto di persone, nel quale l'obbligazione del vettore non si esaurisce nel trasportare a destinazione una persona, ma si arricchisce di tutte quelle cautele idonee ad evitare che durante il trasporto la persona stessa o i suoi beni possano subire dei danni⁹⁴. Il fatto che vi possa essere una responsabilità per il ritardo o per la mancata esecuzione del trasporto, concorrente rispetto alla violazione degli obblighi di protezione, non

casi portare a conseguenze diverse, specificandosi esso [...] in base alle circostanze che caratterizzano, di volta in volta, il rapporto”.

94 U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 18 ss. Nello stesso senso, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., p. 94.

porta come conseguenza l'emersione di due tipi diversi di obblighi. Infatti, la prestazione dovuta rimane una, la quale, nel momento della esecuzione, si specifica in due aspetti che costituiscono il “contenuto unitario della prestazione di trasporto”⁹⁵.

Per questo motivo, alcuni autori ritengono che il momento della protezione, anche se non viene espressamente preso in considerazione dalla normativa, dovrebbe essere considerato un elemento essenziale della prestazione, la cui esatta determinazione va effettuata tenendo conto della natura specifica della stessa. La difesa della integrità fisica e patrimoniale del creditore costituisce, in sostanza, il contenuto della prestazione, e non da origine ad autonomi obblighi. In questa prospettiva la buona fede diviene un criterio di valutazione della condotta che acquista rilevanza solamente nella fase di esecuzione della prestazione.

Alla luce delle considerazioni sin qui riportate, pare potersi affermare che questa concezione denota una certa diffidenza verso le teorie che descrivono l'obbligazione come istituto a struttura complessa. Per poter verificare la fondatezza di queste posizioni è necessario verificare se, oltre alla prestazione, vi possono essere altri momenti del rapporto obbligatorio che giustifichino il richiamo agli obblighi di protezione.

A questo scopo pare opportuno esaminare il rapporto tra il principio di buona fede e quello di diligenza. Spesso le due nozioni vengono confuse, in quanto una serie di obblighi potrebbero indifferentemente appoggiarsi tanto al principio di buona fede-correttezza ex art. 1175 c.c. quanto al quello di diligenza ex art. 1176 c.c. Ad una prima analisi è possibile escludere la commistione, in quanto l'art. 1176 c.c. riferisce il dovere di diligenza al solo debitore, escludendo quel carattere di reciprocità che caratterizza il dovere di correttezza. Tuttavia, appare preferibile andare oltre il dato meramente formale per cogliere la differenza esistente tra la regola della buona fede e la diligenza. Il principio di buona fede ha gradualmente assunto la funzione di integrazione del contenuto dell'obbligazione, e questo anche al di là delle esigenze che si possano manifestare durante la fase dell'adempimento.

Il criterio di diligenza è raffigurabile come un dovere di sforzo e di impegno che si impone al debitore non solo in vista dell'adempimento, ma anche per mantenersi in grado di adempiere. La buona fede viene invece richiamata per esigere

95 NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 18 ss.

dal debitore o dal creditore condotte o comportamenti ulteriori rispetto a quelli che *strictu sensu* riguardano l'adempimento della prestazione o il mantenimento della possibilità di eseguirlo. Il principio di buona fede è venuto così caricandosi anche della ulteriore funzione di limite a ciò che può essere richiesto alla o dalla parte, oltre a fungere da integrazione dell'oggetto della prestazione.

A sua volta, la regola della diligenza non ha più necessità di appoggiarsi al principio di buona fede per poter operare concretamente. Essa si è affrancata dalla buona fede ed ha assunto l'aspetto di regola tecnica, la quale impone un dovere personale di prestazione, ma anche di porre in essere tutti quei mezzi che rendono possibile l'attuazione di tale dovere. La norma dettata dall'art. 1176 c.c. non può essere invocata per scrutinare l'attività posta in essere da ciascuna delle parti del rapporto, in quanto essa costituisce una regola di valutazione del comportamento del solo debitore⁹⁶. L'assurdo al quale si arriverebbe seguendo la tesi degli obblighi di protezione come concretizzazione della regola della diligenza è dato dal fatto che per i danni cagionati dal debitore al creditore la responsabilità sarebbe di natura contrattuale, per i danni causati dal creditore al debitore si dovrebbe parlare di responsabilità extracontrattuale.

Come indicato in precedenza, l'art 1176 c.c. esprime il criterio per comparare la conformità del comportamento del debitore con quello dovuto, come criterio alla stregua del quale apprezzare la violazione del limite individuato dalle norme sulla correttezza, e dunque come criterio tipico di responsabilità⁹⁷. Tale criterio non sembra in grado di aggiungere ulteriori obblighi aventi una funzione autonoma rispetto all'obbligazione fondamentale. Infatti, i doveri integrativi che si vogliono individuare sono solo indicazioni specifiche della natura della prestazione che il debitore deve eseguire⁹⁸.

96 F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pag. p.1351 ss.

97 S. RODOTÀ, voce *Diligenza (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, p. 542.

98 U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 2, cit., pp. 46 ss, secondo il quale “non potrebbe trattarsi che di esprimere in termini diversi quella medesima esigenza che è nella stessa essenza dell'obbligazione e che, del resto, è espressa dall'art. 1218 (e più esplicitamente lo era già nell'art. 1218 c.c. 1865), in riferimento alla necessità dell'esatto adempimento, risolvendosi abbastanza chiaramente nella necessità che il debitore metta in essere quanto è indispensabile perchè l'adempimento abbia luogo esattamente”.

5. La diligenza

Procedendo con l'analisi sistematica delle disposizioni del codice civile che possono essere utili a trovare il fondamento legale degli obblighi di protezione, ci si soffermerà ora sul principio della diligenza ex art. 1176 c.c. A tale principio sarà dedicato uno spazio più ampio di quello che generalmente viene riservato nelle trattazioni italiane sull'argomento. Tale scelta, come si potrà meglio apprezzare in seguito, è determinata dall'importanza che la diligenza assume negli ordinamenti di *common law* quale fonte di responsabilità. Poiché il presente lavoro si propone proprio l'obiettivo di analizzare comparativamente la fonte della responsabilità nel sistema italiano ed in quello statunitense, con particolare riguardo agli interessi tutelati in concreto con la categoria degli obblighi di protezione italiani, pare opportuno dedicare alla diligenza una attenzione particolare. In particolare, occorre indagare se anche nel nostro ordinamento essa può essere fonte della responsabilità così come avviene nel *common law*.

La collocazione topografica dell'articolo del codice civile sulla diligenza non è casuale, ma risente del fatto che la tradizione storica ha ritenuto che la diligenza fosse una specificazione del principio di buona fede⁹⁹. Al contrario, le opinioni dottrinali più recenti hanno sostenuto che dalla stessa derivino direttamente gli obblighi di protezione¹⁰⁰. La diversa collocazione delle regole di correttezza e diligenza, la prima nel capo relativo alle disposizioni preliminari alle obbligazioni in generale, e la seconda in quello relativo all'adempimento, ha indotto a ritenere che i due principi siano caratterizzati da una diversa funzione.

In primo luogo, l'art. 1176 c.c. riferisce il dovere di diligenza al solo debitore, escludendo la reciprocità che invece caratterizza il dovere di correttezza. Inoltre, la diligenza sembra riferirsi alla sola attività strumentale richiesta al debitore ai fini dell'adempimento, mentre il dovere di correttezza riguarderebbe lo stesso contenuto del rapporto obbligatorio¹⁰¹.

99 L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato"*, cit., p. 203.

100 C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 478.

101 Non potendo riportare un discorso approfondito sui rapporti tra diligenza e buona fede, si può sottolineare che ad avviso della dottrina prevalente il disposto dell'art. 1176 fornisce solamente una regola volta a guidare la valutazione di legittimità del comportamento tenuto dal debitore (v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 2, pp. 46 ss; S. RODOTÀ, op. ult. cit., 544 ss; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*. Volume II – *Integrazione del contratto*. *Suoi effetti reali*

Secondo la dottrina prevalente, il principio di buona fede ha acquisito, attraverso un lungo percorso evolutivo, il compito di strumento di integrazione del contenuto dell'obbligazione, lasciando alla regola della diligenza l'aspetto di regola tecnica intesa come dovere personale di porre in essere tutti quei comportamenti che rendano possibile l'attuazione dei tale dovere. Alcuni autori danno atto che, sulla base di queste premesse, i confini tra le due funzioni appena citate risultano mobili. Anticipando brevemente quanto si analizzerà meglio più avanti, per le c.d. obbligazioni di mezzi la diligenza, oltre a fungere da criterio di valutazione della responsabilità, può acquistare il ruolo di misura del contenuto dell'obbligo, delimitando ciò che deve intendersi, nei singoli casi, come esatta prestazione¹⁰².

Il richiamo alla diligenza del buon padre di famiglia non ricorre soltanto nell'art. 1176 c.c., ma anche con riguardo a singoli rapporti obbligatori, siano essi di fonte legale o contrattuale¹⁰³. Per chiarire il rapporto esistente tra la previsione generale di cui all'art. 1176 e le figure specifiche, è stato sostenuto che queste ultime nascono dalla necessità di adeguare il criterio generale di diligenza alle ipotesi concrete basate sul rapporto specifico. Tuttavia, tale tesi appare poco convincente se si osserva che a questa funzione già assolve il secondo comma dell'art. 1176 c.c., secondo il quale la misura della diligenza va determinata con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

ed obbligatori. Artt. 1374-1381, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 185). in realtà anche la dottrina che ravvisa nell'art. 1176 un dovere di protezione definisce la diligenza come un criterio di responsabilità, il che, si è detto (A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p.455) mette capo a una contraddizione, in quanto non si può assegnare "a quel che viene definito un criterio di responsabilità la funzione di integrare il contenuto (normativo) dell'obbligazione". Tale criterio presuppone già l'individuazione dell'obbligo al quale il debitore è tenuto ad assumere comportamenti volti a salvaguardare gli interessi del creditore. Assegnare "alla diligenza compiti e funzioni che spettano, più a monte al principio di buona fede non giova alla chiarezza del fenomeno" (così A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 321 e 455).

102A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, p. 40 riferisce che vi sono sistemi, come quello tedesco, i quali non disponendo di una clausola generale sull'esatto adempimento (art. 1218 c.c.), come il Codice tedesco, hanno impiegato il dovere di diligenza e/o la nozione di colpa per imporre *in executivis* all'obbligato doveri strumentali positivi di esattamente adempiere alla prestazione dovuta. Al riguardo si rinvia alla teoria delle violazioni contrattuali positive.

103A volte il termine diligenza viene accompagnato ad una qualificazione ulteriore: ordinaria (art. 1227 c.c.), normale (1431 c.c.), del buon padre di famiglia (1176 c.c.). Per i rapporti *ex lege* si possono richiamare i casi della diligenza dovuta dal tutore (382 c.c.), dall'esecutore testamentario (703 c.c.), dall'usufruttuario (1001-2 c.c.), dal possessore tenuto alla restituzione della cosa e dei frutti (1148 c.c.) e dal gestore di affari altrui (2030 c.c.). Per i rapporti che hanno origine da contratti, si può ricordare la diligenza dovuta dal conduttore circa l'uso della cosa locata, (1587, n. 1, c.c.), dal mandatario in ordine all'esecuzione del mandato (1710 c.c.), dal depositario per la custodia (1768 c.c.), dal comodatario per la custodia e la conservazione della cosa avuta in comodato (1804 c.c.).

Nel codice civile vigente, l'art. 1176 c.c. si riferisce alla diligenza del buon padre di famiglia; anche il codice del 1865, sulla falsariga del codice francese (art. 1137 *code civil*), utilizzava lo stesso parametro, mentre il codice tedesco fa riferimento alla “diligenza richiesta nella vita degli affari” (§ 276 BGB). Sistemi giuridici più pragmatici come quello anglosassone, hanno scelto di non adottare un criterio simile, preferendo che la valutazione dell'agire diligente, ossia dello *standard of reasonable care*, sia desunto dalle circostanze del caso.

A prima vista, sembrerebbe che la tradizione italiana e francese siano rimaste legate ad un modello di comportamento ormai superato, mentre il codice tedesco sembra essere maggiormente consapevole dei nuovi valori di cui si fa carico il diritto delle obbligazioni, in quanto diritto dei traffici economico-giuridici. La Relazione al Codice Civile si fa invece carico di chiarire che la figura del *bonus pater familias* non si risolve in un concetto di uomo medio “ricavabile dalla pratica della media statistica”, ma vi contrappone un concetto di “cittadino e produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici, il clima politico. Oggi il buon padre di famiglia è, in conformità alla dottrina fascista, il cittadino e il produttore memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità”. Opportunamente depurata dai riferimenti al regime, emerge una figura che recupera in tempi moderni una creazione del diritto romano, la quale permette un costante adeguamento alle esigenze dei traffici giuridici. La scelta di un tale criterio astratto ha fatto sì che i vari gradi di diligenza elaborati nella tradizione romanistica in relazione alla colpa (*culpa levissima*, etc) venissero unificati nella figura del buon padre di famiglia, senza riguardo per la condizione soggettiva del debitore.

Al contrario, l'adozione di un criterio di diligenza “in concreto” all'interno della teoria della colpa porta ad una nozione soggettiva, con un giudizio individualizzato che opera quando “nella determinazione del comportamento che si sarebbe potuto tenere e perciò pretendere, si tenga conto delle capacità dell'obbligato e dei suoi limiti”¹⁰⁴.

Altro modello in astratto praticabile è quello nel quale al giudice viene affidato il compito di stabilire la misura della diligenza richiesta, avuto riguardo alle

104P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1975, pp. 239; 323.

circostanze del caso concreto. In questo tipo di sistema il compito affidato al giudicante porta ad un giudizio individualizzato di diligenza, non potendo lo stesso trascurare di valutare le concrete capacità esibite dal debitore, e le circostanze in cui quelle capacità sono state esercitate. In sostanza, il nostro codice determina in astratto la misura dello sforzo dovuto, senza riguardo per le condizioni personali del singolo debitore, ma questa misura di sforzo sarà omogenea per tutti i rapporti appartenenti al tipo considerato¹⁰⁵.

Nel nostro ordinamento sono anche presenti alcune disposizioni nelle quali la regola della diligenza del buon padre di famiglia può essere valutata dal giudice “con minore rigore”: si tratta di ipotesi in cui l'assunzione dell'obbligo avviene a titolo gratuito e sono rivolte ad orientare la decisione del giudicante¹⁰⁶. In esse, il giudice può tenere conto di tutte quelle circostanze del caso concreto che abbiano impedito all'obbligato di impiegare lo sforzo od impegno astrattamente richiesto per l'adempimento. La previsione di queste ipotesi in cui la responsabilità può essere valutata con minore rigore sembra escludere che, al di fuori dei casi espressamente indicati, vi sia spazio per interpretare la regola della diligenza in senso più favorevole al debitore.

Accanto alle fattispecie appena esaminate, ve ne sono altre in cui la valutazione del comportamento dell'obbligato deve essere effettuata con maggiore rigore. Ad esempio, nel caso del contratto di trasporto (art. 1681 c.c.), il vettore, per ottenere l'esonero da responsabilità, deve provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Più precisamente, è stato rilevato che, nel caso del contratto di trasporto, la misura della diligenza viene semplicemente adeguata alla natura della attività e della prestazione dedotta ad oggetto del rapporto¹⁰⁷.

Infine, vi sono le ipotesi, come la responsabilità dell'albergatore per deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate in albergo ex art. 1783 c.c., in cui la responsabilità del debitore assume carattere oggettivo. Dunque, la responsabilità prescinde dalla mancata osservanza della regola della diligenza, perché è legata ad eventi che oggettivamente costituiscono inadempimento dell'obbligazione. In questi casi, le cause di esclusione della responsabilità che le accompagnano,

105A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, cit., p. 47.

106Le fattispecie coinvolte sono descritte negli artt. 1710; 1768, comma 2; 1812; 1821, comma 2 del codice civile.

107A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, cit., p. 48.

opereranno come come eventi che non escludono la colpa, ma recidono lo stesso rapporto di causalità tra il comportamento ed il danno prodotto¹⁰⁸.

All'interno del concetto generale di diligenza vengono poi individuati diversi profili: da un lato essa viene intesa come tensione della volontà, sforzo o impegno nella produzione di un determinato risultato, valutata alla stregua di uno standard tipico-sociale. Dall'altro viene utilizzata una nozione che racchiude in sé il patrimonio di esperienze tecniche e competenze che sono di pertinenza del settore di attività considerato. Nel primo caso ci si trova in presenza di un giudizio rapportato agli *standards* dell'agire comune, mentre nel secondo caso il giudizio avrà principalmente carattere tecnico, dovendosi verificare, sulla base di criteri oggettivi, se il debitore ha adempiuto utilizzando quella perizia che è prevista da un professionista di preparazione professionale e di attenzione media¹⁰⁹.

Quindi, nel caso della valutazioni di un comportamento del debitore che non sia riconducibile ad alcun mestiere o professione, si farà riferimento a quello standard tipico sociale che riassume il patrimonio di esperienze dell'uomo medio. In caso contrario il parametro sarà costituito dalle speciali cognizioni e abilità tecniche che caratterizzano il settore di attività ossia le c.d regole dell'arte. Il riferimento effettuato dal 2° comma dell'art. 1176 c.c. va inteso non al tipo di rapporto o di prestazione dovuta, ma allo “stato dell'arte” che caratterizza la natura dell'attività svolta dal debitore. Secondo la dottrina prevalente questi aspetti della diligenza possono sempre concorrere perché sarebbe contrario al buon senso se, una volta che al debitore viene richiesto un bagaglio tecnico medio di perizia, lo si ritenesse poi esonerato dal rispetto delle regole della comune prudenza, anche e soprattutto nel momento in cui mette in opera quel bagaglio tecnico di sua conoscenza¹¹⁰. Questo significa che il rispetto di regole tecniche o di particolare perizia deve sempre presupporre anche il rispetto delle regole della comune prudenza.

Applicando questi presupposti, è stata proposta una soluzione al problema dell'applicabilità della attenuazione della responsabilità per i debitori-professionisti ex art. 2236 c.c., quando la prestazione richiesta implichi la soluzione di problemi tecnici

108L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXX, p. 1094, il quale parla di “modello oggettivo di imputazione”, pur limitato dai concetti di caso fortuito e forza maggiore.

109Cass., 23 maggio 1975, n. 2046, in *Mass. Giust. Civ.*, 1975, 2052.

110 C. CASTRONOVO, *Art. 1176*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Cendon, Torino, 1997, p. 29; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 241.

di particolare difficoltà. L'abbassamento del grado di diligenza richiesto si riferisce alla sola perizia e non alla comune prudenza. Ragionando diversamente ci troveremmo di fronte ad una regola difficilmente giustificabile, in base alla quale si attenuerebbe il dovere di cura ed attenzione proprio nei casi in cui dovrebbe essere più intenso¹¹¹.

Con l'assunzione di un criterio di diligenza inteso come regola tecnica, rapportato allo stato dell'arte presente in un determinato momento storico, gli ordinamenti hanno introdotto un grado elevato di oggettivizzazione dei criteri di attribuzione della responsabilità, oltre i quali vi è in pratica la sola responsabilità senza colpa. Si fa strada anche l'idea che il debitore si faccia carico del rischio connesso alla propria capacità professionale, una volta accertato il grado di perizia media richiesta in un determinato settore.

A questo punto, è necessario chiarire se la diligenza abbia solo la funzione di stabilire “come” il debitore debba adempiere, svolgendo quindi la sola funzione di regola sull'adempimento, o se essa abbia anche il compito di stabilire se il debitore debba essere ritenuto responsabile dell'inadempimento, ossia se debba operare come regola di attribuzione della responsabilità. Alcuni autori ritengono che la diligenza non possa essere considerata un criterio per stabilire come il debitore debba adempiere.

La giurisprudenza tradizionale è favorevole all'utilizzo della diligenza quale criterio di responsabilità contrattuale attraverso la valorizzazione del collegamento tra gli artt. 1176 e 1218 c.c.¹¹², anche se non sempre appare chiaro il limite tra le due categorie richiamate¹¹³.

111 C. CASTRONOVO, *Art. 1176, in Commentario al codice civile*, ul. op. cit., p. 29. In giurisprudenza, v. Cass. 11 agosto 1990, n. 8218.

112 L'orientamento è esemplarmente espresso in Cass., sez. lav., 9 luglio 1984, n. 4020, dove è stato sancito che “l'inadempimento deve essere valutato non solo in ordine all'elemento obiettivo in cui si concreta la violazione contrattuale, ma anche in relazione alla sussistenza dell'elemento soggettivo, che consiste nella effettiva volontà del debitore di sottrarsi alla prestazione dovuta, mentre tale volontà manca, rendendo l'inadempimento non imputabile al debitore, quando questi abbia usato la diligenza del buon padre di famiglia”.

113 Nella pratica giurisprudenziale si verifica spesso l'esistenza di confusione tra i concetti di buona fede e diligenza: Cass., 20 luglio 1989, n. 3386, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 1, c. 628, con nota di VALCAVI, ove si fa riferimento ad una “diligente correttezza”; Cass., 27 agosto 1987, n. 7063, in *Riv. dir. civ.* 1990, II, p. 365, con nota di G.M. UDA; Cass., 30 ottobre 1986, n. 6371, in *Dir. prat. ass.*, 1987, p. 708, con nota di R. BARBERIS, o il richiamo acritico alla solidarietà sociale elaborata in Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2142, con nota di G.L. SICCHIERO; Cass., 18 febbraio 1986, n.960.

Per una trattazione espressa di tali problemi si veda G.M. UDA, *L'esecuzione del contratto secondo*

Sin dall'emanazione del codice civile del '42, tale collegamento ha stimolato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, tutt'ora molto vivo e sentito, sulla esistenza o meno di una bipartizione in obbligazioni di risultato e di mezzi.

Per alcuni la classificazione non avrebbe alcuna base normativa, trattandosi di una creazione dottrinale e giurisprudenziale, come tale suscettibile di variare al mutare dell'orientamento dei giudici¹¹⁴.

Tuttavia, negli ultimi anni diversi eventi hanno contribuito a riportare l'attenzione sulla distinzione, modificando gli orientamenti divenuti tradizionali. Assieme all'inversione di tendenza giurisprudenziale, che appare orientata a negare la rilevanza della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato, la dottrina più recente propone nuove argomentazioni dirette ad rinnovare l'incidenza sul piano dogmatico della partizione in esame.

Tale mutamento di prospettiva ha preso nuovo slancio proprio dal *revirement* giurisprudenziale in materia di onere della prova operato dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13533¹¹⁵. I supremi giudici, già da tempo orientati a sostituire alle istanze di tutela del professionista-debitore qualificato quelle di tutela del creditore-paziente, in un primo momento hanno fatto ricorso all'elaborazione di una serie di obbligazioni di risultato¹¹⁶. Ad esempio, essi

buona fede, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, pp. 192 ss, 196. Nel senso di una netta tra buona fede e diligenza, cfr. S. RODOTÁ, voce *Diligenza*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 452; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 396 ss.; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rassegna dir. civ.*, 1993, pp. 152 ss.; F. BENATTI, *Sulla deroga all'art. 1957 nella fideiussione bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 217; L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1083 ss.; G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, vol. I, pp. 318 ss. Per una sorta di “ribaltamento” delle funzioni generalmente individuate in capo alla diligenza e alla buona fede, si esprime G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Dig. civ.*, XII, Milano, 1995, p. 41.

114 G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, p. 206; ID, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987, p. 220.

115 È noto il contrasto giurisprudenziale vertente sull'onere della prova in caso di inadempimento totale, e non già di inesatto adempimento. Riguardo quest'ultimo vi era un orientamento costante nel segno opposto a quello poi scelto dalle Sezioni Unite. In dottrina, tali sollecitazioni giurisprudenziali sono state prontamente colte in G. CERDONIO CHIAROMONTE, *La responsabilità del professionista*, Padova, 2008, p.72.

116 Il riferimento è a Cass., 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giur. it.*, 2003, I, p. 240 ss, che richiama il precedente orientamento in tema di responsabilità medica, secondo il quale negli interventi routinari e/o di facile esecuzione l'aggravamento della condizione patologica del paziente comporta una presunzione semplice in ordine alla inadeguata o negligente prestazione. *Contra*, v. Cass., 24 novembre 2003, n. 17871 in *Danno e resp.*, 2004, p. 904, che espressamente afferma, in conformità a quello che era l'indirizzo precedente alla sentenza delle Sezioni Unite, “incombe al cliente, il quale assuma di aver subito un danno, l'onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale”.

hanno richiamato la categoria delle attività di *routine*¹¹⁷, mentre il successivo sviluppo ha portato all'abbandono della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Emerge, infatti, un nuovo atteggiamento in base al quale si afferma testualmente che “la distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato non ha alcuna incidenza sul regime di responsabilità”. Ancora più nettamente è stato statuito che “la distinzione costituisce il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandatasi, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento”¹¹⁸.

Le Sezioni Unite 28 luglio 2005, n. 15781, si sono specificamente pronunciate in materia di prestazione d'opera intellettuale. Nel caso di specie, l'intervento nomofilattico muoveva dalla necessità di risolvere il contrasto giurisprudenziale in ordine alla applicabilità al prestatore di opera intellettuale, un ingegnere, dell'art. 2226 c.c., e dei relativi termini di decadenza e di prescrizione. L'occasione di rivedere l'orientamento in materia di rilevanza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è data alla Corte dalla circostanza che parte della giurisprudenza basava l'applicabilità dell'art. 2226 c.c. alla prestazione del progettista sulla base qualificazione della stessa come obbligazione di risultato. La decisione della Corte sul punto esclude l'applicabilità della disposizione in esame per incompatibilità con la natura della prestazione, ma prescinde opportunamente dalla qualificazione della obbligazione del progettista, che viene comunque definita come di risultato. La decisione si inserisce in modo coerente con il nuovo orientamento che afferma la irrilevanza della distinzione, sia sul piano della responsabilità che su quello dell'onere della prova, sia in materia di fondamento della responsabilità medesima.

Sulle diverse soluzioni accolte ha spesso interferito la scelta interpretativa adottata sui temi di più ampio respiro, quale quello concernente il rapporto tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. che qui maggiormente interessa. La distinzione in esame è stata utilizzata per spiegare la difficile relazione, in tema di responsabilità del debitore per inadempimento, tra la rilevanza che l'art. 1176 c.c. attribuisce alla diligente esecuzione della prestazione, e l'apparente irrilevanza che essa viene invece ad avere

117 Cass., 12 febbraio 2004, n. 10297, che recependo il nuovo orientamento in ordine all'onere della prova, precisa che “la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e la prestazione implicante la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non rileva, dunque, più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova”. Conformemente, v. Cass. 9 novembre 2006, n. 23918.

118 In questo senso, ancora Cass., 12 febbraio 2004, n. 10297, e Cass. 9 novembre 2006, n. 23918.

nello schema previsto dall'art. 1218 c.c..

Sulla questione assume un grande rilievo il problema della identificazione dell'oggetto del rapporto obbligatorio. Al riguardo, vi sono opinioni che affermano la totale irrilevanza del comportamento diligente nelle obbligazioni di risultato, ed altre secondo le quali nelle obbligazioni di mezzi non è dovuto il risultato utile per il creditore. Se la base di partenza della analisi viene costituita dall'idea che l'oggetto dell'obbligazione comprende sia l'attività diligente che il risultato, sarà possibile identificare il concetto di comportamento diligente, e verificare se all'interno dello stesso possa essere suddiviso un profilo oggettivo e uno soggettivo¹¹⁹.

Il tema risulta legato al concetto di risultato, dovendosi distinguere tra quello oggetto dell'obbligazione e quello che costituisce il risultato finale ambito dal creditore. Infine, è necessario verificare in termini generali l'incidenza del problema sull'onere della prova dell'adempimento. La suddivisione aveva assunto grande rilevanza proprio in virtù della generale convinzione che l'onere della prova dell'inesatto adempimento gravasse sul creditore. Le soluzioni relative alle questioni sopra indicate influiscono sull'ammissibilità della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato, per la cui analisi si rende necessaria una trattazione separata.

119P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p.1277 ss; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento di obbligazioni*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Delle obbligazioni*, IV, Bologna, 1979, p. 33. A volte si ritrova un diverso concetto di risultato che viene posto a base dell'assunto. Infatti, il risultato viene fatto coincidere con un mutamento della realtà materiale o giuridica (ovvero il mantenimento inalterato di tale realtà giuridica). In altri casi ci si riferisce più generalmente all'esito oggettivizzato dell'attività, in quanto idoneo a soddisfare l'interesse creditorio. Infine, si parla di effettivo conseguimento dell'utilità da parte del creditore, ovvero di soddisfazione dell'interesse creditorio. Quest'ultima opinione non pare confortata dal dato normativo, in quanto non è dato ritrovare alcuna norma che assicuri al creditore il soddisfacimento del proprio interesse, e non potrebbe essere diversamente perché questo appartiene alla sfera soggettiva del creditore stesso. L'ordinamento può solamente garantire al creditore la produzione di quel mutamento o di quell'assenza di mutamento della realtà che, dedotti in obbligazione, siano astrattamente idonei ad assicurare il suo interesse alla prestazione, indipendentemente dalla circostanza che il soddisfacimento dell'interesse si realizzi. In questo senso si esprime anche C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, ult. op. cit, pp. 6 e 33 ss, il quale qualifica il risultato come "momento finale o conclusivo della prestazione" e chiarisce come esso vada differenziato sia dall'interesse creditorio, che è il bisogno immediato e "socialmente rilevante" che tale risultato soddisfa, sia dall'utilità creditoria, che è costituita da quell'utilità che il creditore voleva trarre dalla prestazione ed è ulteriore rispetto all'interesse al risultato e non entra nel contenuto dell'obbligazione.

6. La crisi della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato

L'obbligazione è fonte di responsabilità dal momento in cui non è adempiuta. Da ciò discende che non esiste alcun onere da parte del creditore insoddisfatto di provare la negligenza del debitore: al contrario, sarà onere del debitore provare che l'inadempimento è dovuto ad un impedimento che a sua volta non gli sia imputabile. L'art. 1218 c.c. indica con chiarezza che il debitore può andare esente da responsabilità solo provando che impossibilità della prestazione è dovuta ad una causa a lui non imputabile. Da ciò discende che la colpa non è un elemento costitutivo della responsabilità contrattuale, e che essa non svolge una funzione immediatamente impeditiva della responsabilità stessa. In primo luogo, il debitore deve provare l'impossibilità di eseguire la prestazione, ed in seconda battuta dimostrare che questa impossibilità non dipende da sua colpa¹²⁰.

È necessario, però, soffermarsi su una distinzione che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza assume rilevanza in ordine alla disciplina dell'inadempimento. La distinzione è quella tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ed induce a ritenere che la disciplina della responsabilità derivante dalle obbligazioni di mezzi affondi le sue radici nell'art. 1176 c.c., il quale impone al debitore l'obbligo di diligenza come parametro di qualificazione della condotta di adempimento¹²¹. Questa affermazione implica che nelle obbligazioni di mezzi la responsabilità si fonda sulla colpa e che, di conseguenza, spetta al creditore la prova della mancanza di diligenza nella condotta del debitore¹²².

In senso contrario è stato però osservato che l'art. 1176 c.c. è norma che disciplina l'adempimento e non l'inadempimento. Seguendo la teoria per la quale la responsabilità si fonderebbe sulla colpa, non si avrebbe modo di distinguere le obbligazioni di mezzi dalla responsabilità nascente da fatto illecito. Inoltre, tale ricostruzione si pone in contrasto con l'idea che la responsabilità contrattuale, e il

120 C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p.560 ss.

121 Contro la distinzione, affermando che la stessa ha solo valore descrittivo ma risulta priva di valore dogmatico, L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. Dir. Comm.* 1954, I, pp. 185 ss.; 280; 366 ss.

122 In senso chiaramente contrario, sulla base del rigetto della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, v. Cass., Sezioni Unite 28 luglio 2005, n. 15781, la quale ricava come corollario l'unitarietà di disciplina dell'onere della prova, che incombe sul creditore per quanto riguarda il solo titolo, mentre al debitore spetta la prova dell'avvenuto adempimento o altra causa estintiva dell'obbligazione.

concetto stesso di obbligazione, prescindono dal concetto di colpa. Infatti, l'obbligazione nasce da uno specifico interesse del creditore, ed impone al debitore una particolare condotta. In caso di mancato soddisfacimento dell'interesse, si configura l'inadempimento, dal quale deriva l'insorgere della responsabilità indipendentemente dalla presenza di colpa. Nelle obbligazioni, il punto di partenza è dato dall'esistenza di un obbligo di "fare qualcosa", e solo il venir meno dell'obbligo libera il debitore. Per questo motivo, una volta che sia sorta l'obbligazione, quale che sia la sua fonte, non è necessaria la presenza della colpa o di altri elementi che ne costituiscano il fondamento.

Per queste ragioni, la dottrina italiana prevalente nega un valore dogmatico alla distinzione in oggetto. Il punto di partenza dell'argomentazione attraverso il quale la dottrina ha sviluppato la critica a tale distinzione va rinvenuto nel più illustre contributo sul tema che risale al Mengoni¹²³. L'illustre Autore osserva che non può essere accettata una distinzione che faccia leva sul diverso oggetto dell'obbligazione, nel senso che le obbligazioni di mezzi avrebbero ad oggetto solo un comportamento, mentre le altre avrebbero ad oggetto un risultato. Ad impedirlo si pone la considerazione per la quale ogni obbligazione ha ad oggetto sia un comportamento che un risultato. Si aggiunge, inoltre, la relatività del concetto di mezzi e di risultato, poiché "un fatto, valutato come mezzo in ordine ad un fine successivo rappresenta già un risultato se riguardato in sé stesso"¹²⁴. Secondo tale prospettazione, la realizzazione dell'interesse primario diviene un criterio capace di spiegare la partizione, poiché si avrà obbligazione di risultato tutte le volte che il risultato c.d. interno (sempre dovuto) coincide con la soddisfazione dell'interesse primario esterno del creditore. Viceversa, sussisterà una obbligazione di mezzi ogni volta che tale coincidenza non vi sia.

Sostanzialmente alle stesse conclusioni giunge un altro autore il quale riduce la rilevanza della distinzione ad una mera descrizione per categorie, evidenziando come uno stesso comportamento possa essere valutato come risultato rilevante da un ampio numero di punti di vista¹²⁵.

123 L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit. pp. 185 ss.

124 L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit. pp. 188 ss.

125 C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., p.71 ss. Con riguardo al contenuto dell'onere della prova spettante al creditore che voglia fare valere l'inadempimento, si ricorda che secondo la prospettiva anteriore alla già citata sentenza delle Sezioni Unite, l'onere della prova dell'inesatto adempimento spettasse comunque al creditore.

Tornando al versante della diligenza, emerge la possibilità di distinguere un versante oggettivo da uno soggettivo. Si dice che la distinzione è utile nel caso in cui la prestazione sia eseguita, ma manchi il risultato utile per il creditore. Questo si verifica quando il debitore adempie la sua obbligazione senza che l'interesse primario del creditore venga soddisfatto. In tal caso, ci si trova di fronte ad un problema di inesatto adempimento e non di inadempimento totale.

Da questo punto di vista, poiché nelle obbligazioni di risultato il debitore si obbliga a realizzare proprio quel risultato che coincide con l'interesse primario del debitore, l'accertamento circa l'avvenuto adempimento ha essenzialmente per oggetto la realizzazione del risultato, difettando il quale sussiste l'inadempimento. Se spetta al creditore dover provare l'inadempimento, sarà sufficiente che egli dimostri che è mancato il risultato a lui utile. Nelle obbligazioni di mezzi, invece, non è richiesto il soddisfacimento dell'interesse primario. Pertanto, il debitore è obbligato solo a svolgere una attività diligente diretta al raggiungimento di quello scopo, e l'accertamento dell'avvenuto adempimento si risolve nel controllo dell'attività del debitore¹²⁶. Quindi, il creditore che vuole dimostrare l'inadempimento, deve dimostrare che l'attività svolta non è conforme a diligenza. A questo punto, però, è importante sottolineare che per questa tesi il giudizio relativo al fatto oggettivo dell'adempimento non è un giudizio sulla colpa del debitore, ma sulla oggettiva conformità del comportamento tenuto dal debitore alle regole tecniche dell'arte, o comunque al modello oggettivo di comportamento del buon padre di famiglia. Invece, la diligenza in senso soggettivo, che può ora essere definita come la cura, sollecitudine, attenzione e sforzo, acquista rilevanza solamente in ordine al giudizio di responsabilità, relativo all'imputabilità del mancato adempimento dell'obbligazione.

Tale tesi comporta il risultato pratico di atteggiare diversamente l'onere probatorio a carico del creditore in modo strettamente collegato al duplice concetto di diligenza. Pertanto, è opportuno distinguere una diligenza in senso oggettivo, avente criterio di determinazione della prestazione dovuta, da una diligenza in senso soggettivo, l'unica che può essere correttamente contrapposta alla colpa, che ha funzione di criterio di responsabilità. Quest'ultima, infatti, indica lo sforzo dovuto per conservare la possibilità di adempiere. Una volta preso atto del significato di questi

126 L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, op. cit., p.194 ss.

profili della diligenza, si può arrivare ad affermare che nelle obbligazioni di mezzi l'inadempimento non coincide con la colpa.

La dottrina italiana ha per lo più preferito ridurre l'importanza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, escludendone una rilevanza sia sul piano strutturale che sul piano della disciplina. A volte, al di là di affermazioni di principio, si tende a riconoscere una certa influenza quando si afferma che vi sono obbligazioni in cui la diligenza “costruisce ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione”, nonostante si neghi in premessa sia l'utilità che il fondamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹²⁷. Ammettere che in certi casi la diligenza possa esaurire l'oggetto dell'obbligazione significa ritenere che esistano obbligazioni che non hanno ad oggetto un risultato ed altre che invece lo hanno, elemento dal quale discenderebbe l'esistenza anche di una diversa struttura.

Appare contraddittorio attribuire, nel caso delle prime, al mancato conseguimento del risultato la causa di responsabilità del debitore, costringendo quest'ultimo a provare di aver agito diligentemente per liberarsi della responsabilità stessa¹²⁸. Se l'obbligazione si esaurisce nel solo comportamento diligente, ai fini della responsabilità, il mancato conseguimento del risultato non dovrebbe avere alcuna rilevanza, non potendosi più richiedere al debitore alcuna prova liberatoria.

Appare più complessa la critica ad un'altra teoria che, pur escludendo un'influenza sulla bipartizione del fondamento della responsabilità, ne omette la rilevanza con riguardo all'ambito di applicazione della regola della diligenza di cui all'art. 1176 c.c., poiché l'applicazione di tale norma riguarda solo le obbligazioni di mezzi¹²⁹. Secondo la tesi in esame, l'art. 1176 non fornisce alcun criterio di giudizio sulla imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Essa, infatti, svolge solo il compito di precisare il concetto di inesattezza della prestazione nel senso di un comportamento debitorio non esattamente conforme a quanto dedotto in obbligazione¹³⁰.

127 P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 191.

128 P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, ult. op. cit., p. 191.

129 G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 123 ss; 178 e ss; 202; G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 602 ss.. In senso critico, v. L. MENGONI, *Voce responsabilità contrattuale (Dir. Vig.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 109; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 466 ss.

130 G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pp. 123 ss; 178 ss; 202; ID, *Inadempimento e mora*, cit., p. 224; G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per*

L'inadempimento è disciplinato dall'art. 1218 c.c., che individua il limite della responsabilità nella impossibilità assoluta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore. La nozione di causa non imputabile deve operarsi per mezzo delle cause di esonero della responsabilità contenute nel codice, non essendo allo scopo utilizzabile l'art.1176 c.c., che riveste la sola funzione di definire il comportamento del debitore nell'adempimento¹³¹.

Tornando al ruolo della diligenza all'interno del rapporto obbligatorio, la dottrina maggioritaria distingue espressamente il ruolo di criterio di determinazione del contenuto della prestazione dal ruolo di criterio di valutazione del comportamento tenuto con riguardo alla sua conformità a quello dovuto, assegnando il primo ai principi di buona fede e correttezza e riducendo invece la diligenza al secondo. Tale conclusione è fatta dipendere, da un lato, dalla considerazione della maggiore complessità dell'oggetto della prestazione, comprensivo non solo del comportamento del debitore, ma anche del risultato, essendo dunque escluso che possa configurarsi un'obbligazione in cui la prestazione si esaurisce tutta nella diligenza. D'altro canto, si evidenzia che assegnare il ruolo di criterio determinativo del contenuto della prestazione alla diligenza significa confonderla con la buona fede, che invece è il criterio in base a cui si determina il contenuto della prestazione¹³².

inadempimento, cit., p. 602 e ss

131 Sulla base di tali presupposti normativi, autorevole dottrina ha sostenuto che il concetto di causa non imputabile ha carattere oggettivo, come evento estraneo alla sfera di controllo dell'obbligato. Da ciò consegue che il debitore è responsabile di qualunque evento rientrante nel rischio tipico della sua attività. Sul punto, v. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 193. Tale impostazione può essere criticata perché il criterio della diligenza del buon padre di famiglia assume un ruolo più importante nelle obbligazioni di fare, ma la sua applicazione alle sole obbligazioni di mezzi contrasta con il dato positivo, e con le pattuizioni che più frequentemente ricorrono nella pratica tra le parti. Si pensi all'esempio di un contratto di trasporto in cui il vettore sia obbligato a trasportare in alta montagna un cavallo particolarmente cagionevole di salute. Se il vettore intraprende il viaggio senza adottare alcuna precauzione per evitare che il cavallo soffra per il freddo, ed anzi lo trasporti con un traino completamente aperto e senza protezioni, il mittente può, durante lo stesso trasporto, reagire al comportamento negligente del vettore. Alla stessa conclusione pare potersi pervenire nel caso di trasporto di piante tropicali che richiedano alte temperature e che vengano in realtà trasportate senza accorgimenti per proteggerle dal freddo.

132 In questo senso si esprimono conformemente A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 462 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 47; S. RODOTÁ, voce *Diligenza (dir. Civ.)*, cit., p. 541 ss.; F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, pp. 60 ss.

7. Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi

Nei paragrafi precedenti sono state esaminate le principali ricostruzioni legate alla tutela contrattuale delle sfere giuridiche dei soggetti legati dall'obbligazione. A questo punto pare opportuno verificare se ed in quale misura i terzi possono ricevere tutela rispetto al danno o al pericolo di danno che sia legato all'esecuzione della prestazione.

La questione relativa all'espansione degli effetti contrattuali è un fenomeno tipico del contratto a favore di terzo, figura contemplata dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici¹³³. L'estensione degli effetti contrattuali al terzo opera per effetto della sua accettazione del contratto o direttamente dalla stipulazione, a seconda della scelta legislativa adottata in concreto. Ad ogni modo, egli può richiedere la prestazione e far valere alcuni rimedi contrattuali a tutela del proprio diritto, ed in caso di mancato adempimento sorge una responsabilità contrattuale¹³⁴.

Da un diverso punto di vista, può accadere che il terzo subisca dei pregiudizi a causa di un comportamento collegato alla esecuzione del contratto. In pratica, l'esecuzione dell'obbligazione può essere causa di un danno sia nella sfera soggettiva delle parti del rapporto, sia in quella del terzo i cui interessi entrino in contatto con l'attività finalizzata allo svolgimento dell'obbligazione, pur non essendo parte del rapporto contrattuale¹³⁵.

133A riprova della diffusione della figura del contratto a favore del terzo, basti dire che essa è espressamente contemplata dall'art. 6-110 dei Principi di diritto Europeo dei Contratti, che al primo comma statuisce espressamente che "un terzo può chiedere l'adempimento di una obbligazione contrattuale quando tale diritto è stato espressamente pattuito tra un promittente e uno stipulante, oppure quando un accordo in tal senso può essere ricavato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze del caso. Non è necessario che l'identità del terzo sia nota al momento della conclusione del contratto". Nel *common law* inglese, come vedremo più diffusamente nel proseguo della trattazione, la dottrina della *privity doctrine of contract* e della *consideration* vincola solo le parti del contratto, senza poter creare diritti o imporre obblighi a favore di terzi estranei, per tutti v. G.H. TREITEL, *Privity*, in *Chitty on Contracts*, London, 1999, § 18, p. 901. La regola esprime la relatività del contratto rispetto all'assolutezza del diritto di proprietà. Tuttavia nel diritto inglese la fonte legislativa ha prodotto qualche eccezione alla regola della *privity*. Già nel 1882, il legislatore, con il *Married Woman's Property Act (section 11)*, ha stabilito, in deroga ai principi allora vigenti, che il contratto di assicurazione sulla vita stipulato dal marito a favore della moglie o dei figli, o della moglie a favore del marito o dei figli, "shall create a trust in favour of the objects therein named".

134C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, p. 539, il quale sottolinea che "l'accettazione del diritto non comporta che il terzo divenga parte del contratto. La titolarità del diritto deve infatti considerarsi distinta rispetto alla titolarità del rapporto contrattuale intercorrente tra stipulante e promittente".

135Nel nostro ordinamento si può ipotizzare che gli interessi dei terzi, entrati in contatto con l'esecuzione della prestazione, possano godere di una tutela analoga a quella delle parti del

Negli ordinamenti di *common law*, le regole della *privity of contract* e della *consideration* costituiscono una barriera alla responsabilità contrattuale, in quanto dottrina e giurisprudenza preferiscono optare per la natura aquiliana della responsabilità legata al pregiudizio subito da chi è terzo rispetto ad un contratto stipulato da altri¹³⁶.

Iniziando l'analisi della situazione nazionale, l'esperienza giurisprudenziale italiana mette in mostra che le pronunce che trattano della teoria degli obblighi di protezione sono numericamente limitate. Una spiegazione può essere il resistere della concezione che l'area dell'illecito civile copre già il campo di azione degli obblighi di protezione¹³⁷. Inoltre, la dottrina risulta ancora divisa tra chi riconosce l'autonomia strutturale degli obblighi di protezione e li riduce a "tipiche specificazioni della prestazione principale"¹³⁸. In concreto, la giurisprudenza continua a trascurare il fatto che la responsabilità contrattuale non vada intesa come limitata a sanzionare solo la lesione dell'interesse definito dall'art. 1174, ma tutela anche altri interessi che non hanno formato espressamente oggetto del contratto.

Sul punto si ricorda una recente decisione della Suprema Corte in caso di responsabilità per c.d nascita indesiderata¹³⁹. Al ginecologo incaricato di assistere una

rapporto, e abbiano anch'essi il diritto alla garanzia offerta dagli obblighi di protezione, la cui violazione genera responsabilità contrattuale.

136Fondamentale nella giurisprudenza inglese è *Donoghue v. Stevenson* (1932), A.C. 1. r., 562. Paradigmatico è anche il caso *White v. Jones*, [1995] 3 W.L.R. 187 ss, 205. Le prime aperture nel sistema statunitense si registrano in *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 397 (1852), seguito poi da *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 1. r. 2D 453, 150 p. 2D 436 (1944); *Trust v. Arden Farms Co.*, 50 Cal. 1. r., 2d 217 (1958); *Greenman v. Yuba Power Production*, 59 Cal. 1. r. 2D 57 (1949). Nella dottrina italiana, v. P. GALLO, *L'elemento oggettivo del Tort of negligence*, Milano, 1988, pp. 189 ss. Per una analisi più approfondita v. *infra* Cap. II, pr. 4.

137In materia di responsabilità delle società di revisione Cassazione 18 luglio 2002, n. 10430, in *Foro it.*, 2003, I,2147 (con nota di A. FABRIZIO SALVATORE), e in *Danno e resp.*, 2003, p. 53 (con nota di A. ADDANTE), per la quale si dovrebbe applicare la responsabilità extracontrattuale perché "l'obbligo di *neminem laedere* è posto dall'art. 2043 c.c. A carico anche delle parti di un contratto e nei confronti di terzi (...), obbligo nella specie di particolare rilievo essendo l'attività di revisione strumentale al consapevole esercizio dell'attività privata delle odierne resistenti, parti del contratto principale (il preliminare) ma terzi rispetto al mandato conferito al revisore dei conti. Secondo la corte "agli effetti della responsabilità aquiliana delle società di revisione non rileva il carattere obbligatorio o volontario di questa, e la stessa responsabilità è globalmente e d unitariamente disciplinata dall'art. 2043 c.c e dalla legislazione speciale".

138Tra i vari ricordiamo, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 21; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Le obbligazioni*, cit., p. 37.

139Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115, con osservazioni di A. PALMIERI e R. SIMONE. Nell'esperienza tedesca il risarcimento del danno per nascita non desiderata è ammesso se lo scopo del contratto di cura medica, tra il paziente e il medico o la struttura sanitaria, è proprio quello di evitare oneri economici per il mantenimento del figlio. Va detto però che rispetto al paziente non si può parlare di una violazione dell'obbligo di protezione ma di inadempimento di un contratto di prestazione, posto che l'interesse del soggetto tutelato risulta dedotto nel contratto di

donna durante la gravidanza, viene addebitata la mancata rilevazione delle malformazioni fetali, con conseguente frustrazione del diritto della donna a scegliere l'interruzione della gravidanza. A seguito di ciò è sorta una controversia riguardante il diritto del padre a vantare un danno simile a quello riconosciuto alla madre¹⁴⁰. La Suprema Corte ha osservato preliminarmente che la responsabilità del professionista deriva dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale, e su questa base ha affermato che “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 i coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (art. 29 e 30 Cost.; art. 143, 147, 261 e 279 c.c.) valgono a spiegare perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta”¹⁴¹.

La particolarità della decisione è data dal fatto che l'estensore si muove secondo la logica degli obblighi di protezione, senza però richiamare la costruzione teorica attraverso la quale opera questa dottrina. Non vi sono riferimenti né al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi né alle *Schutzpflichten*, che costituiscono il principio base utilizzato per estendere la disciplina dell'obbligazione a interessi diversi da quello alla prestazione.

In altre occasioni, esaminando la configurabilità di un risarcimento in favore di un bambino per i danni derivatigli da un fatto colposo commesso durante la gravidanza, la Corte di Cassazione si è posta il problema di individuare lo schema sul quale fondare la responsabilità in capo all'ente dal quale dipende il soggetto al quale va ascritto il danno. Avendo escluso in prima battuta la possibilità di ricorrere alla responsabilità extracontrattuale in quanto era ormai decorso il termine di prescrizione quinquennale, la Corte ha optato per il regime contrattuale. Nell'occasione ha testualmente affermato che il legislatore ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, quantomeno il fatto che sia possibile favorire la nascita e la salute. Una volta accertata “l'esistenza di 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

intervento medico.

140Per tutti, v. C. PARRIELLO, *Medical Malpractice e regole di responsabilità civile*, Milano, 2008, passim.

141Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit., 3115.

personalità giuridica, sorge e deve essere riconosciuto, in capo a quest'ultimo, il diritto al risarcimento”¹⁴². Dopo aver ammesso la configurabilità del risarcimento dei danni, la Corte si pone il problema dello schema sul quale fondare la responsabilità dell'ente. In prima battuta i giudici escludono che, nei confronti del nascituro, possa richiamarsi la disciplina del contratto a favore di terzi, in quanto “il nascituro non potrebbe giammai assumere la posizione del creditore, difettando ancora in lui la personalità giuridica”, ma propendono per il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi senza però soffermarsi sul contesto teorico che ne giustifichi il richiamo¹⁴³. In sostanza ci si limita ad affermare che il beneficiario dell'obbligo di protezione è anch'esso un creditore, e che l'azione di adempimento è configurabile in astratto anche dinanzi alla violazione degli obblighi di protezione.

Si potrebbe obiettare che, una volta preso atto che l'ordinamento ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, rimane da accertare se la gestante e l'ospedale abbiano inteso attribuire una prestazione di cura anche al nascituro. In caso di risposta positiva il modello da richiamare sarebbe stato il contratto a favore di terzi, mentre in caso negativo rimane senza spiegazione come si possa parlare di inadempimento nei confronti del terzo¹⁴⁴. Al tal fine sarebbe stata utile la categoria

142Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2478 e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550 con nota di D. CARUSI.

143Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, cit., 2478. La dottrina in discorso viene così richiamata dalla corte: “è stato posto in rilievo, tuttavia, come 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 al contratto. Si parla di contratti con effetti protettivi nei confronti dei 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 protezione del quale è posta quella previsione”.

144La dottrina ritiene configurabile senza particolari difficoltà il contratto a favore di terzi anche se nei confronti di un soggetto che non sia ancora esistente al momento della stipulazione, come nel caso del nascituro o della società che non sia ancora costituita all'atto della conclusione del contratto. Tra i vari F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzi, artt. 1411-1413*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja -Branca, Bologna-Roma, 2004, pp. 126 ss. U. MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 242; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da Cicu e Messineo, XXI, 1972, t. 2, pp. 131 ss. Anche la giurisprudenza riconosce la validità del contratto a favore di un soggetto non ancora esistente al momento della stipula: vedi Cass., 28 aprile 1989, n. 1993, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 325, secondo la quale: “stante il carattere generale della previsione del contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c., è ammissibile la stipulazione di un contratto preliminare a favore di terzo, non ostandovi né la mancata corrispondenza tra il soggetto che si impegna e quello che ha diritto di avvalersi della esecuzione ex art. 2932 c.c., né la circostanza che il terzo non sia determinato, purché sia determinabile, talché la prestazione può essere prevista anche a beneficio di un soggetto non ancora giuridicamente esistente, quale una società da costituirsi su iniziativa degli stessi contraenti, che viene ad acquistare i diritti derivanti dal contratto medesimo solo al momento della sua costituzione”.

degli obblighi di protezione e del contratto con effetti protettivi per i terzi, poiché il beneficiario di un obbligo di protezione è anch'esso un creditore e l'azione di adempimento è configurabile in astratto anche di fronte alla violazione degli obblighi di protezione.

Nello stesso senso si esprime un'altra sentenza della Cassazione, relativa al caso di genitori affetti da talassemia che, non informati in gravidanza della possibilità che la nascita potesse avere la stessa patologia, hanno citato il professionista per non aver potuto scegliere se ricorrere all'aborto. Nel caso di specie, la Corte ha escluso la responsabilità del medico, ed ha compiuto una affermazione di carattere generale sulla natura dell'azione di danni promossa da un figlio che non abbia ricevuto cure mediche adeguate durante la gestazione. I giudici di legittimità hanno affermato che “il contratto intercorso tra la gestante ed il sanitario, si atteggia come contratto come effetti protettivi a favore di 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”¹⁴⁵. La mancanza di riferimenti al contratto a favore di terzo deve intendersi come un rigetto della figura *de qua*¹⁴⁶.

Il modello di responsabilità da applicare agli obblighi di protezione è sostanzialmente e formalmente identico a quello previsto per gli obblighi di prestazione. Nei casi riportati, l'applicazione della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi in luogo dello schema del contratto a favore di terzo si rivela una semplice sostituzione di termini. In entrambi i casi, gli attori hanno agito per il risarcimento del danno sofferto per l'erroneo trattamento medico. Pertanto, la disciplina del contratto applicabile è identica, sia che si ricorra alla categoria del contratto a favore del terzo sia se si richiami il contratto con effetti di protezione per i terzi.

La dottrina ha osservato che trovarsi di fronte ad una prestazione a vantaggio del terzo non esclude che ci possa essere a suo favore anche un obbligo di protezione, se l'interesse che entra in gioco nel contratto è diverso da quello che deve essere soddisfatto attraverso la prestazione. In sostanza, in questi casi non vi è bisogno di richiamare la dottrina del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo perché

¹⁴⁵Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di A.L. BITETTO e in *Corr. giur.*, 2004, 1431, con nota di A.LISERRE.

¹⁴⁶In senso contrario, e cioè per la previsione del contratto a favore di terzo, cfr. Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 690, e in *Giur. it.*, 1995, p. 321.

gli obblighi di protezione vengono comunque attivati nell'ambito che originariamente riguarda le parti del rapporto (debitore e terzo creditore della prestazione)¹⁴⁷.

Di fronte alle prime aperture, dottrina e giurisprudenza hanno messo in guardia dal rischio dell'abuso del ricorso a tali figure. Si può dire di essere in presenza di un contratto con effetti protettivi per i terzi solo quando sussistono particolari situazioni che mettano in contatto gli interessi del terzo con la prestazione oggetto del contratto¹⁴⁸. Rimanendo nel profilo contrattuale, un primo impedimento incontrato è il principio di relatività degli effetti del contratto¹⁴⁹.

Anche in altri ordinamenti giuridici ci si è mossi per verificare nel sistema di contrattuale la possibilità di rimedi al terzo danneggiato, derogando al principio di relatività dei diritti degli obblighi derivanti dal contratto¹⁵⁰. Negli ordinamenti di *common law* si registra una chiusura verso la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi. Infatti, le *doctrines* della *privity of contract* e della *consideration* ostacolano all'allargamento della responsabilità contrattuale a favore di soggetti distinti dalle parti contraenti e diversi dall'avente diritto alla prestazione. In sostanza non si può riconoscere al terzo, il quale non ha fornito alcuna *consideration*, il rimedio della responsabilità contrattuale¹⁵¹.

Seppur con minore rigidità, nel nostro ordinamento lo stesso principio viene espresso dall'art. 1372 c.c. La dottrina dominante considera il principio della relatività degli effetti un baluardo dell'autonomia privata, che tutela tanto i contraenti quanto i

147Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., che richiamando Cass., 22 novembre 1993, n. 11503 afferma che "il soggetto con la nascita acquista la capacità giuridica e può far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie". Se fosse così, lo stesso soggetto potrebbe, una volta acquistata la capacità giuridica, fare valere l'inadempimento della obbligazione principale di cura rivolta in suo favore in virtù del contratto stipulato dalla gestante con l'ente sanitario o con il ginecologo.

148A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, pp. 1 ss, in particolare 15 ss.

149Per gli autori che hanno fatto riferimento alla concezione degli obblighi di protezione come effetto del contratto, in *primis* v. L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, cit., p. 369 (nota 17); ID., *La parte generale delle obbligazioni*, cit., pp. 510 ss.; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., p. 2; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Artt. 1218-1222, cit., p. 29.

150Nell'esperienza inglese, il principio trova fondamento nella dottrina della *privity of contract*, in forza del quale "*a contract cannot (as a general rule) confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it*", così G. H. TREITEL, *Privity*, cit., p. 901; analogamente v. P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 2006, p. 27. Si tratta di un principio che, a prescindere dalla forma col quale è accolto, è ritenuto fondamentale in quanto espressione della libertà contrattuale.

151Per un approfondimento, v. *infra* cap. II

terzi¹⁵². Tuttavia, il secondo comma dell'art. 1372 c.c. apre alla possibilità contraria, ossia al fatto che il contratto produca effetti *ultra partes*, ma si preoccupa di precisare immediatamente che tale ultraapplicazione opera solo nei casi previsti dalla legge¹⁵³. La dottrina è concorde nel riconoscere che il contratto a favore di terzo è una deroga al principio della relatività degli effetti del contratto. Quindi, la possibilità che dal contratto derivino obblighi di protezione verso soggetti che non assumono la qualifica di parte del rapporto obbligatorio necessita di un chiaro fondamento giuridico di diritto positivo per essere accolta.

Di recente è stato osservato che la regola della relatività appare ormai ridotta nella sua effettiva portata, perché con maggiore frequenza si individuano meccanismi negoziali attraverso i quali si producono effetti su soggetti estranei al negozio. In questo insieme vengono incluse anche le ipotesi di responsabilità aquiliana per fatto del terzo nei confronti di uno dei contraenti. A tal proposito, si può anche notare che nel nostro ordinamento non è mai stato in discussione che in questi casi sia applicabile la responsabilità extracontrattuale, ove ve ne fossero tutti i presupposti¹⁵⁴. In questo ambito, l'inadempimento, inteso come fatto giuridico, costituisce un presupposto materiale del torto da assoggettare alla relativa disciplina extracontrattuale.

Alcuni hanno cercato di superare il principio di relatività degli effetti del contratto alla luce del principio di solidarietà ex art. 2 Cost. Il punto cruciale del discorso è costituito dalla valorizzazione del principio costituzionale “per una impostazione nuova del problema dell'efficacia soggettiva del contratto”¹⁵⁵. L'atto negoziale del privato dovrebbe “realizzare la solidarietà tra le sfere giuridiche da esso coinvolte” e sarebbero rilevanti, oltre alle sfere giuridiche delle parti che hanno posto in essere l'atto, quelle dei soggetti sulle quali reagisce l'atto stesso¹⁵⁶.

152F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 935.

153M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in E. GABRIELLI (a cura di) *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, Torino, 1999, pp. 1051, ss, secondo il quale "in via di eccezione è disposto che il contratto può produrre effetti anche nei confronti dei terzi, ma solo nei casi previsti dalla legge". Nello stesso senso, v. anche C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., pp. 137 ss; 175.

154Questa impostazione si rinviene già nel pensiero di F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., pp. 1198 ss, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 207; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., pp. 1597 ss.

155C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pp. 222 e 232.

156C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 7, il quale 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

Al fine di limitare l'estensione delle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti dal contratto, si precisa che il principio di solidarietà può influire “soltanto per quelle sfere giuridiche alle quali quell'atto di autonomia è di per sé idoneo a far giungere i suoi effetti”¹⁵⁷. Di fronte ad una tale ricostruzione, in prima risposta è stato replicato che si può legittimamente dubitare che le norme costituzionali possano trovare attuazione nel campo dei rapporti tra privati senza la mediazione di norme ordinarie, le quali possono assumere sia la forma di clausole generali che quella di regole specifiche¹⁵⁸.

Per superare *l'impasse* è stato replicato che alla solidarietà spetta, in primo luogo, il compito di realizzare il collegamento tra gli effetti del contratto e la sfera giuridica del terzo. Successivamente, assieme alla clausola di buona fede, essa assolve alla funzione di generare obblighi che tutelano anche il terzo. Tuttavia, questa doppia funzione non sembra appagante e tanto meno necessaria, in quanto, una volta attuata la solidarietà sociale attraverso il richiamo alla correttezza disposto dall'art. 1175 c.c., questa norma è già da sola in grado di fondare e dare rilievo alla protezione dei soggetti le cui sfere giuridiche vengono coinvolte nell'attuazione del rapporto obbligatorio, senza che sia necessario fare un nuovo richiamo all'art. 2 Cost. per giustificare l'estensione degli obblighi di protezione verso i terzi¹⁵⁹.

Si rende quindi necessario lasciare il terreno costituzionale per verificare se nel nostro sistema si rinvenga una giustificazione unitaria che permetta di estendere

realizzano”.

157C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 264-266, il quale statuisce che “rispetto alla pura negazione della relatività il passo ulteriore che si realizza attraverso la solidarietà è in termini positivi, di individuazione delle sfere soggettive alle quali il contratto estende i suoi effetti. 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”.

158F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 227. Osserva C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pp. 241 ss., che l'applicabilità diretta “dislocherebbe la rilevanza dei principi costituzionali su un terreno completamente alternativo rispetto al sistema dato del diritto positivo, affidando al giudice un ruolo improbabile e comunque estraneo a quel sistema, che non prevede la disapplicazione per incostituzionalità della norma di legge”. Si precisa inoltre che “l'eventuale prevalere di interessi pubblici legati al cosiddetto ordine pubblico economico, ovvero di interessi privati del cosiddetto contraente debole, avviene non tramite l'applicazione diretta da parte del giudice delle norme costituzionali, bensì per via della specifica norma imperativa, secondo i percorsi del resto puntualmente indicati nel Codice civile da norme diverse, rispetto a quelle che prevedono clausole generali”.

159L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 289.

l'operatività degli obblighi di protezione ai terzi coinvolti dal contratto. A tal fine è necessario un breve richiamo alla figura della responsabilità precontrattuale per giungere ad una ricostruzione conclusiva. Richiamando la critica alla dottrina¹⁶⁰ e alla giurisprudenza dominante¹⁶¹ che collocano la responsabilità precontrattuale nell'area dell'illecito aquiliano, emerge come l'art. 1337 c.c. presuppone che tra due soggetti si instauri un contatto negoziale. In ordine ad esso nascono una serie di doveri, non soltanto negativi (intesi come astensione da ogni indebita ingerenza nella altrui sfera giuridica), ma anche di contenuto positivo. Alcuni tipi di doveri sono, ad esempio, quello di informare, di comportarsi lealmente, di attivarsi per la cura, per la custodia, e ogni altro che abbia il fine di proteggere gli interessi dell'altra parte.

In questi casi vi è un affidamento nella condotta della controparte nelle trattative, affidamento che può venire violato sia da una *culpa in faciendo* che da una *culpa in non faciendo*, che comportano comunque l'inosservanza di un obbligo di protezione. La rilevanza dell'affidamento si rinviene nel concetto stesso di buona fede oggettiva, il quale comporta la tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, probità, correttezza di un altro soggetto, con il quale si è entrati in una relazione di affari. Si può sostenere che la regola dettata dall'art. 1337 c.c. si faccia anche carico della tutela delle cose e della persona della controparte negoziale.

Nel codice si rinvengono numerose disposizioni che appaiono dei chiari esempi di responsabilità precontrattuale finalizzata a salvaguardare la sfera giuridica altrui. Il riferimento è, in particolare, all'obbligo di buona fede consistente nel dover comunicare alla controparte i vizi della cosa oggetto del contratto, così come previsto

¹⁶⁰Tra i vari, v. L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni, La struttura*, I, Milano, 1948, p. 117; V. E. CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 470 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 80; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1959, p. 514; M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto civile*, Pavia, 1954, p. 369; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 161.

¹⁶¹La tesi della responsabilità precontrattuale come responsabilità aquiliana viene giustificata dal fatto che essa "sorge prima che un contratto venga ad esistenza" Cass., 19 aprile 1983, n. 2705, in *Foro it., rep.* 1983, voce *Contratto in genere*, n.143, e quindi non è correlata alla violazione di obblighi negoziali (Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, id. 991, I, 184 con nota di D. CARUSO). In altre parole la maggior parte delle decisioni muovono dall'idea che la responsabilità contrattuale presupponga un contratto valido ed efficace, e la culpa in *contrahendo* abbia un presupposto esattamente opposto (Cass. 16 aprile 1994, n. 36211, Id, Rep. 1994, voce cit. Si segnala una parziale inversione di tendenza posta in essere da Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, id., 2006, 1105, secondo cui "la violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido". Ma non è stata accolta la tesi della natura contrattuale della responsabilità.

dagli artt. 1578 cpv. c.c., ed ai casi contemplati dagli artt.1812 e 1821 c.c., relativa ai danni subiti dal mutuatario dalla cosa data in prestito.

Lo stesso principio vale per i vizi della cosa venduta, che devono essere obbligatoriamente comunicati. Essendo una espressione del principio di buona fede contrattuale, la forma di responsabilità attribuita alla sua violazione deve essere dello stesso genere. Infatti, anche quando si tratta della omessa comunicazione della causa di invalidità di un contratto (conosciuta o conoscibile mediante l'ordinaria diligenza), l'obbligo violato è una applicazione della regola sancita dall'art. 1337 c.c. Ed è proprio la presenza di una regola come l'art. 1337 c.c. che deve guidare l'interprete: questa disposizione può essere vista come una riproduzione sostanziale dell'art. 1175 c.c., che ha il compito di operare nella fase delle trattative e nel momento della formazione del contratto. L'art. 1337 c.c. presuppone un contatto negoziale tra soggetti in ordine al quale essa fa sorgere una serie di obblighi sia negativi, di astensione da ogni indebita ingerenza nella sfera altrui, sia positivi, che richiedono di informare, di comportarsi lealmente, di attivarsi per la cura e la custodia, in una parola di proteggere la sfera giuridica altrui¹⁶². In tutti questi casi la lesione è occasionata dall'affidamento riposto nel comportamento della controparte¹⁶³.

Se si osserva con attenzione il diritto positivo, emerge che tutti gli obblighi che derivano dagli artt. 1337 e 1338 c.c. non sono altro che obblighi di protezione, in quanto ognuno di essi ha come oggetto la salvaguardia dello *status quo*. In caso di recesso ingiustificato dalle trattative e di conclusione di un contratto invalido o inefficace, si afferma in sostanza che l'interesse è quello che non sia intaccata l'integrità della sfera giuridica della parte che intavola le trattative¹⁶⁴. Essendo questa

¹⁶²La regola ex art. 1337 c.c. si fa carico anche della tutela delle persone e delle cose che appartengono alla controparte. La *ratio* di protezione è presente anche nella previsione dell'art. 1718, comma 4. In questo caso l'incaricato che non intende accettare l'affare è tenuto alla custodia della cosa e non viene in rilievo la correttezza dell'affare per il semplice motivo che esso non verrà concluso. L'incaricato dovrà dunque tenere un comportamento volto a mantenere l'integrità del bene ricevuto ai fini del mandato.

Sull'obbligo di custodia che deriva dall'art. 1337 c.c., v. G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 238.

¹⁶³E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 84, il quale riferendosi alle trattative precontrattuali osservava che "il comportamento secondo correttezza in questo specifico contatto sociale richiede non semplicemente un comportamento negativo", in quanto esso "si concreta in doveri positivi di lealtà, in doveri di chiarimento, in doveri di informazione verso la controparte".

¹⁶⁴Sul concetto di interesse negativo nell'ambito della responsabilità precontrattuale, si veda P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il "quantum"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 487; P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, *passim*. Per altri approfondimenti, v. A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella*

la loro funzione, non è corretto escludere a priori dal novero dei beni tutelati alcune categorie, ma anzi occorre prendere atto che l'art. 1337 c.c., così come l'art. 1175 c.c., ha carattere di clausola generale, in forza della quale viene regolato tutto ciò che rientra nella fase delle trattative o si trova con queste causalmente connesso¹⁶⁵.

Appare infine necessario, una volta preso atto della ricostruzione prospettata, della necessità di delimitare l'area governata dalla buona fede, poiché non è possibile riconoscere indiscriminatamente effetti giuridici di natura contrattuale. A tal fine è stato proposto il ricorso al concetto di causalità adeguata, giacché anche per la fase pre-stipulatoria si tratta di stabilire se il danno è causalmente legato al contatto qualificato e all'affidamento anteriormente instauratosi tra danneggiato e danneggiante¹⁶⁶.

8. L'obbligazione senza obbligo primario di prestazione

L'occasione per analizzare la figura dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione è stata fornita alla giurisprudenza dalla responsabilità del medico dipendente da ente ospedaliero. Con tale sentenza, la Suprema Corte supera il precedente orientamento secondo il quale la responsabilità del medico dipendente era da ascrivere all'illecito aquiliano¹⁶⁷.

responsabilità civile, in *Cont. impr.*, 1988, p. 792. Secondo la giurisprudenza, "per la relativa valutazione (del danno), occorre coordinare il principio secondo il quale il vincolo negoziale e i diritti che ne derivano sorgono soltanto con la stipula del contratto – si che non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto - con quello per cui dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce il diritto ad essere risarcito per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (c.d. interesse negativo)", Cass., 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 317; conformemente, v. Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, id., 204, I, 3009, con nota di P. PARDOLESI.

165L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., p. 364, il quale fa notare che "con la disposizione dell'art. 1337 c.c. Il nuovo legislatore ha esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle trattative e della formazione del contratto, e ciò importa che gli obblighi reciproci di correttezza, di cui parla l'art. 1175 c.c., sorgono già in questa fase in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra in quanto tale, in quanto cioè, attraverso la relazione instaurata dalla trattative, viene investita di una specifica possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte".

166Propende per questa soluzione L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 329.

167Si tratta di Cass., 22 gennaio 1999, n. 589. Per un approccio critico al riferimento al contatto sociale utilizzato nella sentenza, v. M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1999, I, pp. 661 ss., ove si censurano le notevoli potenzialità espansive del nuovo indirizzo.

Alla luce del ribaltamento giurisprudenziale, tale responsabilità deve qualificarsi come contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario. Questo non già a causa dell'esistenza di un vincolo contrattuale esistente tra le parti, ma in virtù del contatto sociale. Nella pronuncia si adopera, per il vero, anche la categoria di origine dottrinale di “rapporto contrattuale di fatto”, ma si è osservato che la fonte dell'obbligazione di protezione non è un rapporto contrattuale di fatto, bensì il contatto sociale il quale, allo stesso modo che nella responsabilità precontrattuale, è il fatto giuridico costituente il presupposto di applicabilità dell'art. 1218 c.c.¹⁶⁸. Si verifica così una dissociazione tra la fonte ed regime applicativo della responsabilità, con il risultato che ad essere contrattuale è solo il rapporto, e non la fonte.

Secondo tale ricostruzione, dall'operatore professionale si deve esigere quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento. L'assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente, non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica *ab origine* l'opera di quest'ultimo. Tale professionalità si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi, entrando in contatto con lui, vi ha fatto affidamento. La responsabilità è contrattuale perché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in base ad un vincolo obbligatorio secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale. La sussunzione della responsabilità nell'orbita dell'inadempimento consente di agire nei confronti del medico in due casi. Il primo si concretizza quando il suo intervento abbia cagionato un danno, e cioè nell'ipotesi in cui il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente all'intervento medico. Il secondo si verifica quando l'esistenza di un rapporto obbligatorio consente di agire anche nel caso in cui il paziente non abbia conseguito il risultato positivo (o migliorativo) che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere¹⁶⁹.

168F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 94; I. SADICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. imp.*, 2005, p. 101, ove si critica il riferimento al rapporto contrattuale di fatto. Per C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 487, il richiamo al rapporto contrattuale di fatto (contratti nulli a cui la legge attribuisce eccezionalmente limitato vigore) non è pertinente perché essi danno vita, in quanto atti negoziali, ad obblighi di prestazione.

169C. CASTRONOVO, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, cit., pp. 485, 496 ss, secondo il quale quando la cura, pur non dannosa si sia rivelata inutile nonostante aspettative ingenerate e risultati promessi, il paziente può agire nei confronti della struttura sanitaria, ma non nei confronti del medico che abbia concretamente apprestato le cure, non essendo quest'ultimo

Mentre la posizione della giurisprudenza di legittimità, in relazione all'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, è rimasta ancorata alla soluzione appena prospettata, il panorama pare essere mutato relativamente alle altre ipotesi di obbligazione senza prestazione emerse in giurisprudenza¹⁷⁰. Uno dei casi più emblematici, in cui la categoria in questione ha ricevuto significativa applicazione, è quella della responsabilità dell'insegnante per il danno cagionato dal minore a se stesso.

Componendo un contrasto tra sezioni semplici, le Sezioni Unite hanno escluso che nella fattispecie sia applicabile la disciplina dettata dall'art. 2047 c.c.¹⁷¹. Infatti, la presunzione di responsabilità ivi prevista non è applicabile all'ipotesi del danno cagionato all'incapace a se stesso, perché questa opera solo per il caso del danno cagionato dall'incapace ad un terzo¹⁷². L'orientamento contrario determina una radicale alterazione della lettura della norma, non più intesa quale *culpa in vigilando* del precettore per il fatto illecito compiuto dall'allievo in danno del terzo, ma quale diretta responsabilità del precettore nei confronti dell'allievo per fatto illecito proprio¹⁷³. In virtù di questo cambiamento di prospettiva, dovrebbe dunque trovare applicazione l'art. 2043 c.c..

Nel chiarire che la questione non ha formato oggetto di giudizio nelle fasi di merito, che dunque nel *decisum* resta sul piano della responsabilità extracontrattuale, la Corte ha comunque colto l'occasione per precisare che la decisione più corretta sarebbe stata quella della riconduzione nell'ambito contrattuale sia della responsabilità dell'istituto scolastico, sia di quella dell'insegnante, con la conseguente applicazione del regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c. Infatti, quando l'istituto scolastico

obbligato alla prestazione. L'azione contro il medico può essere proposta solo nei casi in cui la cura, oltre che inutile, si sia rivelata dannosa per la salute del paziente. Il rilievo critico è da mettere in relazione al fatto che l'interesse solo nel caso di inadempimento della prestazione, mentre nell'ipotesi dell'obbligazione senza prestazione, in cui rileva l'interesse di protezione (l'interesse cioè a non subire un pregiudizio), è risarcibile solo l'interesse negativo.

170Si segnalano le seguenti decisioni in argomento: Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Foro it. rep.* 2006, voce *Professioni intellettuali*, n. 197; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, *Ibidem*, Voce cit., n. 193; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, *id.*, 2004, Vol. I, 3328; Cass., 29 settembre 2004, n. 19564, *id.*, rep. 2005, voce cit., n. 258.

171Cass., S.U., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a se stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*

172In questi termini si esprimeva già l'indirizzo prevalente in giurisprudenza.

173In sostanza, il rimprovero che viene mosso all'insegnante è quello di non aver impedito che venisse compiuta la condotta autolesiva. Questa condotta viola l'obbligo di vigilanza, da cui sorge la responsabilità.

accoglie la domanda di iscrizione ed ammette l'allievo alla frequenza dei suoi corsi, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale. In virtù di tale legame, l'istituto assume l'obbligo, fra l'altro, di vigilare anche sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica. Tra le varie ipotesi di vigilanza rientra anche quella di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso con condotte autolesive. Tra l'insegnante dipendente dell'istituto scolastico e l'allievo si instaura un rapporto giuridico originato dal contatto sociale. Al suo interno il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Nonostante la *ratio decidendi* della pronuncia delle Sezioni Unite non si basi sull'applicabilità dell'art. 1218 c.c., tale orientamento, utilizzato nelle ipotesi in questione, è poi rimasto costante nella giurisprudenza¹⁷⁴.

In un diverso ambito, è stata esclusa la configurabilità della responsabilità da contatto sociale del notaio, a causa di motivi di merito e non di principio. La Corte di Cassazione riconosce che l'attività professionale del notaio rientra tra quelle protette e crea un alto affidamento nel soggetto che riceve la prestazione. Pertanto, se il notaio svolge la propria attività professionale in favore di un soggetto, essa deve sempre avere le stesse caratteristiche e qualità previste dalle norme di varia natura che presiedono la sua attività. Infatti, è sempre richiesta la soddisfazione di uno standard minimo qualitativo nei contratti di prestazione d'opera professionale intellettuale, in quanto il suo mancato rispetto determina in ogni caso una sua responsabilità. Se non che, il presupposto della responsabilità da contatto sociale è che l'esercente la professione protetta effettui una prestazione inesatta in favore di un soggetto, che per l'effetto ne riceve un danno. Se detta prestazione manca nei confronti del soggetto che si ritiene danneggiato, non può sussistere neppure una responsabilità del notaio dal contatto sociale¹⁷⁵.

174 Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 491 con nota di I. CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a se medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*; Cass., 6 giugno 2005, n. 12966, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 335; Cass., 18 novembre 2005, n. 24456, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1081; Cass., 29 aprile 2006, n. 10030, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce cit., n. 303.

175 Nel caso di specie, al notaio era stato conferito l'incarico di cancellazione delle ipoteche in occasione di un contratto di permuta. Più specificamente, la prestazione dell'attività professionale per la cancellazione delle ipoteche non solo non era stata richiesta dai ricorrenti, ma non era neppure stata effettuata in loro favore, ma in favore delle controparti, che erano divenute proprietarie del bene ipotecato. V. Cass., 23 ottobre 2002, n. 14394, in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 112, con nota di R. BARBANERA, *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*.

Nel quadro dell'obbligazione senza prestazione può essere collocata, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale, anche la responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile a soggetto non legittimato. In base all'art. 43 del Regio Decreto 21 dicembre 1933, n. 1736, l'assegno bancario con la clausola "non trasferibile" non può essere pagato se non al predatore, o a richiesta di costui, accreditato nel suo conto corrente. Questi non può girare l'assegno se non ad un banchiere per l'incasso, il quale non può ulteriormente girarlo. Il secondo comma della norma citata aggiunge che colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal predatore o dal banchiere giratario per l'incasso, risponde del pagamento¹⁷⁶.

Prima che l'intervento delle Sezioni Unite componesse il contrasto relativo alla natura della responsabilità di cui all'art. 43, la giurisprudenza era divisa tra la scelta di applicare il regime della responsabilità contrattuale o extracontrattuale. In riferimento all'assegno circolare, cui la regola dell'art. 43 risulta estendibile in base al rinvio contenuto nell'art. 86, comma 1 della c.d. "legge assegni", un orientamento giurisprudenziale sosteneva l'insorgenza di una obbligazione *ex lege*. Tra le fonti delle obbligazioni indicate dall'art. 1173 c.c., tale ipotesi era da ricomprendersi tra "ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico", escludendo dunque sia la derivazione da fatto illecito che da contratto (la responsabilità non ha natura contrattuale, non essendovi rapporto negoziale di sorta fra banca e beneficiario)¹⁷⁷.

Le Sezioni Unite invece concludono nel senso della responsabilità contrattuale non derivante da fonte negoziale, correggendo in parte la motivazione della pronuncia

Si è fatto riferimento a tale sentenza per ricavarne la conseguenza che mancando la prestazione, non è configurabile neanche il contatto sociale e dunque che l'obbligo da "contatto sociale" ha come proprio contenuto quello di portare correttamente e diligentemente a compimento la prestazione intrapresa spontaneamente (perché originariamente non dovuta onde garantire le ragioni del soggetto nella cui sfera si viene ad incidere con la prestazione), F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. Merito*, 2007, 3, pp. 555 ss. In questo modo però, l'obbligo di protezione, quale dovere di eseguire in modo diligente la prestazione, rifluisce nella tematica dell'adempimento della prestazione, la quale, già di suo, senza necessità del richiamo all'affidamento da contatto sociale si caratterizza per l'uso della diligenza (art. 1176 c.c.) e per il comportamento secondo correttezza (art. 1175 c.c.).

¹⁷⁶Per le disposizioni più recenti in ordine all'assegno bancario, v. art. 49 D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

¹⁷⁷La sentenza richiamata è Cass. 6 ottobre 2005, n. 19512, in *Foro it.*, 2006, I, 1091 con osservazioni di D. SABBATICI; conformemente, v. anche Cass., 25 agosto 2006, n. 18543, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 2007, II, p. 285, con nota di R. LUPPOLI, *Problemi in tema di responsabilità della banca girataria per l'incasso di assegno non trasferibile*.

appena citata. Per escludere la necessaria riconducibilità ad un titolo negoziale della responsabilità contrattuale, si richiama la giurisprudenza sul contatto sociale, e si elimina il richiamo alla terza categoria di fonti di cui all'art. 1173 c.c. la quale viene identificata con la responsabilità da fatto lecito (*in primis* la responsabilità derivante dalla gestione di affari altrui o dall'arricchimento privo di causa). Alla base della responsabilità prevista dall'art. 43 del Regio Decreto 21 dicembre 1933, n. 1736, sul banchiere grava l'obbligo di agire in conformità con gli standards richiesti dalla specifica professione, sul cui puntuale espletamento fanno affidamento tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione ed incasso dell'assegno munito di clausola di non trasferibilità¹⁷⁸. La violazione di tale dovere di protezione, inteso come obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto spinge la fattispecie fuori dall'illecito aquiliano o della stessa responsabilità *ex lege*, intesa come responsabilità da atto lecito, e fa concludere per la natura *latu sensu* contrattuale della responsabilità¹⁷⁹.

Per quanto riguarda la materia dell'intermediazione finanziaria, vi è chi ha affermato che l'obbligazione senza prestazione ha trovato una conferma nella legge¹⁸⁰. Per la fase precontrattuale gli obblighi dell'intermediario finanziario discendono dall'art. 1337 c.c. e dalla fonte regolamentare¹⁸¹. Invece, nella fase di esecuzione tali obblighi derivano dalle pattuizioni contenute nel contratto di intermediazione finanziaria, così come integrato ex art. 1374 c.c. dalle disposizioni legislative e regolamentari¹⁸².

A questo proposito non può sfuggire l'esistenza di una dettagliata disciplina regolamentare degli obblighi di comportamento di carattere informativo, ma anche di quelli che concernono il conflitto di interessi, l'adeguatezza e l'appropriatezza dell'operazione finanziaria. Per ciò che riguarda gli obblighi informativi, è sufficiente

178 Pare appena il caso di precisare che i soggetti coinvolti sono certamente il prenditore, ed eventualmente anche colui che abbia apposto sul titolo la clausola di non trasferibilità.

179 In questo senso si esprime Cass., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. Giur.* 2007, p. 1706 con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

180 C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 537. Sull'inquadramento della responsabilità dell'intermediario finanziario nell'ambito dell'affidamento ingenerato dallo status professionale, si veda da ultimo S. PANZINI, *Violazione dei doveri di informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. Imp.*, 2007, pp. 1002 ss.

181 Cfr. il Regolamento Consob adottato con delibera n. 16190, del 19 ottobre 2007.

182 Il riferimento è in particolare all'art. 21 del T.U.F.

richiamare l'art. 34 del citato Regolamento Consob che oltre a disciplinare la fase precontrattuale¹⁸³, fornisce delle disposizioni anche sulla attuazione del contratto di intermediazione finanziaria in relazione alle singole operazioni¹⁸⁴. Le Sezioni Unite hanno affermato che dalla violazione degli obblighi di comportamento da parte dell'intermediario finanziario non deriva la nullità del contratto di intermediazione finanziaria o dei singoli atti negoziali, ma l'obbligazione risarcitoria ed eventualmente la risolubilità del predetto contratto¹⁸⁵.

Per quanto riguarda la soluzione relativa all'onere della prova, le Sezioni Unite hanno affermato che il criterio di riparto dell'*onus probandi* deve essere fondato sulla presunzione di persistenza del diritto desumibile dall'art. 2697 c.c.. In virtù di questo, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dall'adempimento. Con riferimento alla *culpa in contrahendo* è stato osservato che la presunzione di persistenza del diritto ha senso quando esso ha ad oggetto una prestazione determinata nel suo contenuto, ma l'argomento pare estensibile a tutte le obbligazioni di comportamento la cui fonte sia il principio di correttezza. La stessa presunzione ha meno significato quando la pretesa creditoria sia invece indirizzata ad un mero comportamento corretto di cui non sia preconstituito o preconstituibile né il contenuto né le modalità di attuazione. Sulla base di questa premessa, è stato sostenuto che all'attore non è sufficiente dimostrare l'esistenza di un rapporto contrattuale, cioè il fatto da cui è sorto l'obbligo di buona fede, limitandosi ad allegare la scorrettezza del comportamento tenuto dalla controparte. Infatti, sarà onere di chi agisce per il risarcimento dover allegare e provare i comportamenti altrui che si assumono contrari alla condotta che sarebbe stato corretto tenere¹⁸⁶.

Stando a questi rilievi, sembrerebbe che il passaggio alla responsabilità

183Il testo dell'art. 34 del Regolamento Consob recita testualmente che "Gli intermediari forniscono al cliente al dettaglio o al potenziale cliente al dettaglio, in tempo utile prima che sia vincolato da qualsiasi contratto per la prestazione di servizi di investimento o accessori, le informazioni concernenti i termini del contratto".

184L'art. 34 sopra menzionato dispone anche che "Gli intermediari forniscono le informazioni di cui agli artt. 29-32 ai clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio in tempo utile prima della prestazione di servizi di investimento o accessori".

185Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, vol. I, 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*.

186Così, G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 1117, allo scopo di dimostrare che ai fini della distribuzione dell'onere della prova in materia di *culpa in contrahendo* è indifferente la qualifica in termini aquiliani o contrattuali della responsabilità.

contrattuale non arrecherebbe un effettivo vantaggio al soggetto danneggiato, incombando su di lui comunque la prova del comportamento contrario a buona fede. Un primo rilievo da fare riguarda proprio il contenuto dell'obbligazione senza prestazione. Non è detto che quest'ultima sia ricostruibile come mero comportamento di protezione e non anche come prestazione determinata¹⁸⁷. Il rapporto è orientato all'adempimento di obblighi specifici derivanti dallo statuto professionale del debitore, così che il creditore può esigere prestazioni che siano finalizzate alla soddisfazione di un interesse, e non alla mera protezione. Ad esempio, nel rapporto col medico, l'attività professionale richiesta va oltre il semplice impedire che la condizione del paziente non sia peggiore di quella che sarebbe stata ove il contatto non si fosse verificato. La differenza rispetto alla prestazione contrattuale è che la fonte non è data dal contratto. All'origine del rapporto c'è la stessa attività esecutiva, sicché è la prestazione professionale che precede l'obbligazione. La “obbligazione senza prestazione” è un espediente retorico per indicare il vero significato della categoria che è costituito dalla fonte non contrattuale del rapporto. Più che di obbligazione senza prestazione dovrebbe parlarsi di prestazione senza obbligazione. La presenza di una specifica prestazione allontana la tematica dei rapporti obbligatori di fatto da quella della responsabilità precontrattuale¹⁸⁸.

Se si assume questa posizione nei confronti della teoria dell'obbligazione senza prestazione, è agevole concludere nel senso che, anche nelle obbligazioni di comportamento derivanti dallo *status* professionale, è configurabile un diritto ad una

¹⁸⁷È questo il senso di una delle critiche che è stata svolta nei confronti della teoria delle obbligazioni senza prestazione. Si è detto che è pur sempre prestazione un comportamento orientato a far ottenere un risultato favorevole a soggetti determinati.

¹⁸⁸Si tratta di rilievi svolti da A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., pp. 446 ss.; ID., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1706 ss. All'obiezione è stato replicato che il risultato utile della prestazione sanitaria è atteso non nei confronti del medico, ma della struttura sanitaria, che risponde ai sensi dell'art. 1228 c.c. (responsabilità per il fatto degli ausiliari), ma la responsabilità *ex contractu* del *dominus* non esclude quella degli ausiliari nei confronti del danneggiato (come si desume dalla derivazione dell'art. 1228, norma ignota al codice del 1865, dall'art. 2049), anche se ad un titolo diverso sia da quello aquiliano che da quello del debito per prestazione e cioè a titolo di obbligazione senza prestazione, così C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto* cit., pp. 488 ss. Si è ulteriormente replicato che pur postulato un rapporto autonomo con il paziente, cioè al di là dell'art. 1228, la conclusione non cambia e il contenuto dell'obbligazione resta lo stesso, cioè una responsabilità per *non faciendo*, in questo senso A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, cit., p. 1706 ss. Non è inutile segnalare che ai sensi dell'art. 1228, il debitore che si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi o colposi di costoro, e cioè del fatto illecito, non dell'inadempimento di un obbligo (sia pure non di prestazione ma di protezione).

prestazione determinata. Il creditore può quindi limitarsi ad allegare l'inadempimento della prestazione in questione lasciando al soggetto obbligato l'onere della prova¹⁸⁹. Infatti, le Sezioni Unite proprio sul presupposto del fondamento nel contatto sociale dell'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria hanno affermato che “l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni c.d. di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato, ovvero che, pur esistendo, non è stato, nella fattispecie, causa del danno”¹⁹⁰.

9. Il problema del concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali

L'ambiguo inquadramento degli obblighi di protezione nella responsabilità contrattuale o in quella extracontrattuale pone il problema della possibile duplicazione delle tutele. Il rischio viene evidenziato da coloro che ritengono la responsabilità aquiliana come rimedio tipico, se non esclusivo, per difendersi dal pregiudizio alla persona o al patrimonio¹⁹¹. Seguendo tale prospettiva, ne consegue che tutto ciò che

¹⁸⁹Senza tuttavia approdare a questa lettura critica di questa tematica dell'obbligazione senza prestazione, per replicare alla tesi della necessità della prova da parte del creditore del comportamento del creditore “scorretto”. È sufficiente richiamare gli ultimi sviluppi della giurisprudenza in tema di onere della prova, v. Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455, con osservazioni di A. PALMIERI. Nella sentenza si specifica che in passato veniva utilizzata la distinzione tra obbligazioni mezzi e di risultato per sostenere che mentre le obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza. Invece, nell'obbligazione di risultato, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. La distinzione in discorso, anche sul presupposto che in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, è stato ormai abbandonato dalla giurisprudenza, cfr. Cass., 29 luglio 2005, n. 15781, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, p. 828; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, II, p. 1824; Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 12, p. 1565 con nota di MARICONDA, e in *Contratti*, 2002, 2, p. 113 con nota di U. CARNEVALI, che aveva chiarito la questione dell'onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento senza alcun richiamo alla distinzione tra le obbligazioni di mezzo e di risultato.

¹⁹⁰Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

¹⁹¹E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 382, il quale sostiene che “vi sono ordinamenti, come quello tedesco, in cui la tutela della persona e/o delle cose dell'altro

fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta ricade nella responsabilità extracontrattuale¹⁹².

Nello stesso senso si pone chi, partendo dall'analisi dell'art. 1174 c.c., sostiene che l'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione, mentre gli interessi messi a rischio nella vita di relazione attraverso il contatto sociale sono diversi¹⁹³. A protezione di questi ulteriori interessi si impongono agli operatori dei doveri di condotta non generici, ma calibrati sulla specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco. Tali doveri, comunque, non diventano automaticamente obbligazioni, sicché la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale¹⁹⁴. Tale concezione si fonda sulla concezione in base alla quale nell'ordinamento esistono beni giuridici di primaria importanza che per questo sono protetti in quanto tali (vita, salute, proprietà), e per la cui tutela non vi è bisogno di un rapporto specifico. In particolare, non c'è bisogno di una prestazione da parte di un soggetto determinato¹⁹⁵.

Questa posizione è ancora radicata nella giurisprudenza di legittimità, anche recente, che ha testualmente affermato che “tutte le volte che non emerga una precisa scelta del danneggiato in favore dell'azione contrattuale, deve ritenersi proposta l'azione di responsabilità extracontrattuale [...giacché] ai fini della proposizione della azione di responsabilità contrattuale occorre che la domanda sia espressamente fondata sull'inadempimento del debitore di una determinata e specifica obbligazione contrattuale. Occorre cioè una qualificazione espressa della domanda, e non una semplice prospettazione generica dell'inosservanza di precetti o di disposizioni legislative. Laddove sia ambigua, non risultando possibile evincere quale sia la scelta

contraente è compito dei contratti, altri ordinamenti, come quello francese e italiano, in cui la medesima tutela è una prerogativa del sistema della responsabilità civile”. Questa situazione, secondo l'autore “vale a spiegare la scarsa fortuna del contratto con effetti protettivi nel diritto italiano”. Quest'ultima fattispecie rappresenta una estensione a favore dei terzi degli obblighi di protezione che sono volti a tutelare le parti del rapporto obbligatorio.

192F. GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del Contratto* a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, p. 15. Il volume raccoglie i contributi del Seminario tenutosi i giorni 3 e 4 maggio 2002 nell'Università di Macerata.

193Tra i tanti, alcuni degli interessi ai quali si fa riferimento sono la sicurezza nella circolazione automobilistica, la lealtà della competizione economica, la correttezza e serietà delle trattative contrattuali.

194V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Iudica Zatti, Milano, 2001, p. 185.

195S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 159,203, il quale afferma che il dovere di protezione ex art. 1175 “rischia di tradursi in una inutile duplicazione di quanto già disposto dall'art. 2043 c.c.”.

del danneggiato, la domanda deve essere interpretata, in base al *petitum* e alla *causa petendi*, come una causa di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.”¹⁹⁶.

Tale pronuncia contrasta con la dottrina maggioritaria già analizzata, la quale ritiene che gli obblighi di protezione facciano parte del rapporto obbligatorio, e pertanto la loro tutela avviene attraverso la responsabilità contrattuale¹⁹⁷. Tale contrasto è il segno sintomatico più evidente dell'incertezza che regna in materia, e certifica che allo stato attuale sull'argomento nessuna tesi riesce a catalizzare il consenso unanime dei formanti dottrinali e giurisprudenziali. Ciò premesso, occorre verificare se le previsioni richiamate debbano essere considerate delle eccezioni o, al contrario, esprimano la necessità del collegamento tra tutela dell'integrità della sfera giuridica e l'obbligazione¹⁹⁸.

Le disposizioni normative possono dare l'idea che, in caso di concorso tra responsabilità contrattuale ed aquiliana, la prima prevalga in forza dell'esistenza di un preciso rapporto obbligatorio esistente tra le parti¹⁹⁹. La giurisprudenza pare essere però di diverso avviso, pur non fornendo una soluzione univoca al problema. Un orientamento ritiene che vi sia la possibilità di risolvere le fattispecie esaminate attraverso il ricorso alla regola del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Questo vale sia in relazione alle ipotesi di concorso in senso

196Cass., 10 marzo 2006, n. 5244.

197Per la posizione che inquadra gli obblighi di protezione nell'ambito contrattuale, v. *infra*, pr. 2.

198Sull'evoluzione giurisprudenziale, v. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* (Artt. 1218-1222), cit., pp. 239 ss.

199In dottrina, il primo tentativo di giustificare l'ammissibilità del concorso fa riferimento al carattere cogente ed inderogabile delle norme di responsabilità aquiliana, v. G. PACCHIONI, *Diritto Civile Italiano*, II, vol. IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 162; *contra*, v. A. TOSCANO, *Responsabilità civile. Problema del cumulo o del concorso delle responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 156, il quale attribuisce anche alla responsabilità contrattuale valore di ordine pubblico. Tra gli autori che si sono espressi in favore dell'ammissibilità del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, v. anche G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, pp. 41-42; W. HEINITZ, *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana*, in *Foro it.*, 1936, I, 1566; R. SACCO, *Colpa contrattuale e aquiliana. Concorso o incompatibilità*, in *Mon. Trib.*, 1926, p. 802; E. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963, pp. 249 ss.; ID., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, p. 115; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, p. 678; BRASIELLO, *Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale. Svalutazione monetaria. Trasporto merci*, in *Giur. compl. cass. civ.*, p. 300; ID., *In tema di circolazione di veicoli, e di trasporti sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito. Concorso di azioni per responsabilità aquiliana e contrattuale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, III, pp. 749 ss.; P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, pp. 157 ss.; G. ALPA – M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 14, Torino, 1982, pp. 234 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., pp. 1089 ss.

proprio, in cui il danneggiante ed il danneggiato coincidono con i soggetti del rapporto obbligatorio ed il danno aquiliano è diretta conseguenza dell'inadempimento, sia nelle ipotesi di concorso improprio, nelle quali la responsabilità extracontrattuale opera in funzione di protezione di interessi del creditore ritenuti estranei al contenuto dell'obbligazione, oppure di soggetti terzi rispetto al rapporto obbligatorio.

Di particolare interesse sono poi le tappe percorse dalla giurisprudenza sull'applicabilità dell'art. 2054 c.c. in favore delle persone trasportate sull'autoveicolo. Tale articolo appartiene alla disciplina relativa ai fatti illeciti e la sua applicazione era prevista originariamente nei confronti dei terzi che venissero danneggiati dal veicolo in circolazione. Anche la Cassazione ha ritenuto che questa disposizione possa essere applicata solamente ai terzi estranei alla circolazione. Infatti, una recente pronuncia della Suprema corte ha affermato che l'art. 2054 non si applica solamente alle c.d. vittime esterne, ma anche alle persone che viaggiano sul veicolo in forza di mero rapporto di cortesia da parte del danneggiante. La giustificazione viene fondata sul fatto che l'art. 2054 c.c. è, nella materia dei danni da circolazione, espressione di principi generali applicabili a chiunque subisca il danno, quale che sia il titolo di trasporto, contrattuale o di cortesia, a titolo oneroso o gratuito.

A prima vista questa affermazione appare una petizione di principio, nella parte in cui da per scontato quello che andrebbe provato, ovvero che l'art. 2054 c.c. sia applicabile anche ai rapporti interni. I rapporti tra trasportante e trasportato, indipendentemente dal fatto che il trasporto sia effettuato a titolo gratuito o per cortesia, si connotano per un particolare legame che si instaura tra i due soggetti in occasione nel viaggio. Tale legame è denominato dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente come “contatto sociale”, che fa nascere obblighi di protezione. La responsabilità per i danni subiti dal passeggero è qualificata come contrattuale in ragione della violazione di un rapporto. Ciò comporta che essa è sottratta alla disciplina sostanziale e probatoria prevista dall'art. 2054. Questa stessa conclusione ha valore anche nel caso in cui il danno sia prodotto nei confronti del proprietario non conducente del veicolo. Nel caso in cui quest'ultimo non fosse alla guida, non sarebbe considerabile vettore, ma solamente colui che mette il veicolo nella disponibilità del conducente.

È agevole scorgere che la posizione della giurisprudenza sottende la volontà di

rendere applicabile la disciplina del terzo comma dell'art. 2054 ai soggetti trasportati, nella prospettiva che non fosse applicabile l'art. 1681 c.c.. Tuttavia, la posizione del danneggiato poteva essere tutelata senza varcare i confini della responsabilità contrattuale, evitando di trasformare un'area di responsabilità contrattuale esclusiva in una all'interno della quale la stessa concorre con la responsabilità aquiliana²⁰⁰.

A riprova di una materia ancora in divenire, si rinviene una decisione di segno opposto della Suprema corte. Essa sostiene che, anche in assenza di un contratto che preceda l'evento dannoso, vi è spazio per la responsabilità contrattuale quando tra danneggiante e danneggiato vi sia una relazione in grado di creare un particolare affidamento. Da questo scaturisce l'obbligo di proteggere l'altra parte nella stessa misura in cui questo obbligo si manifesta all'interno di un rapporto obbligatorio ordinario²⁰¹. In questo frangente, la giurisprudenza ha accolto il pensiero di chi ritiene che qualificare il danno causato dal sanitario come aquiliano equivarrebbe a considerare chi dovrebbe operare secondo le *leges artis*, come *alguien que anda por ahí*²⁰². La Corte, nell'accogliere la soluzione in questione, ha seguito la tesi di chi ritiene che si possano avere obblighi di protezione anche quando manchi l'obbligo di prestazione, cioè che possa aversi una obbligazione senza prestazione.

Una diversa prospettazione esamina il fenomeno sotto il profilo del collegamento negoziale tra obbligazioni. Da una parte si pone la struttura sanitaria, tenuta in forza alla legge alla prestazione sanitaria nei confronti del paziente. Dall'altra si colloca il medico da essa dipendente che, individuato secondo le regole del contratto che lo lega all'ospedale, è tenuto all'adempimento della prestazione lavorativa nei confronti dello stesso per il beneficio del terzo, ovvero il paziente. Attraverso il collegamento causale tra queste obbligazioni, si viene a creare una figura unitaria dove, al dovere della struttura di adempiere, si affianca la posizione del paziente-creditore che ha il diritto di ricevere una prestazione di assistenza sanitaria²⁰³.

200Cass., 26 ottobre 1998, afferma che “è ovvio che il titolo contrattuale del trasporto non preclude al trasportato di invocare la responsabilità extracontrattuale del conducente, la quale comporta l'estensione - non consentita dall'art. 1681 c.c. - al proprietario del veicolo della responsabilità del conducente stesso”.

201Il caso deciso riguardava un medico ospedaliero, il quale, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, non è debitore nei confronti del paziente perché il soggetto giuridico tenuto alla prestazione è l'ospedale presso il quale il medico opera.

202C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 196.

203La tematica è stata oggetto di maggiore attenzione nel precedente paragrafo relativo al contratto con effetti protettivi del terzo.

Sulla scorta di tali decisioni contraddittorie, la Cassazione successiva ha scelto di inviare un primo segnale di rifiuto del cumulo delle responsabilità. Infatti, una volta che si ammette l'esistenza di obblighi di protezione indipendenti dall'esistenza di un obbligo di prestazione, è possibile raggiungere con la tutela contrattuale risultati che in precedenza erano affidati al mero rispetto dell'*alterum non laedere*²⁰⁴. Da questi primi sviluppi sembra che l'idea del concorso di responsabilità non venga intesa in maniera assoluta, così come accade nell'ordinamento francese dove vige il tassativo divieto del *non cumul*. Piuttosto, in modo molto pragmatico, il cumulo viene accolto tante volte quante si riveli maggiormente favorevole per il danneggiato.

Ai fini della presente ricerca è qui necessario restringere il campo di indagine all'ipotesi del concorso in senso proprio. In esso sussiste un unico fatto lesivo, di cui è autore uno dei soggetti del rapporto obbligatorio, che si configura al tempo stesso come violazione del precetto di cui all'art. 2043 c.c. ed inadempimento del debitore. Dal punto di vista soggettivo, danneggiante e danneggiato devono coincidere rispettivamente con il debitore e il creditore dell'obbligazione. Sotto il profilo oggettivo, il danno aquiliano deve essere conseguenza diretta dell'inadempimento dell'obbligazione.

Come già detto in precedenza, l'indirizzo dominante si esprimeva nel senso che è possibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Tale posizione risale ai primi anni del secondo dopoguerra, momento a partire dal quale si rinviene una serie di decisioni che enunciano con chiarezza il principio per cui, quando un unico evento dannoso violi contemporaneamente i diritti derivanti dal contratto ed il principio generale del *neminem laedere*, il danneggiato può esperire tanto l'azione contrattuale quanto quella aquiliana, anche successivamente l'una all'altra.

Sino al un recente passato, la giurisprudenza ha continuato ad essere sostanzialmente concorde nell'ammettere il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale quando un medesimo fatto viola non solo i diritti nascenti dal contratto, ma anche quelli inerenti la persona del creditore ed il suo patrimonio. Anche in caso di danni causati da vizi di una cosa oggetto di compravendita, il concorso è stato ritenuto ammissibile dalla Suprema corte. Nella circostanza essa ha

204R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 785 ss.

affermato che “se l'occasione privilegiata per il sorgere della responsabilità aquiliana è quella in cui si determina un contatto socialmente rilevante tra due membri della collettività, il vincolo negoziale è per eccellenza creatore e intensificatore di contatti sociali, sicché sembra difficile giustificare l'esclusione del rimedio apprestato dall'art. 2043 c.c. Proprio quando quell'occasione principalmente si configura”²⁰⁵.

In un periodo ancora precedente, massime dello stesso tenore hanno dato l'avvio ad una tendenza ormai stereotipata: quando un medesimo fatto viola contemporaneamente i diritti derivanti dal contratto ed il principio del *neminem laedere*, si ha concorso dell'azione contrattuale con quella extracontrattuale. In difetto di una specifica limitazione da parte del danneggiato, “la domanda di risarcimento può trovare accoglimento sia sotto l'uno che sotto l'altro profilo”²⁰⁶.

In senso contrario, in dottrina sono state subito sollevate delle critiche ed obiezioni alla sua ammissibilità: gli argomenti addotti per contestare il concorso delle due responsabilità possono essere schematizzati in tre gruppi di considerazioni.

Un primo gruppo fa perno fondamentalmente sul carattere di specialità che le regole di responsabilità contrattuale rivestono nei confronti dei soggetti contraenti, da contrapporre alle regole generali che impongono a tutti i consociati il rispetto del principio generale del *neminem laedere*²⁰⁷. In sintesi, secondo questo modello di argomentazione, la norma che tutela genericamente un interesse resta senza funzione di fronte ad una norma che tutela lo stesso interesse in modo più specifico, e cioè nei confronti di un soggetto determinato²⁰⁸. Tra i contraenti, per il solo fatto di essere legati da una convenzione, si viene a formare un ambiente del tutto speciale, un microcosmo, ed è esclusivamente a questa situazione speciale che si deve fare riferimento per poter definire il comportamento delle parti come giuridico o antiggiuridico²⁰⁹.

Un secondo gruppo di considerazioni si basa sulla prevalenza della volontà delle parti e sulla autonomia privata. Una volta che i contraenti abbiano

205Cass., 13 marzo 1980, n. 1696.

206Cass. 28 gennaio 1972, n. 226.

207Tra i tanti BRASIELLO, *Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale. Svalutazione monetaria. Trasporto di merci*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1952, II, 1, 300.

208A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II, pp. 350 ss., ivi, pp. 358 ss.

209A. TOSCANO, *Responsabilità civile. Rassegna di giurisprudenza. Problema del cumulo e del concorso di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, pp. 151 ss.

volontariamente attribuito ad un loro interesse una particolare tutela, si ritiene che questo interesse, per ciò stesso, rimane privo di altre tutele preesistenti²¹⁰.

Il terzo gruppo di considerazioni, spesso affiancate alle argomentazioni accennate in precedenza, fa leva sulla incompatibilità che sussiste fra i due diversi regimi di responsabilità, e fra la qualità di obbligato e di terzo estraneo al rapporto obbligatorio.

Per quanto concerne il primo tipo di responsabilità, si adduce a titolo di esempio la situazione del debitore che risulti inadempiente per colpa semplice rispetto ad un contratto che limita la responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave. Se il debitore fosse convenuto dal creditore con una azione aquiliana sarebbe tenuto al risarcimento del danno anche per le conseguenze non prevedibili al momento della conclusione del contratto. Secondo i fautori di questa teoria, le differenze di disciplina tra i due regimi di responsabilità sono così rilevanti che l'ammissione del concorso, qualora sia seguita dalla scelta delle regole sulla responsabilità aquiliana, sovvertirebbe del tutto l'applicazione delle norme che regolano la responsabilità contrattuale²¹¹.

In relazione al secondo genere di incompatibilità, è stato sostenuto che il titolare di un preciso diritto nei confronti di un soggetto determinato non può essere contemporaneamente titolare anche di un diritto generico (*erga omnes*) nei riguardi del medesimo soggetto, poiché la precisa identificazione del soggetto sarebbe una specificazione della tutela accordata al *quisque de populo*. Di conseguenza, le due qualità di obbligato e di terzo si escluderebbero reciprocamente²¹².

Nonostante le critiche appena riferite, il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ha continuato ad essere ammesso ed utilizzato²¹³.

210D. R. PETRETTI GRIVA, *In tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e d'azione di risarcimento per la morte di una persona*, in *Giur. Tosc.*, 1931, pp. 546 ss.

211A. TOSCANO, *Responsabilità civile*, cit., p. 154; R. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 962 ss.

212Tra gli altri L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, pp. 448 ss.

213In particolare, v. A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 2002, p.53; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1999, p. 155; G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. Prev.*, 1984, p. 36; P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989; C. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 317; ID, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impresa*, 1996, p. 659; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in

L'ammissibilità del concorso non vale però in caso di inadempimento contrattuale. Su questo punto il nostro ordinamento non pare ammettere contaminazioni extracontrattuali. La Cassazione afferma in termini netti che l'insorgenza di una responsabilità di natura aquiliana, in luogo dell'esclusiva responsabilità di natura contrattuale, necessita che il fatto prospettato come generatore del danno sia completamente estraneo all'esecuzione della prestazione richiesta.

Nella ricostruzione della Cassazione, il concorso è stato riconosciuto quando all'inadempimento si accompagna la violazione di diritti che appartengono alla parte indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale. Analogamente allo schema utilizzato per delimitare le due aree di responsabilità, è affermato che la violazione di un diritto trova tutela nella responsabilità aquiliana, mentre la spettanza di una prestazione in realtà non soddisfatta è protetta dalla responsabilità contrattuale²¹⁴.

Il momento attuale registra l'ennesimo ribaltamento giurisprudenziale, che in una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite ha affrontato il tema partendo dall'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale facendo ricorso alla tutela contrattuale²¹⁵. È ormai riconosciuto che il creditore ha l'obbligo di avvisare il debitore dell'inutilità della prestazione che questi sarebbe tenuto a fornire, essendo in difetto tenuto al risarcimento dei danni²¹⁶. Il fondamento di tale obbligo risiede nel principio di buona fede oggettiva o correttezza, quale generale principio di solidarietà sociale. Esso trova applicazione a prescindere alla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, imponendo al soggetto di mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale. Tale comportamento può sostanziarsi in obblighi di informazione e di avviso, nonché essere volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. La violazione di tali obblighi determina profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti, anche solo colposamente, ingenerati nei

Europa dir. priv., 2004, pp. 76.

214 Si occupa di riassumere efficacemente il quadro, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Guir. Treccani*, cit., § 4.1.

215 Per una panoramica dottrinale sul danno non patrimoniale in ambito contrattuale, v. V. ZENO ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1999, p. 109; ID., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p. 177; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 340; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2004, *passim*.

216 Cfr. Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass., 20 febbraio 2006, n. 3651.

terzi, e la tutela di tali interessi è di tipo contrattuale.

Queste conclusioni sono state raggiunte anche a causa della comparsa della figura del danno esistenziale, provocando oscillazioni in dottrina e giurisprudenza. In particolare, era dubbio cosa si dovesse intendere con la categoria danno esistenziale. Non era chiaro se tale figura, anche laddove esistente, potesse essere cumulata con il danno biologico (inteso come lesione del diritto alla salute, ex art. 32 Cost.) e danno morale (inteso, tradizionalmente, come transitorio turbamento psicologico)²¹⁷.

Le Sezioni Unite hanno indicato la strada da seguire in materia di danni non patrimoniali alla persona. Si rileva una certa apertura in favore della persona umana e dei suoi aspetti dinamico-relazionali, ma si procede ad una nuova sistemazione delle relative tutele. Si è passati dalla figura del danno esistenziale, come categoria dalla discussa collocazione, all'ingiustizia del danno costituzionalmente qualificata²¹⁸.

Questo passaggio non comporta di per sé una *deminutio* di tutela, ma solo una visione prospettica diversa. Infatti, ad una categoria generale dai contorni indefiniti, si sostituiscono una serie di danni relativi a lesioni di diritti inviolabili della persona umana. La loro determinazione è valutata caso per caso, attraverso una lettura

217La configurabilità di una nuova categoria di danno, quello esistenziale, ha dato luogo ad una produzione scientifica sterminata. Tra tutti, v. P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo. Il danno esistenziale*, in *Nuova categoria della responsabilità civile* a cura di P. Cendon – P. Ziviz, Milano, 2000; P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, pp. 1324 ss.; P. CENDON – P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 1777 ss.; P. CENDON – P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003; D. CHINDEMI, *Il danno esistenziale "esiste"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, pp. 1455 ss.; P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Scritti in onore di R. Sacco* a cura di P. Cendon, vol. II, 3, 1994, pp. 1322 ss.

218L'argomento è di centrale importanza ed ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza in un ampio dibattito. La stura è stata data dalle note sentenze "gemelle" della Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827-8828, avvallate con sentenza interpretativa di rigetto della Corte Cost., 16 luglio 2003, n. 233. Su questa giurisprudenza, v. i commenti di E. NAVARRETTA, in *Foro it.*, 2003, I, c.c. 2001 e 2272; F. D. BUNSELLI, G. PONZANELLI, A. PROCIDA DI MIRABELLI DI LAURO, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816; M. BONA, G. CRICENTI, G. PONZANELLI, A. PROCIDA DI MIRABELLI DI LAURO, S. TROIANO, *ivi*, p. 939; P. CENDON, E. BARGELLI, P. ZIVIZ, in *Resp. civ. prev.*, 2003, pp. 685 e 1041; M. FRANZONI, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1031. Sul nuovo assetto creato dalla svolta della giurisprudenza, v. le raccolte di riflessioni sul tema in AA. VV., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione* a cura di E. Navarretta, Milano, 2004; AA.VV., *Il "nuovo" danno non patrimoniale* a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004. Più nel dettaglio, v. F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 826 ss.; F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pp. 1292 ss.; M. FRANZONI, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impresa*, 2003, pp. 1193 ss.; G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 5 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, *ivi*, pp. 237 ss.; V. SCALISI, *Il danno esistenziale. La "svolta" della Suprema Corte di Cassazione avvallata "quasi in simultanea" dalla Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 58 ss.; E. NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, pp. 3 ss.

combinata dell'art. 2059 c.c. con le disposizioni della Costituzione che prevedono interessi degni della più alta forma di tutela.

Al contrario, se si fosse accolta la categoria del danno esistenziale, si sarebbe corso il rischio di portare l'art. 2059 c.c., che è a carattere tipico, nell'atipicità caratterizzante l'art. 2043 c.c. Ne deriva che il danno esistenziale non poteva essere riconosciuto perché non tipico, in contrasto con la lettera dello stesso art. 2059 c.c.. Proprio perché l'art. 2059 disciplina un danno tipico, esso può essere collegato solo con norme ben identificate (come quelle della Costituzione) e non con la categoria del danno esistenziale, che non presenta i caratteri della tipicità.

A fronte del dibattito, con una presa di posizione decisa, le Sezioni Unite hanno affermato che il danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., non può essere suddiviso in diverse poste risarcitorie, ma va considerato essenzialmente come *unicum*. Innanzitutto, l'art. 2059 va completato con gli elementi strutturali dell'art. 2043 c.c., soprattutto con la ricerca dell'interesse tutelato che avrebbe subito una lesione ingiusta.

L'analisi del dettato normativo ci consente di individuare una serie di ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale in relazione alla compromissione di valori personali²¹⁹. Al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione. Per effetto di tale estensione, il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c.²²⁰.

All'interno dello schema ex art. 2059 c.c. trova adeguata collocazione anche la

219Il riferimento alle ipotesi normativamente previste riguarda i danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie (art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117); dall'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali (art. 29, comma 9, legge n. 675/1996); dalla adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, comma 7, d. Lgs. n. 286/1998); dal mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo (art. 2 legge n. 89/2001).

220Alla categoria del danno biologico è stata data una specifica definizione normativa dagli artt. 138 e 139 D.Lgs. n. 209/2005. Tra le pronunce giurisprudenziali più recenti, per tutte v. Cass., 15 luglio 2005, n. 15022; Cass., 15 novembre 2006, n. 23918. In precedenza, come è noto, la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost., così come insegnato dalla Corte Cost. 30 giugno 1986, n. 184. Così facendo, si sottrae la fattispecie al limite posto dall'art. 2059 c.c., norma nella quale avrebbe ben potuto sin dall'origine trovare collocazione, così come sancito dalla successiva sentenza della Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in merito al danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria.

tutela dei soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.)²²¹. Eguale sorte spetta al danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, diritti inviolabile della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost.²²².

Al di fuori di tali casi, è possibile ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona, evenienza che si verifica quando c'è una ingiustizia ad un bene costituzionalmente garantito. Pertanto, non possono essere risarcite tutte le lesioni alla persona ovvero tutti i pregiudizi non patrimoniali, ma soltanto quelli che realizzano un'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Le sottocategorie del danno esistenziale e morale devono dunque essere accantonate, perché bisogna solo verificare se la lesione incide sui diritti inviolabili della persona. Inoltre, la lettura che l'interprete deve seguire è quella dell'art. 2059 c.c. con i diritti costituzionali inviolabili, che non vanno intesi come un *numerus clausus*. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico. Piuttosto, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, l'interprete può rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano concretamente tutelabili perché attendono a posizioni inviolabili della persona umana. Il c.d. pregiudizio di tipo esistenziale è, quindi, risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra una lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria.

La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona che siano conseguenza della lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. Dunque, la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità

²²¹Al riguardo è sintomatico il riconoscimento giurisprudenziale della categoria fornito con le celebri sentenze gemelle n. 8827 e 8828 del 2003, cit., concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto.

²²²Per tutte, v. Cass., 14 ottobre 2008, n. 25157.

della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza. Ne consegue che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. In caso di pregiudizi connotati da futilità, ogni persona inserita nel complesso contesto sociale deve accettare i piccoli disturbi della vita quotidiana in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)²²³.

Tali nuove istanze di tutela nell'ambito del danno non patrimoniale fissano nella teoria generale un nuovo limite alla risarcibilità dei diritti inviolabili della persona. La lesione di questi ultimi fa sorgere l'obbligo di risarcire tale danno, indipendentemente dal fatto che la fonte della responsabilità sia contrattuale o extracontrattuale. Questi rilievi assumono una grande rilevanza in tema di obblighi di protezione, perché l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore. La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà quindi essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni.

Gli interessi di natura non patrimoniale possono senz'altro assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, come confermato dalla lettera dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Dunque, è fondamentale accertare quali siano gli interessi compresi nell'area del contratto, operando un'analisi della causa concreta del negozio. Essa deve essere intesa come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato²²⁴.

223 I requisiti della futilità e della tollerabilità del pregiudizio devono essere accertate caso per caso dal giudice secondo la coscienza sociale in un determinato momento storico.

224 Un ruolo fondamentale nella vicenda è ricoperto dal superamento della visione della causa del contratto come ragione economico-sociale dello scambio di matrice "Bettiana", in favore di una valutazione economico-individuale degli interessi concretamente coinvolti, secondo l'insegnamento più recente. Per tutti, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, pp. 176 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 345 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. 28 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, I, pp. 224 ss.; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 894 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 105 ss.; ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, pp. 65-66; CARIOTA – FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956, pp. 30 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1960, VI, pp. 564

La tutela, poi, si è estesa a favore del creditore danneggiato dall'inadempimento, perché potrà fruire anche del risarcimento del danno non patrimoniale attraverso l'esaltazione dell'art. 1174 c.c. (relativo al c.d. interesse non patrimoniale). Questo consente di non dover agire in via aquiliana cumulata con l'azione contrattuale, perché bisogna garantire almeno il rimedio risarcitorio nei casi di lesione di diritti inviolabili della persona umana. Diversamente, vi sarebbe un *vulnus* all'art. 24 Cost.

ss.; MESSINEO, *Il contratto in generale*, Milano, 1968, pp. 109 ss.; S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli, 1970, II, pp. 237 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Bologna-Roma, 1970, pp. 24 ss. e 300 ss.

CAPITOLO II

Il sistema di tutela del *Common Law*

SOMMARIO: 1. La difficoltà e l'utilità di una comparazione con il *Common Law* alla ricerca di criteri comuni. - 2. Il sistema rimediabile come presupposto logico-giuridico del sistema anglosassone e comparazione con i sistemi codicistici europei. - 3. Brevi cenni storici sulla fonte della responsabilità. Dall'illecito penale (*Trespass*) all'illecito civile (*Trespass on the case*) sino alla tutela contrattuale nel *Common Law* inglese. - 4. Il superamento della "Privity Doctrine" come fonte dell'obbligazione risarcitoria e l'approdo ad un "General Duty of Care". - 5. Ambito di applicazione della *Contract Law* o della *Tort Law*. L'interesse giuridico protetto.

1. La difficoltà e l'utilità di una comparazione con il *common law* alla ricerca di criteri comuni

Tradizionalmente, la dottrina civilistica italiana dedica al *common law* molte meno attenzioni rispetto agli altri sistemi continentali, in particolare quello tedesco e francese. Le ragioni sono varie ed affondano le radici nella storia dei due ordinamenti²²⁵.

L'analisi della distinzione tra *civil* e *common law* può farsi partire dalla diversa nozione di norma giuridica. Nel sistema continentale, la norma giuridica è concepita come una regola di condotta. La creazione e l'elaborazione di tale regola è compito attribuito principalmente alla dottrina, che ispira il legislatore configurando la norma in termini generali ed astratti²²⁶. L'applicazione concreta della norma è compito che

225Non pare essere questa la sede più appropriata per trattare nel dettaglio la differenza tra le famiglie di *civil* e di *common law*. La loro analisi è oggetto di studio tradizionale presso i comparatisti, che nel corso degli anni si sono affannati a trovare punti di unione e di diversità tra le due famiglie. Pertanto, ci si limiterà a trattare succintamente gli elementi caratteristici funzionali alla ricerca *de qua*. Nella letteratura italiana, per tutti, v. U. MATTEI, *Il modello di common law*, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2004; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* a cura di R. Sacco, Torino, 2008; V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, vol. I, Torino, 2006; ID., *La tradizione giuridica occidentale. Argomenti per un confronto civil law common law*, vol. II, Torino, 2003; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, vol. I, Milano, 1998; ID., *Introduzione al diritto comparato. Istituti*, vol. II, Milano, 1995; G. B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007; F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006.

226R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980, p. 77, il quale osserva che nella mentalità continentale vi è un certo disprezzo per l'approccio casistico, che pone la norma di diritto al livello dei casi concreti. Infatti, i repertori giurisprudenziali, i formulari di atti ed i dizionari

spetta ai tribunali ed ai pratici, attraverso un procedimento logico-deduttivo che dalla norma generale porta alla soluzione del caso concreto. La norma giuridica è così lo strumento attraverso il quale il legislatore orienta la società verso mete prestabilite, svolgendo una funzione ordinatrice della società stessa. Tale concetto di norma giuridica costituisce la base ed il presupposto stesso della codificazione. Infatti, secondo tale visione, un codice deve consistere in una serie di regole sufficientemente generali che siano organizzate in un sistema di facile consultazione ed utilizzazione²²⁷. Questo fa sì che il giurista abbia un certo margine di libertà nell'interpretare il testo normativo, avendo la possibilità di adattarlo alle varie esigenze contingenti che gli si presentano di volta in volta.

Nel *common law*, invece, la norma giuridica (*legal rule*) ha un carattere più dettagliato e si pone ad un livello sistematico più concreto. Storicamente, infatti, essa è il frutto dell'opera dei giudici delle corti regie che danno vita ad un diritto uniforme presso tutto il regno, un diritto comune: il *common law* appunto. Esso è un diritto essenzialmente giurisprudenziale (*case law*), dove le norme coincidono con la *ratio decidendi* delle sentenze delle corti superiori²²⁸. Da ciò consegue che la norma giuridica è meno astratta di quella propria del *civil law*²²⁹. Essa assolve alla funzione di risolvere una controversia pendente di fronte al giudice, di fornire la soluzione pratica per un processo piuttosto che formulare una regola generale di condotta per l'avvenire²³⁰. In altre parole, mentre nel *civil law* la regola è concepita in forma legale

giuridici sono strumenti utili per lo svolgimento dell'attività pratica, ma non godono del prestigio proprio della scienza del diritto. Nello stesso senso anche V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 166.

227 Per un maggiore approfondimento circa l'ampiezza della norma e del suo carattere di generalità, cfr. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 78 ss.

228 Fondamentale è l'opera di F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1948. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 317, affronta la differenza la *ratio decidendi* dall'*obiter*. Quest'ultima consiste in un'affermazione non strettamente necessaria per la soluzione della controversia, essendo piuttosto un'opinione che può essere rimessa in discussione in ogni momento. Sul punto, ampiamente v. F. SCHMIDT, *The Ratio Decidendi, A Comparative Study of a French, German and an American Supreme Court Decision*, Goteborg, 1965.

229 La creazione della *legal rule* è fortemente influenzata dagli elementi fattuali che ne stanno alla base, tanto che è impossibile apprezzare appieno la portata della norma se non si conoscono bene i fatti di causa. Questa differenza è cruciale nella comparazione con il *civil law*, poiché l'approccio casistico, fortemente legato alla situazione di fatto, è un elemento che nel ragionamento giuridico il continentale fatica ad adottare, abituato com'è a ragionare per categorie generali.

230 R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 20. Questo comporta che diritto sostanziale e procedura hanno la stessa importanza per la soluzione delle controversie. Al contrario, nel nostro ordinamento la sussistenza del diritto sostanziale ben può prescindere ed essere studiato in assenza delle modalità procedurali attraverso le quali il medesimo viene fatto valere in giudizio.

e dottrinale, nel *common law* la *legal rule* è concepita in forma giurisprudenziale²³¹. Come tale, la creazione della norma è fortemente influenzata dagli elementi fattuali che ne stanno alla base.

Per comprendere meglio la diversità di approccio e le difficoltà riscontrabili in concreto nell'attività di comparazione, si può portare l'esempio delle categorie che sono centrali nella teoria degli obblighi di protezione: il diritto delle obbligazioni e la responsabilità extracontrattuale. Nell'ordinamento italiano, così come in tutti gli ordinamenti di *civil law*, diritto obbligazionario è un perno fondamentale di tutto il diritto privato, a sua volta oggetto principale della scienza giuridica. Pertanto, desta sorpresa che tale categoria sia sconosciuta al sistema di *common law*, ed addirittura il concetto stesso non trovi un corrispettivo, così come non esiste un termine che traduca esattamente il concetto di "obbligazione". Riguardo alla responsabilità extracontrattuale, in Italia essa è governata dai principi generali di cui all'art. 2043 del codice civile, e dalle ipotesi di responsabilità tipica ai sensi degli artt. 2047 ss. Nel comparare l'istituto con il sistema anglosassone, si deve preliminarmente affrontare l'inesistenza di una nozione astratta di colpa, essendo conosciute solo ipotesi tipiche di responsabilità conseguenti ad altrettanti comportamenti illeciti²³². Quindi, nel caso di un *tort* di *negligence* si deve valutare la sussistenza o meno di un particolare obbligo (*duty of care*) a carico del danneggiato-convenuto. Lo studio della responsabilità da illecito civile consiste quindi nell'analisi casistica di una serie di ipotesi in cui nella situazione concreta incombe sul convenuto un obbligo di prestare particolare attenzione nel non cagionare danno ad altri.

La differente concezione di norma giuridica, come si è avuto modo di accennare, è strettamente collegata al sistema delle fonti, problematica molto studiata dai comparatisti per mettere a confronto le due tradizioni occidentali²³³. Il diritto

231La suggestione si rinviene in V.VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 167.

232Per un'analisi più puntuale v. infra, cap. III e IV. Per tutti, in letteratura cfr. F.H. LAWSON – B.S. MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and in the Civil Law*, Cambridge, 1982. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 318, osserva che i termini "colpa" e "pregiudizio" non trovano un esatto corrispondente nel *common law*. Nell'ambito dei *torts*, le attenzioni sono incentrate piuttosto verso il concetto di danni (*damages*) che può riguardare una persona o una cosa, essere di natura patrimoniale o morale. Da ciò si comprende quanto possa essere complicata e suscettibile di incomprensioni la comparazione delle due famiglie sul tema della responsabilità civile.

233In questa sede ci si limiterà ad esaminare le fonti che disciplinano il diritto privato, tralasciando l'analisi delle fonti costituzionali, per le quali si rinvia a V.VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp.

anglosassone è un diritto giurisprudenziale originato dalla evoluzione delle decisioni stabilite dalle Corti di Westminster (*common law*) e dalla Corte della Cancelleria (*equity*)²³⁴. Storicamente, benché si siano avuti periodi in cui si è avuta un'attività legislativa intensa attraverso l'emanazione di numerosi *statutes*, essi non ricoprono un ruolo di primo piano nell'ordinamento²³⁵. La legge (*statue*) riveste una importanza secondaria rispetto alla giurisprudenza, poiché si limita a completare ed eventualmente correggere l'opera di quest'ultima²³⁶. In particolare, il sistema del precedente vincolante ha assicurato alla giurisprudenza inglese una posizione di predominio tra le fonti del diritto²³⁷. Oggi questo rapporto è modificato, poiché la legge ed i regolamenti (*delegated legislation, subordinate legislation*) non possono più essere considerati di rango secondario rispetto alla giurisprudenza²³⁸. Il sistema inglese formalmente si avvicina a quello di *civil law* per quanto riguarda la gerarchia delle fonti. Ad ogni modo, è bene osservare che in Inghilterra il legislatore non ha mai operato un riordino generale del diritto attraverso un codice, sicché in concreto il sistema di fonti e di struttura del sistema ha conservato i tratti originari. Infatti il rapporto tra legislatore e giurisprudenza viene vissuto in modo diverso rispetto alle famiglie romano-germaniche, poiché la struttura del diritto inglese non consente di

168 ss.;

234 Sul punto vedi più dettagliatamente *infra*, § 2 e 3.

235 L'attività legislativa dei re normanni ed angevini è stata rilevante sia sul piano quantitativo che qualitativo, tanto da far ritenere che i loro interventi “non stavano cambiando il common law; lo stavano facendo”, J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 1990, p. 178; U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 136.

236 Sul rapporto storico tra *common law* e *statutes*, v. C. K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, 1964, *passim*. In senso parzialmente difforme, v. H. KÖTZ, *Taking the Civil Code Less Seriously*, in 50 *Mod. L. Rev.*, 1987, pp. 1 ss.

237 La letteratura sulla regola del precedente in Inghilterra è sterminata. A titolo esemplificativo, per tutti v. P. ALDRIGE, *Precedent in the Court of Appeal, Another View*, in *Mod. L. Rev.*, 1984, pp. 187 ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto nell'esperienza inglese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, pp. 133 ss.; H. BLACK, *Law of Judicial Precedent*, St. Paul, 1912, *passim*; M. CAPPELLETTI, *The Doctrine Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or No Difference at All?*, *Fest. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 381 ss.; R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, London, 1991, *passim*; U. MATTEI, *Stare decisis*, Milano, 1988, *passim*; J. STONE, *Precedent and the Law*, Sidney, 1987, *passim*.

238 Circa il sistema delle fonti del diritto si può osservare una discrasia tra quanto solennemente affermato e la realtà giuridica. Infatti, gli *statutes* vengono posti formalmente al vertice della gerarchia delle fonti, v. A. V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitutions*, London, 1915. In realtà, essi non vivono di vita propria ma si inseriscono all'interno del preesistente *case law*. Il potere di far rientrare gli *statutes* nel *common law* appartiene ai giudici, che hanno il potere di ridurre, se non annullare, l'impatto degli *statutes* sul tessuto connettivo del *common law*, v. G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982, p. 89. Sulla teoria classica della legge e la sua importanza nell'epoca moderna, v. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 337 ss. Sul rapporto storico tra *common law* e *statutes*, v. P. S. ATIAH, *Common Law and Statue Law*, in 48 *Mod. L. Rev.*, 1985, pp. 1 ss.

equiparare l'intervento del legislatore con quello del codificatore continentale. I primi interventi legislativi coordinati hanno avuto luogo solo a partire dalla prima metà del 1900, attraverso l'emanazione di una serie di leggi di impronta dirigista²³⁹. Con esse si sono creati nuovi settori del diritto, che tuttavia non sono riusciti ad integrarsi e fondersi in una unità con il corpo giuridico preesistente²⁴⁰.

Anche gli Stati Uniti d'America hanno un ordinamento giuridico che per sua struttura appartiene al *common law*²⁴¹. Per quanto il diritto statunitense abbia sviluppato delle caratteristiche sue proprie diverse da quello inglese, specie dopo la dichiarazione di indipendenza del 1776, vi è la medesima concezione generale del diritto e della sua funzione²⁴². In particolare, essi condividono le medesime grandi partizioni del diritto, degli stessi concetti ed il modo di concepire la regola di diritto. Infatti, il diritto è concepito come diritto giurisprudenziale, dove gli interventi del legislatore non vengono considerati come normali regole giuridiche sinché le Corti non le hanno interpretate ed applicate²⁴³. Non a caso è stato autorevolmente sostenuto che il *common law* non è un sistema di diritto nazionale, ma l'eredità giuridica comune alle nazioni di lingua inglese basata sulla ragione. Come tale, il *common law* svolge il ruolo che nell'Europa continentale è stato svolto dal diritto romano fino all'epoca delle codificazioni²⁴⁴.

239Il riferimento è alla legislazione in tema di sicurezza sociale, urbanistica, regolamentazione delle forze economiche, trasporti, riforma del sistema nazionale di istruzione e sanità. Per una comparazione tra la legislazione posta in essere a partire dal 1939, seguita poi dal *Law Commission Act* del 1965, ed il diritto amministrativo francese, cfr. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 339-340.

240L'Inghilterra è un Paese tradizionalista, ancora oggi molto legato alle logiche derivanti dalla evoluzione centenaria delle sue radici storiche. Pertanto, per quante novità legislative possano essere intervenute, permane sempre la difficoltà di cambiare la mentalità dei giudici e dei giuristi circa il rapporto tra la giurisprudenza e la legge.

241Per un'analisi classica sul rapporto tra diritto inglese e statunitense, v. R. POUND, *The Deviation of American Law from English Law*, in *Law Quarterly Review*, 67, 1951, pp. 46-66; O. KAHN-FREUND, *English Law and American Law. Some comparative Reflections*, in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, 1962, pp. 362-406.

242 Riguardo la storia del diritto americano, v. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 350-357.

243Fondamentale al riguardo è l'opera di F. BENNION, *Statutory Interpretation*, London, 1984, *passim*. R. DAVID, *Sources of Law*, in *International Encyclopedya of Comparative Law*, II, Tubingen – Boston - London, 1984, pp. 47 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 135, osserva che lo *statute*, pur promulgato, vivrebbe in una sorta di limbo, in attesa di una prima applicazione giurisprudenziale. Una volta incorporato in una decisione, esso entrerebbe nel consueto circuito del *case law*. Verrebbe così applicato non in quanto *statute*, ma solo in quanto, e nella misura in cui, costituisca la *ratio decidendi* della decisione, secondo il consueto metodo induttivo.

244Sul rapporto tra diritto romano e *common law*, v. W. W. BUCKLAND – A.D. Mc NAIR, *Roman Law and the Common Law*, Cambridge, 1936 (2° ed. a cura di F.H. LAWSON, Cambridge, 1974),

Oltre agli elementi sinora considerati, è stato sottolineato che la grande differenza tra *common* e *civil law* “va ricercata principalmente nel ruolo delle università nella formazione del giurista e non in quello della giurisprudenza e della legislazione”²⁴⁵.

2. Il sistema rimediale come presupposto logico-giuridico del sistema anglosassone e comparazione con i sistemi codicistici europei

Si è avuto modo di vedere che il mancato recepimento del diritto romano in Inghilterra ha profondamente inciso sulle basi del suo diritto. In particolare, nella cultura anglosassone manca l'idea di codificazione intesa come sistema normativo che possa sostituire la frammentarietà del diritto consuetudinario con una legislazione sistematica e razionale, riconducendo ad unità il sistema. Piuttosto, il sistema giuridico inglese è il frutto di una secolare evoluzione che ha portato ad una forte centralizzazione della giustizia e ad una sempre maggior unificazione del diritto vigente²⁴⁶.

Il ruolo delle Corti centralizzate è senza dubbio fondamentale nella evoluzione del sistema di *common law*²⁴⁷. Quest'ultimo è un “diritto comune” applicato ai sudditi

passim; R. DAVID, *Droit commun et “common law”*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, 1968, I, pp. 345-363.

245U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 51, il quale riconosce che l'emanazione dei codici ha un impatto decisivo sulla storia del diritto. Infatti, la codificazione ed il diverso approccio di fronte al testo scritto costituiscono due differenze talmente palesi tra i sistemi ad oggetto da far dimenticare tutte le altre, più sfumate, e tutto il patrimonio di analogie portato dalla circolazione di modelli. L'Autore ritiene questa immagine il frutto di una visione priva di bagaglio critico della comparazione.

246K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, vol. I, Milano, 1998, p. 224, i quali osservano che “la giurisprudenza delle Corti locali, delle città e dei signori feudali, perse man mano di importanza, non solo perché i giudici del re avevano maggior prestigio e amministravano la giustizia del re, ma anche perché il procedimento davanti ai Tribunali del re, come anche le azioni garantite dall'amministrazione della giustizia regia erano più moderni e più evoluti”. V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, vol I, Torino, 2006, p. 252, secondo i quali il diritto inglese, che in nove secoli non ha dato alla luce alcun progetto di codificazione, non consiste in un sistema di norme e istituti separabili in tutto o in parte dal suo passato. Infatti, esso è il frutto dell'evoluzione di tecniche rimediali e precedenti giurisprudenziali che si sono accumulati dal XII secolo ad oggi, risultando così come il prodotto della sua stessa tradizione e il risultato della sua stessa storia. Cfr. anche M. RHEINSTEIN, *Common Law – Equity* (voce), in *Enc. del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 916.

247U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 3, sottolinea che lo stabilirsi in Inghilterra di istituzioni centralizzate, inizialmente con competenze amministrative divenute in seguito di carattere giurisdizionale, “è una caratteristica istituzionale talmente notevole da spiegare da sola la

di tutto il regno, e nasce dagli interstizi dei diritti particolari per assurgere, nella sua evoluzione, ad un livello centralizzato²⁴⁸. Sin dai tempi di Guglielmo I viene istituito un registro fondiario, il *Domesday Book*, sulla base del quale i signori feudali pagano le tasse²⁴⁹. La *Curia regis*, composta dal re e dai suoi consiglieri, svolge la funzione di controllare se i tributi vengono regolarmente versati. Progressivamente, si avverte l'esigenza di competenze specialistiche all'interno della *Curia regis*, e così vengono create le cosiddette Corti di Westminster, dal luogo in cui avevano sede stabile, ovvero la *Exchequer*, la *Court of common pleas* e il *King's Bench*. La *Exchequer* (Tesoreria del Re), oltre a controllare l'effettivo versamento delle tasse, provvede anche a decidere le controversie in materia tributaria²⁵⁰; la *Court of common pleas* è competente per le udienze comuni, irrilevanti per l'ordine pubblico; il *King's Bench* sentenzia sulle cause in cui il re è coinvolto direttamente come organo sovrano, e nelle controversie penali dove siano coinvolti delitti contro l'ordine pubblico²⁵¹. Tutte queste Corti svolgono così la funzione giurisdizionale tipica di un Tribunale in senso moderno.

A dispetto di quanto accade oggi, a quell'epoca adire la Corte non è un diritto ma una concessione. Per sollecitare tale privilegio, l'istante deve rivolgersi al Cancelliere al fine di ottenere, dietro pagamento di una somma di denaro, l'emanazione di un *writ*. Quest'ultimo è un ordine breve, e perciò noto anche con la nomenclatura latina *brevis*, con cui il Re si rivolge ad un suo funzionario locale, generalmente lo sceriffo, affinché questi conduca il convenuto davanti alla Corte del

quasi totalità delle differenze tra *common law* e *civil law*".

248H. SUMNER MAINE, *Dissertation on early law and custom*, London, 1883, p. 389.

249Guglielmo I (detto il Conquistatore) è il primo re d'Inghilterra della dinastia dei Normanni. Egli sale al trono il 25 dicembre 1066 a seguito della vittoriosa battaglia di Hastings, regnando sino al 9 settembre 1087. V.VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 253, fanno risalire il *Domesday Book* all'anno 1085; R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980, p. 275 invece indica nell'anno 1086 la redazione del *Domesday*. Per un approfondimento sul *Domesday Book*, v. C. A. CANNATA – A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1989, p. 37.

250G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 2000, p. 115; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, p. 223, i quali individuano nel regno di Enrico I (1100-1135) il periodo storico nel quale si forma lo *Scacciarum Regis* o *Exchequer*.

251Per un maggiore approfondimento circa la composizione delle Corti, il loro ambito di competenza e la loro evoluzione, v. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., pp. 89-95 circa le Corti di derivazione anglosassone, e quindi pre-normanne; pp. 114-126 sull'evoluzione della *Curia Regis*; V.VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 255 ss; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., p. 224.

Re per rispondere delle accuse mosse da colui che si era procurato il *writ*²⁵². Inizialmente il Re era libero di emettere i *writs* a suo piacimento²⁵³. In seguito, le tensioni tra il Re ed il Parlamento indussero il sovrano e la Cancelleria a concedere i *writs* con maggiore parsimonia, evitando così che questa attività fosse interpretata come un tentativo ostile di legiferare senza il concorso del Parlamento²⁵⁴. Ad ogni modo, in virtù del fatto che molte richieste di azione hanno un fondamento comune, si sviluppano velocemente delle formule standardizzate di *writs*, che nella prassi vengono chiamate *forms of actions*. L'influenza di esse all'interno del sistema di *common law* è tale che, anche dopo la loro abolizione, è stato autorevolmente sostenuto che “le *forms of actions* sono sepolte ma ci governano dalla tomba”²⁵⁵. Esse vengono racchiuse in una raccolta semi-ufficiale, il *Register of writs*, che per gli avvocati funge da serbatoio dal quale attingere il *writ* più appropriato per ottenere tutela. La circolazione ed il successo di tali modelli presso i pratici è enorme, sicché ogni volta che si deve agire in giudizio l'attore sceglie con cura dal registro il *writ* che meglio si attaglia al suo caso. La scelta del *writ* è un momento molto delicato e difficile perché sbagliare la scelta del *writ* significa vedere irrimediabilmente rigettata

252R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 278; U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 7 si sofferma sulla competenza delle varie Corti e sul tipo di processo instaurato a seconda del *writ* invocato; G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007; V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 261, in ordine ai quali il *writ* può avere due destinatari: lo sceriffo o il rappresentante locale dell'autorità regia, con l'ordine di eseguire un servizio, come il provvedere che una persona restituisca qualcosa ad un'altra, oppure si presenti alla Corte regia per giustificare le ragioni della propria disobbedienza. L'altro destinatario possibile è il Lord titolare di una corte feudale con l'invito a rendere giustizia all'attore, con l'avvertimento che in caso contrario la questione sarà risolta presso le Corti reali. K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., p. 225, secondo i quali il *writ* era “un ordine del re – con il quale – dopo una breve descrizione dell'oggetto della controversia – questi incaricava il funzionario competente, il giudice o il signore feudale, di invitare il convenuto di fronte alle sue Corti e di trattare la questione nel contraddittorio delle due parti”.

253W. HOLDSWORTH, *Some makers of English law*, Cambridge, 1938, p. 13. In senso parzialmente difforme si esprimono K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., p. 226, in quanto sostengono che “il Cancelliere non fu mai libero di emanare nuovi *writs* basandosi unicamente sul suo convincimento di creare una giustizia ordinata e disciplinata. A volte accadeva che i giudici del re considerassero i nuovi *writs* inusuali e quindi privi di efficacia”. Invece, F. W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1948, p. 6, sostiene che le Corti regie e la Cancelleria godevano di una certa libertà nella predisposizione dei *writs*, libertà che venne persa quando la monarchia parlamentare divenne definitivamente stabilita.

254Non pare essere questa la sede più appropriata per analizzare nel dettaglio lo sviluppo del sistema dei *writs*. Per una disamina approfondita della materia, v. F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, cit., p. 6; pp. 53 ss.; pp. 65 ss.

255F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1948, p. 2.

la propria istanza²⁵⁶. Man mano che i *writs* diventano più numerosi, diventa sempre più difficile orientarsi e scegliere la formula più appropriata, stante che ogni formula racchiude in se la tutela di diverse fattispecie²⁵⁷. La continua emanazione di nuovi *writs* da parte del re, come accennato sopra, indispettisce sempre più i baroni che vedono in questa attività una diminuzione delle loro prerogative, e nel 1258 riescono ad imporre al sovrano le *Provisions of Oxford*. Tra gli altri provvedimenti adottati con le *Provisions of Oxford*, vi è anche la chiusura del registro dei *writs*, che così li fa divenire una categoria a numero chiuso²⁵⁸.

Attraverso l'analisi del binomio *forms of actions – Provisions of Oxford* è possibile comprendere gli attuali tratti salienti dell'intera famiglia giuridica anglosassone²⁵⁹. In particolare, è interessante osservare come il sistema dei *writs* abbia inciso sull'approccio metodologico del giurista di *common law*²⁶⁰. Infatti, come accennato in precedenza, ad ogni *writ* corrisponde una certa procedura che determina: gli atti da compiere successivamente; il modo di regolare determinati incidenti; le possibilità di rappresentanza delle parti; le condizioni di ammissibilità delle prove e le modalità della loro amministrazione; i mezzi per far eseguire la decisione; l'utilizzo di determinate formule stilistiche e formali²⁶¹. Tutti questi problemi procedurali hanno posto il giurista inglese di fronte a questioni fondamentali differenti da quelle affrontate dal collega di *civil law*. Infatti, mentre nell'Europa continentale è oggetto di studio la definizione dei diritti e delle obbligazioni, i giuristi inglesi concentrano la loro attenzione sulle questioni di procedura. Il *common law* mira alla soluzione dei casi concreti attraverso un metodo rimediabile vicino alla vita quotidiana, operando per mezzo di argomentazioni concrete piuttosto che astratte e sistematiche. Pertanto,

256F.W. MAITLAND, *History of English Law*, Cambridge, 1898, p. 561, paragona il registro dei writ ad un'armeria che contiene ogni tipo di arma. Colui che agisce in giudizio sceglie la propria arma, ricordando che non la può cambiare nel corso del combattimento. Nel scegliere il writ, l'attore sceglie soprattutto un'azione processuale, ed ogni azione ha le proprie regole; G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., p. 155.

257K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., p. 225

258G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., pp. 138 ss.; V.VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 263.

259U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 11.

260La crisi del sistema dei *writs* determinata dalla sua rigidità, e la conseguente nascita dell'*Equity*, non modifica in alcun modo, per i fini che in questa sede maggiormente interessano, l'interesse per le *forms of actions* e le *Provisions of Oxford*. Infatti, la *forma mentis* dei giuristi anglosassoni, forgiata dalle *forms of actions*, non viene intaccata dalla nascita delle Corti di Equity e rimane legata alle antiche procedure.

261R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 279.

adottando singoli rimedi, la disciplina risulta frammentata e priva di sistematicità²⁶². Le celebri espressioni secondo le quali “*remedies precede rights*” e “*where there is no remedy there is no wrong*” sono paradigmatiche di un sistema di natura rimediata governato da un insieme di procedure che assicurano la risoluzione pratica delle controversie²⁶³. Esse, infatti, mostrano che non esiste l'idea di un diritto soggettivo preesistente al rimedio processuale²⁶⁴.

Tale impostazione ha indotto a paragonare il sistema di *common law* medievale con il diritto romano precedente all'epoca delle grandi codificazioni²⁶⁵. Tra i punti di contatto tra i due sistemi si annovera la figura del soggetto che concede la tutela giuridica, che nello specifico viene concessa da un organo non giurisdizionale: a Roma è il pretore mentre in Inghilterra è il cancelliere. Ancora, l'attivazione del giudizio può avvenire solo attraverso l'esperimento di una determinata azione, rappresentata nel diritto romano dalla *formula* e nel diritto inglese dal *writ*. In entrambi i casi il numero delle azioni è chiuso, ed esse sono racchiuse in un particolare registro, l'*Edictum perpetuum* ed il *Register of Writs*. Col passare del tempo e con l'evoluzione storica si creano nuove azioni aggiuntive a quelle contenute nel registro, ovvero le *actiones utiles* ed i *writs in consimili casu*²⁶⁶. Tale sistema fa sì che il giurista pratico ragioni in termini di tipi di azioni piuttosto che di diritti. In essi, dunque, suscitano maggior interesse i fatti concreti e la loro tutela per mezzo di singole *actiones* o *writs*, piuttosto che la creazione e lo studio di un ordinamento

262K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., p. 221, che portano l'esempio della mancanza di una sistematica anche nelle moderne esposizioni in tema di contratti, illecito civile, arricchimento senza giusta causa e proprietà. Ancora oggi, le norme di tali settori sono ordinate secondo i tipi di azioni tradizionali. In altre parole, se le *forms of actions* hanno perso il loro significato tecnico-professionale, esse continuano a svolgere la funzione di ordinare ed elaborare il materiale giuridico.

263F. W. MAITLAND, *Equity and the Forms of Action*, Cambridge, 1910, p. 298.

264U. MATTEI, *Common law, Il diritto angloamericano*, in *Trattato di Diritto Comparato* diretto da Sacco, Torino, 1992, p. 27, analizza dettagliatamente l'evoluzione che ha portato alla creazione di un sistema per il quale pochi *writs* precedono e determinano i diritti. Certamente sono da attribuire a questo momento storico le radici del cosiddetto approccio rimediata, ancor oggi patrimonio metodologico del *common lawyer*. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 280, evidenzia che la procedura, almeno inizialmente, è un elemento ancora più importante della decisione stessa. Infatti, l'attore ha a disposizione un certo numero di *forms of actions* per ottenere una decisione in suo favore. L'elemento centrale è quello di far riconoscere alle Corti regie la loro competenza e, una volta ammessa questa, di condurre sino in fondo una procedura ingombra di formalismo. Agli albori è impossibile prevedere quale sia la decisione finale, essendosi il *common law* creato progressivamente.

265Si veda il contributo fondamentale di W.W. BUCKLAND – A.D. McNAIR, *Roman law and Common Law*, Cambridge, 1952, che dedicano la Loro opera alla ricostruzione del parallelismo tra diritto romano e *common law*.

266K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 227.

fondato su basi sistematiche e dogmatiche²⁶⁷. Pertanto, sia il sistema giuridico romano che quello inglese sono dominati dallo studio delle azioni, sicché il diritto materiale viene preso in considerazione solo in un periodo successivo²⁶⁸.

L'approccio casistico, dunque, è un patrimonio culturale tipico del *common lawyer*. La prima preoccupazione è quella di risolvere in modo giusto la controversia di volta in volta considerata, anche se inizialmente si deve correre il rischio di creare delle incoerenze nel sistema²⁶⁹. Il percorso è radicalmente opposto a quello che si deve intraprendere per la creazione di una base logica e sistematica. Tale differenza di impostazione culturale si ripercuote anche sul tipo di ragionamento che il giurista deve compiere. Infatti, l'interprete di *common law* parte dall'analisi dei casi concreti per giungere alla elaborazione di principi generali, operando un ragionamento di tipo induttivo. Il giurista di *civil law*, invece, basa il suo ragionamento sulla legge e sulla sistematica che da essa origina, facendo discendere la soluzione del caso concreto dall'applicazione delle norme generali ed astratte. Quando si cerca di svolgere un'analisi comparatistica tra *common* e *civil law* bisogna tenere ben presenti queste differenze culturali, altrimenti si corre il rischio di non riuscire a comprendere come il medesimo istituto venga regolato e tutelato nelle due famiglie ad oggetto. È per questa ragione che nel presente lavoro si procederà ad analizzare la categoria degli obblighi di protezione secondo l'approccio metodologico e culturale del *common law*, ed in particolare del sistema angloamericano. Tale impostazione appare la possibilità più proficua per individuare le soluzioni offerte dal sistema statunitense al problema degli obblighi di protezione, anche se questo richiede lo sforzo di un radicale cambiamento metodologico di studio per il giurista italiano.

267F. POLLOCK – F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the time of Edward I*, II, Cambridge, 1952, p. 558, i quali sostengono che il diritto romano ed inglese abbiano molti elementi in contatto, e che nella propria evoluzione abbiano avuto uno sviluppo parallelo.

268L'osservazione è di H. SUMNER MAINE, *Early Law and Custom*, London, 1890, p. 389.

269W.W. BUCKLAND – A.D. McNAIR, *Roman law and Common Law*, Cambridge, 1952, XIV, i quali rimarcano l'approccio casistico sia del diritto romano che del *common law*.

3. Brevi cenni storici sulla fonte della responsabilità. Dall'illecito penale (*Trespass*) all'illecito civile (*Trespass on the case*) sino alla tutela contrattuale nel *Common Law* inglese

Nell'ordinamento inglese, la tutela della proprietà era garantita dal sistema dei *writs* sin dai tempi del regno di Edoardo I. Il *writ* di *Trespass*, invece, è stato introdotto durante i tumulti delle cosiddette Guerre dei Baroni²⁷⁰. Esso fu istituito al fine di assicurare, attraverso il potente ed incisivo intervento delle corti regie, la sicurezza delle persone ed il pieno godimento delle terre e dei beni, che i tribunali locali non erano più in grado di tutelare²⁷¹. D'altro canto, la *law of contract* non si è sviluppata a partire da un unico punto di partenza, né ha avuto una evoluzione lineare. La sua storia è stata condizionata da problemi relativi alle prove, alla giurisdizione, nonché dall'estensione dell'azione di *Trespass* per rimediare alle carenze dei *praecipe writs*²⁷².

In ambito extracontrattuale, sin dal regno di Edoardo II l'azione unica di *Trespass* si è evoluta in tre differenti ramificazioni. Il *Trespass quare clausum fregit* tutela il pacifico godimento delle terre dalle molestie²⁷³. Il *Trespass de bonis asportatis* è concesso contro la turbativa nel godimento dei beni mobili²⁷⁴. Attraverso il *Trespass* del terzo tipo, invece, vengono tutelate le lesioni personali²⁷⁵. Quest'ultima azione si differenzia dal *Writs of Praecipe* perché al convenuto non è concessa la possibilità di rimediare al torto commesso attraverso il suo spontaneo ravvedimento operoso, ma egli è condotto immediatamente di fronte alla Corte per giustificare la propria condotta. Al fine di poter esperire l'azione di *Trespass* è necessario che

270La prima guerra dei baroni ebbe luogo tra il 1215 ed il 1217 sotto il regno di Re Giovanni, mentre la seconda tra il 1264 ed il 1267 durante il regno di Enrico III.

271Per una dettagliata analisi sulla giurisdizione nel *Trespass*, v. S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, Butterworths, Londra, 1981, p. 286 ss.

272Ampiamente, v. G. E. WOODBINE, *The Origins of the Action of Trespass*, in *Yale Law Journal*, 33, 1924, pp. 799 ss.; 34, 1925, pp. 343 ss.; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 1990, p. 360; T. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, Boston, 1956, pp. 465 ss.

273Il *Writ* prevedeva le disposizioni seguenti: “*Rex vicecomiti salutem. Si A fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc pone per vadum et salvos plegios X quod sit coram nobis in crastino Animarum ubicumque fuerimus tunc in Anglia ostensurus quare vi et armis clausum ipsius A apud Headingtone fregit et alia enormia ei intulit ad grave damnum ipsius A et contra pacem nostram. Et habeas ibi nomina plegiorum et hoc breve*”.

274Tale azione richiede al convenuto di dimostrare “*quare vi et armis bona et catalla ipsius A precii centum librarum cepit et asportavit et alia enormia ei intulit.. contra pacem nostram*”.

275Il convenuto è gravato dall'onere di dimostrare “*quare vi et armis in ipsum A apud Headingtone insultum fecit et ipsum verberavit vulneravit et male tractavit ita quod de vita ejus desperabatur... contra pacem nostram*”.

l'azione dannosa sia connotata da una condotta violenta, pur di bassa intensità come ad esempio un'aggressione molto lieve, o il primo sconfinamento nel fondo del vicino. Comunque, una soglia minima di violenza nei comportamenti è tollerata da tempi immemorabili, ed è un requisito per poter adire le Corti²⁷⁶.

Le origini, la forma e l'evoluzione del *Writ of Trespass* denotano i suoi legami con tempi antichi nei quali la vendetta privata era utilizzata come strumento per regolamentare l'ordine pubblico, e le teorie giuridiche dovevano fare i conti con la prosaica necessità di mantenere la pace nella società. Dalle sue caratteristiche si desume la sua appartenenza all'ambito penale piuttosto che alla difesa della proprietà²⁷⁷. Il rapido avanzamento delle corti regie a discapito delle corti locali lascia priva di tutela una serie di illeciti che queste ultime dirimevano con interventi mirati. L'iniziale ambito applicativo del *Trespass* era circoscritto ai casi in cui il danneggiante avesse agito con la forza, *vi et armis*²⁷⁸.

Per quanto concerne le origini delle azioni a tutela del contratto (i *praecipe writs*) è opportuno compiere una premessa circa il significato dei termini utilizzati nel medioevo per individuare il contratto stesso. Il termine "*contract*" indica il trasferimento della proprietà o l'insorgere del debito, come nel caso della vendita o del mutuo. Per esprimere il concetto moderno di contratto come incontro giuridicamente vincolante delle volontà viene utilizzata la parola "*covenant*"²⁷⁹. Storicamente il "*covenant*" è tutelato dal *praecipe writ*²⁸⁰, e le fonti riportano che nel 1284 il numero

276 Nell'asserzione del *writ*, il defendant è chiamato a difendersi dall'accusa di aver agito "*vi et armis et contra pacem regis*". Egli deve comparire di fronte alla King's Bench non "*coram justiciariis nostris*" ma "*coram nobis ubicumque fuerimus tunc in Anglia*".

277 C. H. S. FIFOOT, *English law and its background*, Holmes Beach, Fla., 1993, p. 75, secondo il quale gli abitanti inglesi del medioevo facevano sostanzialmente coincidere il concetto di proprietà con gli immobili. Persino la moneta aveva una rilevanza marginale rispetto a quella che assume in tempi moderni. L'evoluzione del concetto di bene mobile, che nel linguaggio giuridico è passato da "*goods and chattels*" all'anomala derivazione "*chattel real*", per approdare alla formulazione conclusiva "*catalla ad certam valentiam*" propria del *Writ of Detinue*.

278 Rimangono pertanto prive di tutela situazioni dove il danneggiante non agisce "*vi et armis*", come i casi che oggi inquadriamo nell'ambito della colpa. Ad esempio, si pensi al caso in cui una parte consente ad un'altra di entrare direttamente in contatto con i suoi beni, che vengano danneggiati o distrutti a causa di un cattivo uso. In questa circostanza, il danneggiato non ha nessuna azione a tutela della sua situazione in quanto l'ingerenza del danneggiante non è stata illegale *ab initio*. La questione se la commissione di un *tort* presupponga necessariamente la commissione di un reato è affrontata in *The Thorns Case*, Y.B. Mich. 6 Ed. 4, f. 7, pl. 18 (1466). Per una catalogazione più approfondita dei vari *Trespass*, v. S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, Butterworths, cit., p. 305.

279 J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 360; T. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, cit., p. 365.

280 Per la formulazione completa del *writ*, v. *Registrum Omnium Brevium* (1531), fo. 166.

di *writs of covenant* fosse sterminato perché applicabile a tutti i contratti consensualistici²⁸¹. La situazione cambia rapidamente negli anni successivi, quando la *action of covenant* assume un ruolo del tutto marginale nella tutela delle pretese contrattuali, poiché le corti centrali si occupano esclusivamente degli accordi siglati “*under seal*”, lasciando alle corti locali la giurisdizione sugli accordi verbali²⁸². La rigidità di tale impostazione comporta dei problemi applicativi che inducono le corti regie ad una riconsiderazione della loro politica, tanto che dal 1374 vengono escogitati degli escamotage per superarla²⁸³.

Nel quattordicesimo secolo si verifica una ulteriore contrazione dell'uso della *action of covenant* a causa dell'impossibilità tecnica di utilizzarla per l'esecuzione in forma specifica. Poi, nel secolo successivo, quando l'azione ad oggetto è ormai diventata marginale rispetto alla *law of contract*, la natura di essa viene ulteriormente compressa, non essendo più possibile utilizzare la formula *praecipe quod teneat conventionem* come un mezzo per ottenere il risarcimento per un adempimento imperfetto o tardivo²⁸⁴.

Oltre all'azione di *Covenant*, inizialmente la tutela contrattuale si basa anche sul *Writ of Debt*, col quale si ordina al debitore la restituzione o il pagamento di una somma di denaro o di altro bene fungibile. Le due azioni non si sovrappongono perché nella visione medievale il debito è inquadrato come una proprietà piuttosto che un'entità derivante dall'inadempimento dell'accordo. Pertanto, il debito è difficilmente distinguibile dalla detenzione illecita di beni altrui, la cui tutela è devoluta all'azione concessa per i beni personali²⁸⁵. Contrariamente al *Writ of Covenant*, il rispetto della formalità del *deed* non è necessaria per l'esperibilità del *Writ of Debt*, dove diventa solo il più forte ed affidabile tra i mezzi di prova ammessi²⁸⁶.

281 Statute of Wales 1284, c.10; B.&M. 281.

282 Inizialmente la regola non è inflessibile. Cfr. *Dun v. Basset* (1234) Fifoot HSCL, p. 261; *Cadigan v. Say* (1256) B. & M. 280; *Estanney v. Drayton* (1248) B.&M. 279; *Syfrewast v. Syfrewast* (1248) *ibid.* Comunque, nel 1321 si consolida definitivamente la posizione per la quale le corti regie decidono solo in presenza del *deed*, documento redatto per iscritto *under seal*. La ratio ispiratrice è quella di deflazionare il contenzioso ed evitare che le corti regie siano investite anche delle questioni minori. Cfr. J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 363.

283 *Stratton v. Swanlond* (1374).

284 J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., pp. 364-365.

285 J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 365; T.F.T. PLUCKNETT, *A Coincise History of the Common Law*, cit., p. 363.

286 V. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 366 ss., il quale approfondisce i differenti effetti scaturenti dall'esistenza o meno del *deed* a fondamento del debito. In senso contrario si esprime C.H.S. FIFOOT, *English law and its background*, cit., pp. 72 ss., il quale opera

I *Praecipec Writs* appena menzionati ed il *Trespass* soddisfano, dunque, esigenze diverse. Mentre i primi hanno l'effetto di dare efficacia agli accordi delle parti, il *Trespass* chiede al danneggiante di spiegare perché abbia posto in essere la condotta illecita. Così concepito, il sistema dei *Writs* poteva soddisfare le esigenze della società strutturata in piccole comunità agricole nelle quali era sorto²⁸⁷. La crescita economica sviluppatasi nel secolo successivo richiedeva nuovi strumenti giuridici che regolamentassero adeguatamente la nuova realtà. Tuttavia, l'affermarsi della casta professionale sul finire del tredicesimo secolo inaugura un regime conservativo. In campo giuridico e giudiziario si verificano interferenze da parte dei profani, ed al contempo i giudici non sono eccessivamente riluttanti nel rifiutare nuovi *writs* rilasciati dai burocrati della Cancelleria regia. Tale prassi ottiene l'avvallo dei signori feudali, gelosi, in un'epoca in cui i loro privilegi vanno dissolvendosi, del potere della monarchia, ed accorti nell'individuare nella creazione di nuovi *writs* un aspetto minaccioso del suo esercizio²⁸⁸.

In tale contesto, nel 1285 si raggiunge un accordo che sfocia nella redazione dello *Statute of Westminster II*²⁸⁹. In virtù di tale statuizione normativa, viene superato l'ostacolo che impediva alle corti centrali di esercitare la loro giurisdizione su comportamenti che non fossero *contra pacem regis*²⁹⁰. Infatti, quando i cancellieri

una tripartizione in *Writ of Debt*, il *Writ of Detinue* ed il *Writ of Covenant*. Il primo legittima l'attore a chiedere il pagamento di una somma di denaro prestata, oppure il pagamento di beni venduti al convenuto. A sua volta, il compratore può esercitare il *Writ of Detinue* per obbligare la controparte alla consegna dei beni acquistati, in quanto il pagamento del prezzo trasferisce immediatamente la proprietà dei beni. L'esperibilità di tali azioni era comunque subordinata alla presenza di un contratto *under seal*, presupposto in assenza del quale era impossibile far rispettare una *promise*, fosse o meno stato pagato il prezzo per l'acquisto di un terreno. Il *Writ of Detinue* obbligava il venditore di beni mobili alla loro consegna, ma non aveva efficacia nei confronti del venditore di terreni. In quest'ultimo caso, se la *promise* non era *under seal*, non era concesso alcun rimedio laddove il prezzo non fosse determinato con esattezza. Infatti, per poter esperire l'azione di rivendicazione come proprietario, l'attore aveva l'obbligo di essere particolarmente preciso e dettagliato nell'avanzamento della sua pretesa. Infine, il *Writ of Covenant* presuppone l'esistenza di un accordo e, dalla fine del tredicesimo secolo, era considerato un rimedio generale, non confinato alle sole rivendicazioni di terreni. Il rimedio è *stricti iuris*, e una volta che sul documento sia stato apposto il sigillo del convenuto, a questi è precluso sollevare eccezioni basate sul dolo e perfino implorare il pagamento. Per un'analisi più approfondita di questi ultimi aspetti, v. W. T. BARBOUR, *The History of Contract in Early English Equity*, Oxford, 1914, pp. 85 ss.

287Per un'ampia disamina storica della questione, v. S. F. C. MILSOM, *Trespass from Henry III to Edward III*, 1958, 74 LQR, pp. 571 ss.

288C.H.S. FIFOOT, *English law and its background*, cit., 1993, pp. 78 ss.

289Per il testo integrale dello *Statute of Westminster II*, v. <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=1517444>.

290La suggestione è di C. H. S. FIFOOT, *English law and its background*, cit., pp. 78-79. Altri, invece, ritengono che l'embrione dell'azione *on the case* sia il frutto dell'evoluzione dell'obbligo di riparare le sponde dei fiumi, reso spesso obbligatorio da editti del re, da cui la competenza delle corti regie

delle corti centrali si trovano di fronte a danneggiamenti analoghi ma non identici al *Trespass*, possono elaborare un nuovo *writ*²⁹¹. Tali *writs* prendono il nome di *Writs of Trespass on the Case* – detti anche *Brevia de trasgressione super casum* - poiché la loro concessione si basa sulle circostanze particolari di ciascun caso, anche in assenza di violenza nella consumazione dell'illecito²⁹².

Gradualmente, la giurisdizione centrale estende la sua competenza oltre ai casi di danni alla persona. Infatti, iniziano a registrarsi casi dove il danno lamentato è di carattere meramente economico²⁹³. Così, si gettano le basi perché l'inadempimento degli accordi contrattuali che causa danni materiali sia considerato un *Trespass*, come nel caso del vettore che danneggia i beni trasportati. Il nesso con quest'ultimo è fornito dal fatto che anche in questi casi deve essere fornita la giustificazione per aver compiuto un fatto illecito, che in quanto fatto logicamente non presuppone la presenza di un *deed*.

Tale evoluzione crea le condizioni per l'ammissibilità di azioni nelle quali il convenuto genera un danno durante l'esecuzione dell'accordo contrattuale. Il cambiamento non avviene attraverso il diritto sostanziale, ma con l'espansione della giurisdizione delle corti centrali²⁹⁴. Nel quindicesimo secolo l'espressione chiave utilizzata nei *writs on the case* è che il convenuto “ha assunto su di se” l'impegno (*assumpsit super se*). Da qua il nome della *Action of Assumpsit*, ovvero azione dell'obbligo di fare qualcosa che poi è stato eseguito male, danneggiando l'altro²⁹⁵. Il primo caso del genere presso la *King's Bench* riguarda un traghettatore che carica eccessivamente la sua nave causandone l'affondamento, facendo perire i beni in essa contenuti²⁹⁶. Secondo l'orientamento tradizionale, delle azioni di adempimento

anche in assenza di *breach of king's peace*, v. S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., pp. 301-302.

291Il punto non è pacifico. Recente dottrina ha ritenuto che l'allargamento giurisdizionale delle corti regie sia la conseguenza di questioni procedurali, come l'introduzione dell'azione *on the case*, e non già la sua causa, v. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, III ed., 1980, p. 279

292C.H.S. FIFOOT, *English law and its background*, cit., p. 79; S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., p. 290 ss., il quale fa risalire al 1370 la nascita di un *writ* che tutela il danneggiato pur in assenza di *vi et armis* o *contra pacem regis*.

293S.F.C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., pp. 306-307.

294L'idea che tale estensione costituisca il frutto di un uso distorto delle regole processuali è presente nella trattazione enciclopedica di W. S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, vol. II, Boston, 1922-1966, p. 407. In senso contrario si esprime S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., p. 304.

295T. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, Boston, 1956, p. 638.

296*Bukton v. Tounesende* (1348), in T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, cit., p. 470.

negligente generatore di danno sono giurisdizionalmente competenti le corti regie. L'azione deve essere proposta attraverso il *Writ of Covenant* basato sul *deed*, formalità che nel caso di specie non è stata osservata. Inoltre, non ricorrono i requisiti di “*vi et armis*” per poter concedere il *trespass*. Innovando la tradizione e gettando le basi per il nuovo sistema di tutela, la Corte ha statuito che sovraccaricando la nave, e facendola affondare coi beni altrui ivi contenuti, il traghettatore ha commesso un *trespass*²⁹⁷. La teoria trova immediate e ripetute conferme anche in ambito medico, per lo più in casi nei quali il chirurgo opera negligenzemente causando la morte del paziente²⁹⁸, per poi espandersi anche in altri settori del contratto²⁹⁹.

Dalla fine del quattordicesimo secolo, la *Action of Assumpsit* estende il suo campo di applicazione anche ai casi di inadempimento totale³⁰⁰, e quindi di comportamento omissivo da parte del danneggiante, anche se sul punto non si forma immediatamente una giurisprudenza univoca³⁰¹. Successivamente, l'*Assumpsit* viene utilizzato come rimedio contrattuale *on the case* nei casi in cui ci sia stato un previo pagamento per la prestazione poi non eseguita³⁰², e quando il mancato rispetto della

297T. F. T. PLUCKNETT, *A Coincise History of the Common Law*, cit., p. 470; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 375; C.H.S. FIFOOT, *History and Sources: Tort and Contract*, (1949), p. 330; A. K. KIRALFY, *Tjhe Humber Ferryman and the Action on the Case*, in *Cambridge Law Journal*, 11, (1953), p. 421.

298In ambito veterinario v. *Waldon v. Mareschal* (1369) B.&M. 359; in ambito umano v. *Birchester v. Leech* (1390) 88 SS 63; *Stratton v. Swanlond* (1374) B.&M. 360; *Bradmedewe v. Rushenden* (1364) 103 SS 422; *Skyrne v. Butolf* (1388) B.&M. 362.

299Per un'analisi approfondita del *Trespass on the case* per frode e della *Ordinance of Labourers*, v. J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 376 ss.

300I primi casi riguardano il mancato rispetto di costruire degli edifici da parte di muratori, v. *Nothonby v. Wryght* (1394) 103 SS 431; *Mundevyle v. Rouhevede* (1398) 103 SS 434.

301La statuizione incontra degli ostacoli logici e giuridici. L'impossibilità di esperire il rimedio di *Assumpsit* per mancanza di *deed* è affermata in *Watton v. Brinth* (1400); *Anon.* (1409) B.&M. 379. Sul piano logico, invece, si pone il problema di superare l'omissione come fonte di responsabilità, e quindi poter accomunare l'adempimento (commissivo) inesatto all'inadempimento (omissivo) totale. I critici dell'epoca sostengono che essere condannati per *Trespass* nel caso in cui nei fatti non si dia seguito alla promessa di eseguire una prestazione, imporrebbe di punire anche colui il quale promette di compiere un'azione dannosa senza averla davvero posta in essere. In entrambi i casi si punisce un soggetto per una promessa alla quale non fa seguito alcuna condotta. Ad esempio, sarebbero da assimilare le posizioni di chi promette di costruire una casa senza farlo, e di chi promette di abbattere una casa ma poi non procede alla demolizione, v. *Haukyns v. Broune* (1477) B.&M. 629; nel senso che l'omissione non costituisce *Trespass*, v. *Anon.* (1487) B.&M. 398; *Johnson v. Baker* (1493) B.&M. 399. In senso contrario, cfr. *Anon.* (1440) B.&M. 389. In ambito medico si pone il problema dell'attività chirurgica o terapeutica erronea che non guarisce il paziente. Per la particolare natura della prestazione, che consiste nel guarire il paziente, attività erronea ed omissione coincidono. In ogni caso si sortisce l'effetto di non fermare lo scadimento delle condizioni di salute del paziente. La prassi giurisprudenziale considera casi simili degli adempimenti inesatti, cfr. *Rokeby v. Huntyngton* (1387) 103 SS 428; *Watkins' Case* (1425) B.&M. 380.

302Concordemente, v. *Shipton v. Dogge* (1442) B.&M. 391; *Anon.* (1440) B.&M. 389; *Gybbes v. Wolston* (1483) CP 40/883, m. 355; *Orwell v. Mortoft* (1505) B.&M. 407; *Somerton v. Colles* (1443)

promise determina un danno alla controparte³⁰³.

Si giunge così ad un nuovo concetto di *Trespass*, che ingloba in sé i diversi istituti sopra illustrati e finisce con l'indicare genericamente un'attività illecita³⁰⁴. Analizzando con la chiave di lettura del giurista italiano dei tempi moderni questa lunga cavalcata nella trasformazione del *Trespass* pare potersi compiere una considerazione. Dall'iniziale valenza penalistica, l'istituto è stato posto alla base delle istanze civilistiche riguardanti l'area extracontrattuale ed infine quella contrattuale. Esso ha finito per coincidere con il concetto di responsabilità che in ambito civilistico è stato ricondotto ad unità, prescindendo cioè dalla fonte generatrice del danno. L'elemento unificatore fondante la responsabilità è il pregiudizio subito da un soggetto, sia esso parte di un contratto o estraneo al danneggiante. Infatti, sia che ci si trovasse di fronte ad un danno alla persona, ad un inadempimento contrattuale o ad un danno economico, l'attore promuoveva comunque l'azione in *Trespass*. Questa unitarietà ha poi creato dei problemi ai giuristi anglosassoni nella successiva fase storica, quando hanno cercato di sottoclassificare il concetto di responsabilità e distinguerne la fonte. Al riguardo è particolarmente significativo che nella sua fase finale il *writ di assumpsit* sia esteso al punto da coinvolgere anche casi nei quali non vi è un contratto – inteso come incontro delle volontà – espresso o implicito. L'obbligazione sorge in virtù delle circostanze di fatto estrinseche³⁰⁵.

Non pare un caso, quindi, che gli sforzi dei giuristi inglesi si siano concentrati nel tentativo di trovare nuove forme, anche terminologiche, per identificare i vari tipi di illecito. Sul finire del 1700 si inizia ad utilizzare per la prima volta il termine “*tort*” come sinonimo di illecito di derivazione extracontrattuale³⁰⁶. Di contro, si cerca di

B.&M. 385.

303V. *Pykeryng v. Thurgoode* (1532) B.&M. 411. L'idea di base è quella secondo la quale la *promise* è fonte di risarcimento quando il suo inadempimento pone la controparte, che vi aveva fatto affidamento, in una posizione peggiore rispetto al momento antecedente la *promise* stessa. In dottrina, questo principio viene ritenuto la base della dottrina della *consideration*, v. G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974; S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., p. 357.

304L'identificazione del *trespass* con il *wrong* è operata da Coke, come segnalato da S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., pp. 307-308.

305C.H.S. FIFOOT, *English law and its background*, cit., p. 102.

306W. BLACKSTONE, *Commentaries*, 5th edn., vol. III, Philadelphia, 1773, p. 117; M. J. PRICHARD, *Scott v. Shepard (1773) and the Emergence of the Tort of Negligence*, London, 1976, p. 24. In una fase successiva, fra le tante sono significative le opere di F. HILLIARD, *Law of Torts, or Private Wrongs*, Boston, 1859; C. G. ADDISON, *Wrongs and their Remedies, being the Law of Torts*, New York, 1860; A. UNDERHILL, *Law of Torts, or Wrongs independent of Contract*, London, 1873.

definire meglio anche l'area contrattuale e tracciare così una separazione netta. Si assiste così al fenomeno della creazione delle moderne teorie di *contract* e *tort*. Si è ritenuto che sussista il *tort* quando il danno non deriva da una preesistente relazione tra le parti, e contenga fattispecie dolose che prima erano tutelate con il *trespass*, o colpose ricadenti nell'area del *on the case*³⁰⁷. L'unificazione sotto il *tort* di casi precedentemente inquadrati come *trespass* o *case* evita anche di dover stabilire se il danno è stato direttamente o indirettamente causato. Infatti, l'attore doveva agire secondo la prima azione quando il danno era causa diretta del comportamento del danneggiante, *on the case* nell'ipotesi contraria. Nelle ipotesi colpose, il soggetto manca di rispettare negligenzemente, incautamente o improvvidamente uno specifico *duty*³⁰⁸.

Nel tentativo di collocare esattamente il problema della responsabilità, sono state prese in considerazione molte situazioni nelle quali essa è basata su un fatto illecito, fino a ritenere che la responsabilità appartenga al campo del *tort*. Questa soluzione non è la naturale conseguenza scaturente dai fatti, ma è condizionata dal fatto che in altri campi, ad esempio nel contratto, per qualche ragione l'analisi della responsabilità non sarebbe potuta essere portata avanti compiutamente. Il caso *Donoghue v. Stevenson* pone fine alle difficoltà di inquadrare la *negligence*, stabilendo che se sussiste un contratto entra in gioco la *privity*³⁰⁹. Al tempo, basare la responsabilità del produttore solo sull'illecito, ad esclusione di qualsiasi coinvolgimento del contratto, sembrava un trionfo. Ma forse era solo l'idea artificiosa del contratto che necessitava di essere riconsiderata³¹⁰.

307La rilettura del *trespass* secondo il moderno criterio della *negligence* si rinviene in numerose opere, tra le quali spicca quella fondamentale di M. S. ARNOLD, *Accident, Mistake, and Rules of Liability in the fourteenth-century law of torts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 128, 1979-80, pp. 361 ss. Tra le altre, v. P. H. WINFIELD, *The History of Negligence in the Law of Torts*, 1926, 42, *Law Quarterly Review* pp. 184 ss.; ID., *Duty in Tortious Negligence*, (1934) 34, *Columbia Law Review*, p. 41 ss.; P. H. WINFIELD – A.L. GOODHART, *The Trespass and Negligence*, 1933, 49, *Law Quarterly Review*, pp. 359 ss.; M. J. PRICHARD, *Trespass, Case and the Rule in Williams v. Holland*, (1964), *Cambridge Law Journal*, pp. 234 ss.

308S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., pp. 394 ss. Per il diverso ruolo svolto dalla colpa nella creazione del moderno *tort*, v. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, cit., p. 345.

309Cfr. *Winterbottom v. Wright* (1842), 10 M&W.

310La suggestione è di S. F. C. MILSOM, *Historical Foundation of the Common Law*, cit., p. 400, il quale reputa che ai giorni nostri la colpa morale individuale inizia a sembrare artificiale come base per la ricerca della responsabilità del produttore, così come lo era raggiungere la figura dell'*ordinary contractor* nel sedicesimo secolo.

4. Il superamento della “*Privity Doctrine*” come fonte dell'obbligazione risarcitoria e l'approdo ad un “*General Duty of Care*”

L'esistenza di un obbligo (*duty*), prima ancora della sua violazione, è il presupposto per l'insorgere della responsabilità. Il problema di fronte al quale si trova l'interprete è, dunque, quello di individuare preliminarmente l'esistenza di un obbligo, e solo dopo si può analizzarne il contenuto e stabilire se esso è stato violato.

Nella dottrina di *common law*, l'elaborazione teorica del generale *duty of due care* è stato tutt'altro che incontrovertito e lineare nella sua genesi³¹¹. La tortuosità della genesi di una teoria generale è senz'altro dovuta al carattere rimediabile del diritto anglosassone, il cui approccio è caratterizzato dall'analisi e soluzione del caso concreto che si pone dinnanzi all'interprete, piuttosto che l'applicazione di precetti generali ed astratti. Da ciò consegue la tutela di singole situazioni che vengono di volta in volta ritenute meritevoli di tutela. A ciò si aggiunga la forte influenza nel campo specifico ad oggetto del principio della *privity doctrine*, il quale richiede l'esistenza di una relazione contrattuale per la configurabilità di un obbligo risarcitorio.

Nel caso inglese più risalente, l'attore viene ingaggiato dal direttore del servizio postale per condurre le carrozze del servizio postale. Il convenuto, invece, stipula con le poste un contratto per la manutenzione delle carrozze medesime. Durante un viaggio la vettura ha un cedimento e l'attore, che nell'occasione conduce la vettura, viene sbalzato al suolo, riportando delle lesioni. La Corte ha statuito che non sussiste alcun obbligo risarcitorio poiché non vi è nessun rapporto contrattuale tra i soggetti in causa. Essa aggiunge anche che se si riconoscesse un obbligo risarcitorio in capo al convenuto in questo frangente, lo si dovrebbe fare pure nei confronti di qualsiasi passeggero trasportato a bordo, o addirittura verso qualsiasi altra persona che si trovi casualmente per strada e che venga danneggiata dalla carrozza. Per evitare l'aberrante conseguenza che un numero illimitato ed imprevedibile di soggetti possa vantare pretese risarcitorie, è necessario che sussista un contratto come base

311M.A. FRANKLIN - R.L. RABIN - M.D. GREEN, *Torts Law and Alternatives, Cases and Materials*, New York, 2006, p. 132 secondo i quali il riconoscimento di un *general duty of care* è chiaramente il frutto di una evoluzione giurisprudenziale e dottrinale di lungo termine. A sostegno di questa visione richiamano il contenuto del paragrafo § 7 del *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm, Proposed Final Draft No. 1*, 2005, che statuisce che in tema di danni alla persona sussiste un “*ordinarily.. duty to exercise reasonable care*”, e tale affermazione è considerata il frutto di un principio o di una politica di carattere generale.

dell'obbligo risarcitorio, così identificando nel contraente il soggetto destinatario della propria attività diligente³¹².

Il *common law* inglese ha mostrato i primi significativi segni di evoluzione alla fine del '800. In termini generali, è stato stabilito che sorge un obbligo di utilizzare l'ordinaria competenza e cura per evitare il danno, ogni qual volta una persona si trova in una situazione di fatto tale per cui è prevedibile, per qualsiasi uomo di media avvedutezza, che se non agisce secondo diligenza, la sua condotta può causare danno alla persona o ai beni altrui. In questo caso, l'obbligo risarcitorio sorge proprio dalla diligenza ed ha come contenuto quello di evitare di cagionare danni prevedibili³¹³

Nel sistema statunitense le prime mitigazioni all'applicazione rigida della *privity doctrine* giungono a metà del '800, soprattutto grazie alla casistica della responsabilità per prodotti che per loro natura mettono a rischio la vita o la salute

312Il caso al quale si fa riferimento è *Winterbottom v. Wright* (10 M.&W. 109 [1842]), dove Lord Abinger ha argomentato la sua decisione, che sancisce l'inesistenza di obblighi risarcitori al di fuori della cerchia dei contraenti, rilevando che il caso ad oggetto presenta delle analogie con la regola che concerne la responsabilità del proprietario di un immobile. Infatti, se A concede in locazione a B una casa fatiscente, egli non è responsabile, in assenza di frode, nei confronti dell'ospite di B che all'interno della casa riporta delle lesioni. Questo perché B ha il dovere di riparare la casa, e pertanto il locatore può legittimamente supporre che egli adempia completamente questo suo dovere, l'omissione del quale lo rende responsabile verso il suo ospite. La situazione è però diversa se A concede in locazione l'edificio che deve essere usato dal conduttore come luogo aperto al pubblico, perché è prevedibile che altre persone oltre al conduttore rimangano lese. La prevedibilità di tali conseguenze incide sulla creazione di un dovere dal quale consegue l'obbligo risarcitorio in capo ad A.

L'equazione tra la responsabilità del contraente e quella del proprietario o del locatore di un immobile desta qualche perplessità. Infatti, in quest'ultimo caso il parametro utilizzato come *discrimen* per l'insorgenza dell'obbligo pare essere la destinazione del bene: se esso è destinato ad un uso privato, come ad esempio quello abitativo, il responsabile dei danni creati dall'edificio è il conduttore; se invece è destinato ad un uso pubblico, la responsabilità grava sul locatore. Su tale presupposto, l'affermazione secondo la quale la *privity doctrine* avrebbe lo scopo di evitare che una serie imprevedibile ed illimitata di soggetti possano intentare azione, è in contrasto con il fatto che si ritiene sussistente l'obbligo in capo al locatore proprio nel caso in cui la cerchia dei potenziali danneggiati è più ampia ed incontrollabile.

In termini analoghi, anche se riguardo ad un caso di *misrepresentation* circa i vizi occulti del bene venduto, cfr. *Langridge v. Levy* (2 M.&W. 519, 4 M. W. 337 [1837]); *Wellington v. Oil Co.*, 104 Mass. 64, 67; *Lewis v. Terry* (Cal.), 43 Pac. 398. In dottrina, v. anche ANON, *Torts. Liability of negligent manufacturer to remote vendee. The Rule of Winterbottom v. Wright*, in *University of Chicago Law Review*, (1936), 3, 4, pp. 673–674. Per un'analisi che ritiene la *privity rule* come metodo di controllo del cumulo delle azioni contrattuale ed extracontrattuale, v. V. PALMER, *Why privity entered tort - an historical reexamination of Winterbottom v. Wright*, in *American Journal of Legal History*, 27, 1, pp. 85 ss.

313L'elaborazione del principio in questi termini è di M. R. BRETT nel caso *Heaven v. Pender*, 11 Q.B.D. 503 (1883). Per l'affermazione del principio in base al quale sul proprietario di un immobile incombe un *duty of care* nei confronti degli ospiti, così come dei clienti e dei dipendenti, v. *Indermaur v. Dames*, L.R. 1 C.P. 274, L.R. 2 C.P. 318 (1866).

delle persone. In tale contesto, la Corte di New York ha per prima sancito che è prevedibile che un farmaco falsamente etichettato arrechi danno a chi lo assume. Pertanto, in capo a chi lo produce ed etichetta sussiste un particolare obbligo di diligenza al fine di evitare di danneggiare il consumatore. La novità giuridica introdotta dalla sentenza *de qua* è che il *duty of care* sorge indipendentemente dall'esistenza di un contratto che legghi direttamente il produttore ed il danneggiato³¹⁴.

Il principio, tuttavia, è stato oggetto di successive oscillazioni sul finire del XIX secolo³¹⁵. Ancora all'inizio del 1900 si registra il riaffermarsi della *privity doctrine*. Infatti, viene ribadita la regola secondo la quale gli appaltatori, i produttori ed i venditori non sono responsabili per i danni riportati dai terzi che non abbiano con loro alcuna relazione contrattuale³¹⁶. La Corte ritiene logico ed equo che chi vende

314In questo senso cfr. *Dixon v. Bell*, 5 Maule & Sel. 198; *Thomas v. Winchester* (6 N.Y. 397 [1852]), dove un produttore farmaceutico aveva applicato l'etichetta sbagliata nella confezione di medicinali poi venduta al farmacista. Il farmacista, a sua volta, aveva messo in commercio e venduto la confezione ad un cliente il quale aveva riportato danni a seguito dell'assunzione del farmaco. Il danneggiato non aveva intentato causa contro il farmacista, suo contraente, bensì verso il produttore farmaceutico che aveva attaccato l'etichetta sbagliata. Nella sua pronuncia, la Corte ha sancito che la condotta negligente del convenuto ha messo in pericolo imminente la vita umana e pertanto, considerata la prevedibilità del danno conseguente dalla negligenza, ha riconosciuto sussistere l'obbligo di risarcire il danno. Così enunciata, la sussistenza dell'obbligo pare essere incentrata sulla pericolosità intrinseca del bene e sulla prevedibilità del danno conseguente, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un rapporto contrattuale diretto tra danneggiante e danneggiato.

Nel senso di riconoscere un obbligo risarcitorio ad un soggetto diverso dal contraente, v. *Devlin v. Smith*, 89 N.Y. 470, 42 Am. Rep. 311, dove un costruttore aveva ingaggiato un montatore di ponteggi. Il ponteggio era crollato a causa del montaggio negligente mentre un operaio vi lavorava, riportando danni alla sua persona. Quest'ultimo, intentata causa contro il montatore, è stato risarcito dallo stesso. Analogamente, cfr. *Schubert v. J.R. Clark Co.*, 49 Minn. 331, 51 N.W. 1103, 15 L. R. A. 818, 32 Am. St. Rep. 559.

315In un primo momento è stata riconosciuta l'irresponsabilità del produttore nei confronti di soggetti diversi dal contraente, v. *Loop v. Litchfield* (42 N.Y. 351 [1870]); conformemente *Losee v. Clute* (51 N.Y. 494 [1873]). Successivamente, invece, la responsabilità del produttore è stata nuovamente espansa anche nei confronti dei soggetti che non abbiano con lui alcun vincolo contrattuale, e più specificamente con il consumatore finale. Per il *common law* inglese, cfr. *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; nel *common law* statunitense, cfr. *Devlin v. Smith* (89 N.Y. 470 [1882]).

Oltre ai succitati casi di danni da prodotto difettoso, si rinviene anche un caso di un incendio innescato da una locomotiva che aveva devastato la cittadina di Syracuse, v. *Ryan v. New York Central Rr. Co.*, 35 N.Y. 210 (1866). Nell'occasione, la Corte ha negato il risarcimento del danno ai proprietari delle case distrutte dalle fiamme perché il danno cagionato era troppo grande. L'assicurabilità della compagnia dei treni è stato ritenuto un elemento esplicito nel misurare il limite della responsabilità. La possibilità di assicurarsi indica che il rischio può essere distribuito, consentendo all'imprenditore accorto di non fallire per dover risarcire i danni derivanti dalla sua attività.

316Il principio emerge dalla pronuncia del Circuit Court of the United States for the District of Minnesota, *Huset v. Case Threshing Machine Co.* (8th Cir.1903). Il caso vede convenuta in giudizio un'azienda produttrice di macchine trebbiatrici, la *Case Threshing Machine Company*. Il particolare disegno e struttura del macchinario da lei prodotto lo rendeva pericoloso per l'incolumità dell'utilizzatore, non adeguatamente protetto dalle lame della trebbiatrice. La macchina era stata venduta ad un agricoltore che nella sua attività si avvaleva della collaborazione di un bracciante. Quest'ultimo, nell'utilizzare la trebbiatrice, aveva avuto tranciato il piede e lo stinco dalle lame,

una macchina, un edificio o uno strumento di lavoro per un uso determinato sia responsabile nei confronti del compratore che li utilizza per lo scopo per il quale sono stati costruiti o venduti, sempre che i danni alla persona che ne derivino siano la naturale e probabile conseguenza della negligenza del produttore o venditore nella costruzione o vendita. Tuttavia, quando un appaltatore costruisce un edificio aperto al pubblico od un ponte, o un fabbricante produce un'automobile, la lesione dell'incolumità personale di una persona diversa dal proprietario non può essere facilmente prevista come il probabile risultato della negligenza nella costruzione. In questi casi, la responsabilità che deriva dalla negligenza del costruttore o del produttore è limitata alle parti per le quali i beni sono costruiti o venduti, ovvero le parti contrattuali. Tale impostazione è influenzata da ragioni di *public policy*, in virtù delle quali è necessario restringere la responsabilità dei produttori di beni che hanno una diffusione universale ai soli contraenti, poiché la cerchia dei possibili danneggiati dei loro prodotti è troppo imprevedibile ed ampia per poter essere controllata. Pertanto, se l'appaltatore, il fabbricante o il venditore non può individuare secondo diligenza i soggetti a rischio di danneggiamento, non sorge alcun obbligo risarcitorio³¹⁷.

Le oscillazioni giurisprudenziali sinora riportate hanno trovato un punto fermo nella celebre sentenza *MacPherson v. Buick Motor Co.*³¹⁸. In essa è stato

sicché si era resa necessaria l'amputazione della gamba dall'altezza del ginocchio. Per questo danno, egli aveva agito nei confronti dell'azienda produttrice del macchinario pur in assenza di un rapporto contrattuale diretto con essa. La Corte ha respinto la richiesta risarcitoria perché non vi è rapporto contrattuale tra la società produttrice e il danneggiato.

La disamina della Corte sulla sussistenza dell'obbligo risarcitorio si basa essenzialmente sulla diligenza. In primo luogo, essa considera che la diligenza è l'obbligo (*duty*) di ognuno di agire ed utilizzare i propri beni in modo da non arrecare danni non necessari agli altri. Da questo principio fondamentale discendono le seguenti conseguenze: a) ciascuno è responsabile delle proprie azioni; b) la negligenza è la violazione di un obbligo (*duty*); c) alla lesione dell'incolumità personale che sia la prevedibile conseguenza di un atto negligente viene garantita tutela, contrariamente alle conseguenze nefaste che eccedono la normale prevedibilità, seguendo un decorso causale anomalo. Tali presupposti logici hanno autorizzato a sostenere che si agisce per negligenza in caso di violazione di obblighi (*duties*), mentre le azioni contrattuali riguardano l'inadempimento del contratto. Da ciò consegue che i limiti della responsabilità per negligenza non coincidono con quelli della responsabilità contrattuale, e che le azioni per negligenza spesso sorgono dove quelle contrattuali non sorgono, e viceversa.

317Lo stesso principio è stato posto alla base del caso *Kuelling v. Roderick Lean Manufacturing Co.* (N.Y. 1905) per giustificare il risarcimento in favore dell'attore per danni determinati da vizi occulti del bene venduto.

318La pronuncia è del giudice Cardoso nella Court of Appeals of New York, in *MacPherson v. Buick Motor Co.*, (217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 [1916]). Per un'analisi critica dell'interpretazione dei fatti compiuta dalla Corte, cfr. HENDERSON, *MacPherson v. Buick Motor Co.: Simplifying the Facts While Reshaping the Law*, in *Torts Stories* 41, New York, 2003.

definitivamente sancito che sul produttore grava un “*duty of due care*” nei confronti di chiunque subisca un danno riconducibile alla sua negligenza nella fabbricazione, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto contrattuale. Il ragionamento attraverso il quale si pervenire a tale conclusione prescinde anche dalla natura intrinsecamente pericolosa del bene messo in commercio, ritenendo piuttosto che il bene diventi pericoloso solo se costruito negligenzemente³¹⁹. La fabbricazione negligente rende prevedibili le conseguenze dannose dell'utilizzo dell'auto, che unitamente alla consapevolezza che quest'ultima verrà utilizzata da soggetti diversi dal contraente, obbliga il produttore a fabbricarla secondo diligenza³²⁰. Tale obbligo è la fonte giuridica che espone il produttore alle azioni risarcitorie degli acquirenti finali, indipendentemente dalla sussistenza di un legame contrattuale diretto³²¹.

Per compiere questo passo decisivo nel riconoscimento dell'obbligo risarcitorio, il giudice Cardozo ha esplicitamente e perentoriamente sancito che “abbiamo messo da parte la nozione secondo la quale l'obbligo di salvaguardare la vita e la salute, quando le conseguenze della negligenza possono essere prevedibili, sorgano esclusivamente dal contratto. Abbiamo posto la fonte dell'obbligazione dove dovrebbe essere. Abbiamo posto la sua fonte nella legge”.

La statuizione appena riportata induce alcune riflessioni. In primo luogo si rileva che la giurisprudenza americana ha inteso abbattere la barriera della *privity doctrine* a tutela di particolari diritti meritevoli di tutela, quali la vita e l'integrità fisica. L'alto valore dei beni in gioco ha certamente spinto le Corti a superare il limite

319Ancora in *Huset v. Case Threshing Machine Co., cit.*, i danni derivanti da beni intrinsecamente pericolosi erano considerati una eccezione alla regola della *privity doctrine*. Già nei casi *Devlin v. Smith, cit.*; *Statler v. George A. Ray Mfg. Co.*, (88 N.E. 1063 [N.Y. 1909]) e *Torgesen v. Schultz*, (84 N.E. 956 [N.Y. 1908]), tuttavia, si era registrata una espansione dell'area risarcibile anche per danni da beni non intrinsecamente pericolosi, anche tale espansione era di dubbia consapevolezza. Nella motivazione del caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, il giudice Cardozo ha dichiaratamente sposato tale allargamento rendendolo esplicito e consapevole.

320La conoscenza che il pericolo di danneggiamento riguardi terzi diversi dal contraente, è un elemento che si desume dalle circostanze di fatto. Nel caso ad oggetto, ad esempio, il produttore di automobili è ben consapevole che l'auto non verrà utilizzata dal suo contraente, che è il concessionario di vendita, in quanto il loro rapporto è propedeutico alla vendita al pubblico. Pertanto, il produttore è avvertito che il pericolo della sua negligenza costruttiva ricadrà su un soggetto con il quale lui non intrattiene alcuna relazione diretta, ma che è fisiologicamente il destinatario del bene. Conclude la Corte che se il produttore è negligente, dove il pericolo sia prevedibile, sorge la responsabilità. Appare evidente, quindi, che la fonte della responsabilità è la negligenza.

321Anche il contratto di trasporto aereo utilizza gli stessi criteri, v. *North American Aviation, Inc. v. Hughes*, 247 F.2d 517 (9th Cir. 1957), cert. den. 355 U.S. 914, 78 S.Ct. 341, 2 L.Ed.2d 273 (1958); *Sieracki v. Seas Shipping Co., Inc.*, 149 F.2d 98 (3d Cir. 1945), affd. 328 U.S. 85, 66 S.Ct. 872, 90 L.Ed. 1099 (1946).

della *privity doctrine* per accordare una tutela più ampia al danneggiato.

Correlativamente, emerge che anche nel sistema di *common law*, dopo alcune oscillazioni, si è finalmente pervenuti al riconoscimento della doppia fonte generatrice del *duty of care*: il contratto e la legge. La duplicità della fonte così espressa nel sistema anglosassone ricorda da vicino quello italiano, che ai sensi dell'art. 1173 c.c. identifica la fonte delle obbligazioni, e quindi della responsabilità, nel contratto o nella legge. All'interno delle due fonti, poi, si è visto che nel sistema americano è proprio la diligenza a svolgere un ruolo fondamentale per l'insorgere dell'obbligo, fungendo anche da elemento propulsore per il superamento della *privity doctrine*.

5. Ambito di applicazione della *Contract Law* o della *Tort Law*. L'interesse giuridico protetto

Anche nel sistema di *common law*, dunque, dopo alcune oscillazioni si è finalmente pervenuti al riconoscimento della doppia fonte generatrice del *duty of care*: il contratto e la legge³²². L'esistenza della doppia fonte di responsabilità ha indotto gli avvocati di *common law* a tentare di qualificare spesso gli inadempimenti contrattuali come *tort*, essendo spesso il relativo regime risarcitorio più favorevole per il danneggiato. Tale prassi ha obbligato le corti a cercare di individuare una linea di demarcazione netta tra le due figure³²³.

È difficile dare una definizione precisa di *tort*, ma volendo abbozzarne una si può dire che è la violazione di un interesse protetto in ordine al quale l'ordinamento accorda un risarcimento del danno³²⁴. Alla base della distinzione tra *contract* e *tort* c'è

322Le oscillazioni possono essere osservate lungo tutta la storia del *common law*. Come si è visto in precedenza, v. infra, pr. 3), all'inizio la tutela per i danni subiti era solo penalistica (*trespass*), venendo successivamente allargata anche al campo civilistico (*trespass on the case*). In tempi relativamente più moderni la fonte del *duty of care* è di natura contrattuale, come detto, presuppone l'esistenza di un vincolo obbligatorio tra le parti in virtù del quale agire secondo ordinaria diligenza. Le sentenze riportate segnano l'evoluzione dell'istituto nel senso di slegare l'obbligazione risarcitoria per danni alla salute o ai beni del danneggiato dalla preesistenza di un vincolo obbligatorio, allargando così la sfera del danno risarcibile attraverso l'espansione del *tort*. È interessante notare come in varie epoche ci si sia preoccupati di garantire una tutela sempre maggiore al danneggiato ora per mezzo dell'espansione della tutela aquiliana, ora di quella contrattuale.

323Uno degli esempi più limpidi delle forzature tentate dall'avvocatura riguarda il caso *Courtenay v. Earle*, 1850, 10 C.B. 73, 138 Eng. Rep. 30, nel quale si tentava di convertire il mancato pagamento di una somma di denaro in un *tort*. In dottrina, v. W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul – Minn., 1971, p. 614.

324M. S. SHAPO, *Basic Principles of Tort Law*, St. Paul – Minn., 1999, p. 2; W. L. PROSSER,

la diversa natura degli interessi protetti. La responsabilità extracontrattuale è elaborata in modo da proteggere la sfera giuridica di ciascuno da ogni genere di danno. Gli obblighi di condotta da essa imposti derivano dalla legge, cioè in assenza di un rapporto instaurato volontariamente dalle parti, ed hanno il loro fondamento primario in scelte di politica sociale. Viceversa, la responsabilità contrattuale ha l'obiettivo di far rispettare le pattuizioni ai contraenti, dando esecuzione a quanto dedotto in contratto. Questo genere di responsabilità, come noto, riguarda solo le parti direttamente coinvolte nel contratto³²⁵.

Tale distinzione netta, ancorché attraente, è stata da alcuni ritenuta da alcuni superficiale ed illusoria. Infatti, chi stipula un contratto assume non solo le obbligazioni frutto di esplicita pattuizione e accordo, ma anche quelle che la legge gli attribuisce come conseguenza della sua condotta. Specularmente, determinati obblighi di condotta derivanti dal *tort* possono essere imposti in ragione della particolare relazione intercorrente tra le parti. Nel determinare questa relazione, la legge prende spesso in considerazione i termini specifici della pattuizione, e su questa base aumenta o diminuisce la relativa responsabilità³²⁶. Ciò facendo, il *duty* fissato dalla legge in *tort* può coincidere con quello creato dal contratto, con l'effetto che l'inadempimento del contratto può coincidere con l'illecito, e dunque dar luogo sia all'azione in *tort* che in *contract*. In questi casi, è necessario fare ricorso ad una *fiction* per poter distinguere quando un'obbligazione è contrattuale o extracontrattuale³²⁷.

Una differenza classica tra *tort* e *contract* risiede nel soggetto a tutela del quale è posto il *duty*, che nel primo è la generalità delle persone, mentre nel secondo un soggetto ben determinato, ovvero la controparte³²⁸. Tuttavia, questa distinzione va

Handbook of the Law of Torts, cit., p. 1, il quale riporta che il termine “*tort*” deriva dal latino “*tortus*”. Nel significato corrente della lingua inglese esso era utilizzato come sinonimo di illecito. Con il passare del tempo esso è uscito dal lessico comune per restare patrimonio del gergo tecnico giuridico, indicante un illecito civile diverso dall'inadempimento del contratto per il quale le corti garantiscono come rimedio l'azione per il risarcimento del danno.

325W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., p. 613; P. H. WINFIELD, *Province of the Law of Tort*, New York – Cambridge, 1931, p. 40; F. POLLOCK, *Law of Torts*, London, 1929, pp. 2-3.

326W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., p. 442.

327In questi termini si esprime SEAVEY, *Review of Winfield, Province of the Law of Tort*, 1931, 45 *Harv. L. Rev.* 209.

328Nella giurisprudenza anglosassone ha sollevato particolari problemi il caso del contratto gratuito. Il quesito giuridico è se in assenza di una controprestazione economica la parte danneggiante risponda a titolo di *contract* o *tort*. Nei contratti di trasporto terrestre si è consolidata la teoria contrattuale, cfr. *Philadelphia & R.R.Co. v. Derby*, 1852, 55 U.S., 14 How., 468; *Southern R.Co. v. Lee*, 1907, 30 Ky. L. Rep. 1360, 101 S.W. 307; *Littlejohn v. Fitchburg R. Co.*, 1889, 148 Mass. 478, 20 N.E. 103.

in crisi se si considerano, ad esempio, gli obblighi di protezione del terzo. In tal caso la responsabilità contrattuale si estende anche a soggetti ulteriori rispetto ai contraenti, e quindi a soggetti non determinati dal contratto stesso.

Stante la difficoltà di dare una definizione precisa di *tort*, gli sforzi degli studiosi si sono concentrati sulla sua funzione. Essa assolve alla funzione di regolamentare i danni derivanti dall'agire umano, garantendo al danneggiato la compensazione per le perdite subite³²⁹. L'ambito di applicazione della *tort law* è particolarmente ampio, spaziando dai danni alla persona ai danni economici di varia natura. Nel fare ciò, interferisce con la *property law* da un lato, e la *contract law* dall'altro, mantenendo una posizione di confine anche con l'antitrust. A sua volta, come in una spirale dinamica, la *tort law* si intreccia con la Costituzione, ed in particolare con l'espansione delle leggi sui diritti civili iniziata nel diciannovesimo secolo. La varietà delle funzioni e degli ambiti lambiti dalla *tort law* sono lo specchio della sua complessità, anche con riferimento alle influenze politiche, sociali ed economiche dell'intera società³³⁰.

Tale complessità è stata il luogo dove si sono sviluppate anche molte teorie sociali. In particolare è stato sostenuto che la *Tort Law* ha lo scopo di perseguire la pacificazione dei privati coinvolti in un illecito³³¹. Gli individui hanno molti interessi per i quali invocare la tutela dell'ordinamento, e nel corso del tempo sono state compiute molte catalogazioni di essi. Gli interessi dell'uomo sono in realtà tantissimi, e la difficoltà sta nell'accordare la libertà a ciascuno senza inficiare quella degli altri consociati. Il compito della *Tort Law* è proprio quello di stabilire il limite della libertà di ciascuno e dirimere i relativi contrasti³³².

Alla luce di tali difficoltà, in dottrina e giurisprudenza è stato posto l'accento su un altro aspetto che pare cogliere maggiormente nel segno. Infatti, la distinzione

329La questione, di ampio respiro, non può essere trattata approfonditamente in questa sede, e pertanto si rinvia, *ex plurimis*, alle trattazioni classiche di WRIGHT, *Introduction to the Law of Torts*, 1944, 8 Camb. L. J. 238; W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., p. 6.

330La suggestione è di M. S. SHAPO, *The Duty to Act, Tort Law, Power, and Public Policy*, Austin-London, 1977, p. xi.

331*Hunter v. Up-Right, Inc.* (1993) 6 Cal.4th 1174, 1180, 26 Cal.Rptr.2d 8, 864 P.2d 88; *Foley v. Interactive Data Corp.* (1988) 47 Cal.3d 654, 683, 254 Cal.Rptr. 211, 765 P.2d 373; P. H. WINFIELD, *Public Policy and the English Common Law*, 42 *Harv. L. Rev.*, 1928, p. 76; W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., p. 15.

332Tale sistema è stato definito “ingegneria sociale”, indicando il ruolo della legge nel costruire una società pacificata. La definizione è di R. POUND, *Theory of Social Interests*, 4 *Pub. Am. Soc. Society*, 1920, p. 15.

teorica tra *tort* e *contract* è ben radicata nel common law, ed è identificabile grazie alla diversa funzione svolta dalle due figure, che è alla base dei rimedi creati per le due aree. Come accennato in precedenza, la contract law mira a dare esecuzione alla volontà delle parti, mentre la tort law ha come funzione principale quella di sostenere ragioni di “*social policy*”³³³. Tuttavia, mentre gli scopi di contract e tort law sono in teoria nettamente distinguibili, la linea del loro confine applicativo non lo è altrettanto, tanto che è stato sostenuto che la distinzione tra i rimedi di ciascuna non è stata realmente creata³³⁴. Questa incertezza dei confini applicativi e l'apparente ampiezza dei rimedi disponibili per le azioni extracontrattuali getta le basi per alleviare il contrasto tra *contracts* e *torts*. La crescita esponenziale di quest'ultima area, spesso invadendo campi che precedentemente erano inquadrati in *contracts*, ha indotto alla elaborazione della figura del “*con torts*”³³⁵.

Al di là di queste macro-classificazioni, che come tali risultano sfuggenti e non pienamente soddisfacenti, i primi passi concreti di tale distinzione muovono le mosse dalla differenziazione tra inadempimento totale (*nonfeasance*) e adempimento inesatto (*misfeasance*) del contratto. Nel primo caso si può tendenzialmente configurare solo una responsabilità contrattuale³³⁶, mentre l'adempimento inesatto può dar luogo spesso anche ad un *tort*. Il problema principale consiste nell'individuare, con un adeguato margine di certezza, quando il *duty* sorge sotto la vigenza del contratto e quando sotto quella della legge, venendo applicate rispettivamente la *contract* e la *tort law*.

Un elemento utile per discriminare le due figure può individuarsi nello scopo perseguito dagli obblighi fissati dal contratto o dalla legge. Sotto questo angolo prospettico, la responsabilità extracontrattuale è limitata allo scopo precipuo del *duty* che si assume violato, e che viene di volta in volta preso in considerazione. Così, ad

333 *Hunter v. Up-Right, Inc.*, (1993) 6 Cal.4th 1174, 1180, 26 Cal.Rptr.2d 8, 864 P.2d 88; *Foley v. Interactive Data Corp.*, (1988) 47 Cal.3d 654, 683, 254 Cal.Rptr. 211, 765 P.2d 373; *Erlich v. Menezes*, (1999) 21 Cal.4th 543, 87 Cal.Rptr.2d 886.

334 O. W. HOLMES Jr, *The Common Law*, Boston, 1881, p. 13; *Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil Co.* (1995) 11 Cal.4th 85, 106, 44 Cal.Rptr.2d 420, 900 P.2d 669.

335 Al riguardo si rimanda alla fondamentale opera di G. GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1988.

336 L'ipotesi di inadempimento totale della prestazione può coincidere con un comportamento illecito solo in una serie limitata di ipotesi, che esulano dalla presente trattazione. Ad esempio, l'obbligo di contrarre di soggetti investiti di svolgere pubblici servizi implica la loro responsabilità in *tort* se essi si rifiutano di contrattare con chi ne facesse richiesta. Diversamente, chi dovesse rifiutarsi di adempiere una prestazione (ad esempio un ristorante che rifiuta di servire un avventore) per ragioni discriminatorie legate al sesso o alla razza dell'altra parte, violando i diritti civili perpetra contemporaneamente un inadempimento contrattuale ed un *tort*.

esempio, integra responsabilità extracontrattuale del depositario la mancata adozione di idonee misure antincendio, poiché è considerata una mancanza di diligenza a prescindere dall'esistenza del contratto³³⁷. Al contrario, ha carattere esclusivamente contrattuale il perimento della merce per mancato rispetto di specifici accordi contrattuali, come ad esempio preservare i beni custoditi in certe condizioni ambientali per evitare che si deteriorino³³⁸.

Come si è anticipato, le possibilità di interazione tra le due categorie aumenta notevolmente in caso di adempimento imperfetto. Tradizionalmente, il contratto che meglio rappresenta la problematica è quello di trasporto. In esso, il vettore è stato ritenuto responsabile in *tort* per danni colposamente occorsi alla persona del passeggero³³⁹, così come per la perdita o lo smarrimento delle merci³⁴⁰, o il ritardo nella loro consegna³⁴¹. Prendendo come base di partenza il contratto di trasporto, l'applicazione della responsabilità extracontrattuale per adempimento inesatto si è poi espansa a tutti gli altri contratti, finendo per assumere carattere generale³⁴².

La regola che sembra emergere dalla casistica è che si configura una

337Il principio è affermato conformemente in *Aircraft Sales & Service, Inc. v. Bramlett*, 1950, 254 Ala. 588, 49 So.2d 144; *Pinnix v. Toomey*, 1955, 242 N.C. 358, 87 S.E.2d 893.

338*Kings Laboratories v. Yucaipa Valley Fruit Co.*, 1936, 18 Cal.2d 47, 62 P.2d 1054, nel quale è stata definita la natura prettamente contrattuale dell'obbligo previsto nel contratto, poi disatteso, di stoccare il burro ad una certa temperatura per evitare che si sciolga; analogamente, cfr. *Jacobs, Malcom & Burt v. Northern Pac. R. Co.*, 1925, 71 Cal. App. 42, 234 P. 328, riguardo la ventilazione di un'autovettura.

339La casistica è sterminata. Si richiama alle pronunce che più significativamente hanno segnato l'evoluzione della distinzione tra azione in *contract* ed in *tort*. *Kelly v. Metropolitan St. R. Co.*, 1895, 1 Q.R. 944; *Williamson v. Pacific Greyhound Lines*, 1945, 67 Cal. App. 2d 250, 153 P.2d 990; *Webber v. Herkimer & M. St. R. Co.*, 1888, 109 N.Y. 311, 16 N.E. 358; *Herron v. Miller*, 1923, 96 Okl. 59, 220 P. 36; *Baltimore City Passenger R. Co. v. Kemp*, 1883, 61 Md 619. Con particolare riguardo alla dottrina del trasporto aereo, cfr. E. FELDMAN, *Actions in Contract Resulting from Aircraft Crashes*, 1963, 12 *Cleve. Marsh. L. Rev.*, p. 472.

340*Turner v. Stallibrass*, 1898, 1 Q.B. 56; *Sumsion v. Streator Smith, Inc.*, 1943, 103 Utah 44, 132 P.2d 680; *Ellis v. Taylor*, 1931, 172 Ga. 830, 159 S.E. 266; *Quaker Worsted Mills Corp. v. Howard Trucking Corp.*, 1938, 131 Pa. Super. 1, 198 A. 691.

341*Virginia-Carolina Peanut Co. v. Atlantic C. L. R. Co.*, 1911, 135 N.C. 148, 71 S.E. 71; *Owens Bros. v. Chicago, R. I. & P. R. Co.*, 1908, 139 Iowa 538, 117 N.W. 762; *Texas & Pac. R. Co. v. Bufkin*, Tex. Civ. App. 1932, 46 S.W.2d 714.

342W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., p. 617, il quale menziona i contratti di opera intellettuale che coinvolgono avvocati, medici o periti geologici; contratti di agenzia; contratti di assicurazione dove l'assicuratore si rifiuta di difendere giudizialmente l'assicurato (approfonditamente v. *infra*, cap. IV). In dottrina, v. anche R. G. COGGIN, *Attorney Negligence – A Suit Within a Suit*, 1958, 60 *W. Va. L. Rev.* 225.

La considerazione non pare valere anche per il common law inglese, che contrariamente agli Stati Uniti è da sempre restio a concedere tutela in *tort* in presenza di un contratto tra danneggiante e danneggiato. Gli spunti principali vengono dalla casistica della responsabilità del professionista, che esegue in modo imperfetto la sua prestazione intellettuale ed arreca danno al cliente. V. *Groom v. Crocker*, 1939, 1 K.B. 194; *Steljes v. Ingram*, 1903, 19 T.L.R. 534; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vanderwell & Co.*, 1936, 1 K.B. 399.

responsabilità aquiliana per inesatto adempimento di un contratto ogni volta che esso ingenera un rischio prevedibile ed irragionevole che lede gli interessi della controparte. Se il danneggiante può essere ritenuto responsabile per negligente inosservanza di un obbligo imposto dalla legge, indipendentemente quindi da ogni contratto, *a fortiori* egli dovrebbe essere responsabile quando è tenuto a prestare attenzione e cura in virtù di una obbligazione contrattuale. Infatti, quando l'obbligazione ha le sue radici nel contratto, l'obbligo di osservare *due care* potrebbe essere implicito nel tipo di relazione esistente tra le parti. Può verificarsi, infatti, che l'inadempimento costituisca anche il mancato esercizio della dovuta cautela generalmente richiesta dalla *tort law*³⁴³.

Pertanto, è interessante capire che valore debba attribuirsi alla porzione di prestazione che travalica i confini dell'obbligazione volontariamente assunta. È stato osservato che quando l'adempimento si spinge oltre i confini del pattuito, incidendo sugli interessi del danneggiato oltre le aspettative di beneficio del contratto, la parte assume implicitamente un'obbligazione di agire diligentemente, analogamente a quando avviene per le prestazioni eseguite a titolo gratuito³⁴⁴.

Con riferimento alla tutela di queste posizioni ambigue, a cavallo tra *contract* e *tort*, tra l'ordinamento italiano e quello statunitense c'è una differenza fondamentale che spiega il diverso approccio in materia delle due culture. In Italia la fonte dell'obbligazione ne determina la natura, con l'effetto che il sistema di responsabilità deriva dalla natura dell'obbligazione. Così, se l'obbligazione nasce da contratto si applica il regime di responsabilità contrattuale. Invece, se l'obbligazione sorge da fatto illecito, la relativa responsabilità è di carattere extracontrattuale. Una siffatta constatazione, che sembra quasi ovvia e scontata agli occhi del giurista italiano, non è altrettanto valida nella logica di *common law*. Infatti, presso quest'ultimo il titolare della posizione giuridica ha la facoltà di invocare il regime di responsabilità che più gli conviene, prescindendo dalla fonte generatrice dell'obbligazione. La scelta richiede una attenta ponderazione di svariate conseguenze di diritto sostanziale e processuale che derivano dall'agire secondo la *contract* o *tort law*.

343 *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 1906, 167 ind. 491, 498, 79 N.E. 503, 505; *Coss v. Spaulding*, 1912, 41 Utah 447, 126 P. 468, dove un medico era stato ingaggiato da un automobilista che aveva investito un bambino.

344 La teoria è elaborata dal giudice C.J. Cardoso, in *H.R. Moch Co. v. Rensselaer Water Co.*, 1928, 247 N.Y. 160, 159 N.E. 896, 898.

Optando per la *contract law*, l'attore ha il vantaggio processuale di non avere l'onere probatorio di dimostrare l'elemento psicologico del danneggiante, poiché la responsabilità contrattuale opera oggettivamente, ossia per il solo fatto che l'inadempimento si è verificato³⁴⁵. Ancora, contrariamente all'azione a titolo extracontrattuale, quella a titolo contrattuale è trasferibile³⁴⁶. Vi sono poi delle soluzioni tecniche processuali che sono esclusivamente tipiche dell'azione contrattuale, come il giudizio sommario in assenza della giuria³⁴⁷, la compensazione giudiziale³⁴⁸ e la possibilità di proporre domanda riconvenzionale³⁴⁹. La scelta si ripercuote anche riguardo il foro competente, poiché sulle azioni contrattuali hanno giurisdizione anche le corti inferiori che, invece, non possono decidere su casi di tort³⁵⁰.

I due diversi regimi di responsabilità determinano delle differenze anche con riguardo al risarcimento del danno. In primo luogo si può osservare che la funzione risarcitoria dei due sistemi assolve ad una diversa finalità: quella contrattuale mira a mettere il contraente nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se la controparte avesse esattamente adempiuto la sua prestazione, mentre il tort compensa il danneggiato per la perdita subita. Nella prassi giudiziaria si invoca più spesso la responsabilità extracontrattuale perché avvantaggia il danneggiato in un numero maggiore di situazioni, e garantisce un risarcimento superiore alle azioni proposte in contract³⁵¹.

345Sotto questo profilo pare interessante prendere in considerazione il contratto di opera intellettuale tra medico e paziente. Promuovendo l'azione in giudizio a titolo contrattuale, l'attore non avrebbe l'onere di dimostrare altro che il danno ed il nesso causale. Se si agisce in tort, invece, è necessario provare anche la negligenza della condotta del medico. Cfr. *Frankel v. Wolper*, 1919, 228 N.Y. 582, 127 N.E. 913; *Schuster v. Sutherland*, 1916, 92 Wash. 135, 158 P. 730; *Robins v. Firestone*, 1955, 308 N.Y. 543, 127 N.E.2d 330. In dottrina, v. A. J. MILLER, *The Contractual Liability of Physicians and Surgeons*, 1953, *Wash. U. L. Q.* 413.

346*Vogel v. Cobb*, 1943, 193 Okl 64, 141 P.2d 276.

347*Garfunkel v. Pennsylvania R. Co.*, 1932, 148 Misc. 810, 266 N.Y.S. 35; *Bishop v. Specter*, 1932, 150 Misc. 360, 269 N.Y.S. 76.

348*John A. Eck Co. v. Pennsylvania, R. Co.*, 1931, 261 I11.App. 43; *Ellis v. Taylor*, 1931, 172 Ga. 830, 159 S.E. 266.

349*Schmidt v. Mesmer*, 1897, 116 Cal. 267, 48 P. 54; *Timmerman v. Gurnsey*, 1928, 206 Iowa 35, 217 N.W. 879; *Simon v. Goodyear Metallic Rubber Shoe Co.*, 6 Cir., 1900, 105 F. 573; *Pohl v. Johnson*, 1930, 179 Minn. 398, 229 N.W. 555.

350*White v. Ely*, 1907, 145 N.C. 36, 58 S.E. 437; *Chudnovski v. Eckels*, 1908, 232 I11. 312, 83 N.E. 846; *Busch v. Interborough Rapid Transit Co.*, 1907, 110 App. Div. 705, 96 n.Y.S. 747. Per ulteriori ipotesi nelle quali il foro competente offre una maggiore copertura all'azione in *contract*, v. anche *Bufkin v. Grisham*, 1930, 157 Miss. 746, 128 So. 563; *Wright v. Southern R. Co.*, 1910, 7 Ga. App. 542, 67 S.E. 272.

351L'affermazione indica la tendenza maggioritaria, ben potendosi rinvenire ipotesi nelle quali, agendo a titolo contrattuale, il danneggiato ottiene maggior beneficio. Per tutti, v. *Gilmore v. Wilbur*, Mass.

La differenza tra le due responsabilità incide anche sul *quantum debeatur*. In caso di inadempimento contrattuale, il responsabile risponde solo dei danni che erano prevedibili al momento in cui si è perfezionato l'accordo, mentre tale limitazione non opera in caso di responsabilità extracontrattuale³⁵². Inoltre, con il contratto possono prevedersi delle clausole di limitazione della responsabilità, mentre la loro applicazione è preclusa nel tort³⁵³.

Altre due conseguenze fondamentali nella scelta del tipo di azione da esperire riguardano i danni punitivi (*punitive damages*) e il danno morale. La dottrina e la giurisprudenza dominanti escludono la possibilità di comminare danni punitivi in caso di inadempimento del contratto, e considerano questo genere di danno compatibile soltanto con la responsabilità extracontrattuale. Infatti, tradizionalmente l'inadempimento è stato considerato come una libera scelta della parte, dunque priva di ogni connotazione negativa o di illiceità³⁵⁴. L'unica conseguenza per chi non adempie è che la legge lo obbliga a mettere la controparte nelle stesse condizioni in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto³⁵⁵. In tempi moderni, tale posizione è stata riletta e confermata in analisi economica del diritto dalla teoria dello “*efficient breach of contract*”, risultando logico che un inadempimento economicamente efficiente non può essere sanzionato con danni punitivi³⁵⁶.

1831, 12 Pick. 120; *Galvin v. Mac Mining & Milling Co.*, 1894, 14 Mont. 508, 37 P. 366.

352La statuizione si rinviene nel *leading case*, *Hadley v. Baxendale*, 1854, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145. In dottrina v. R. S. BAUER, *Consequential Damages in Contract*, 1932, 80 *U. Pa. L. Rev.* 687; C. T. McCORMICK, *The Contemplation Rule as a Limitation Upon Damages for Breach of Contract*, 1935, 19 *Minn. L. Rev.*, p. 497; W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., pp. 250 ss. Talune giurisdizioni ritengono che il danno contrattuale risarcibile coincida con quello tacitamente accettato per assumere la responsabilità, *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 1903, 190 U.S. 540; *Armstrong Rubber Co. v. Griffith*, 2 Cir. 1930, 43 F.2d 689; *Givens v. North Augusta Elec. & imp. Co.*, 1912, 91 S.C. 417, 74 S.E. 1067; *contra*, v. *Mckibbin v. Pierce*, Tex. Civ. App. 1917, 190 S.W. 1149.

353Sulle clausole limitative della responsabilità, cfr. *Hart v. Pennsylvania R. Co.*, 1884, 112 U.S. 331; *Libby v. St. Louis, I. M. & S. R. Co.*, 1909, 137 Mo. App. 276, 117 S.W. 659; *Merchants' & Miners' Transp. Co. v. Moore & Co.*, 1905, 124 Ga. 482, 52 S.E. 802. Circa la loro inapplicabilità alla responsabilità extracontrattuale, v. *Woodruff & Sons v. Brown*, 5 Cir. 1958, 256 F.2d 391; *Danann Realty Corp. v. Harris*, 1959, 5 N.Y.2d 317, 184 N.Y.S. 2D 599, 157 N.E.2d 597.

354La statuizione è radicata nella cultura di *common law* sin dal diciannovesimo secolo, v. O.W. HOLMES Jr, *The Common Law*, cit., p. 301.

355Il concetto è espresso in *Restatement (second) of contracts*, introduzione al cap. 16, nota 100, 1981, dove si sancisce testualmente che “*The traditional goal of the law of contract remedies has not be compulsion of the promissor to perform his promise but compensation of the promisee for the loss resulting from breach*”. In dottrina, si esprime concordemente E. A. FARNSWORTH, *Legal remedies for Breach of Contract*, 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 1145, 1147.

356I danni punitivi non sono invocabili se l'inadempimento non costituisce anche un *tort*. In tal senso, v. R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publisher, New York, 1998, p. 131. La teoria è stata sposata sia dagli *statues*, v. *Restatement (second) of contracts*, § 355 il quale statuisce

Analogamente, l'orientamento maggioritario non concede la possibilità di risarcire il risarcimento del danno morale determinato dall'inadempimento³⁵⁷. L'unica possibilità per configurare il risarcimento del danno morale in caso di inadempimento del contratto è che “la stessa azione costituisca sia un inadempimento contrattuale, che una invasione dell'interesse protetto dalla law of torts”³⁵⁸. Al riguardo, comunque, si è precisato che l'adempimento contrattuale può essere qualificato come “*tortious*” - illecito - solo se viola un duty che è indipendente del contratto, e dunque attinente alla tort law. Pertanto, l'inadempimento contrattuale in sé non può mai essere considerato tort, se tale condotta non costituisce anche la violazione di un duty³⁵⁹.

Il principio *de quo* non è stato reputato contrastare l'asserzione secondo la quale una obbligazione contrattuale può a sua volta creare anche un “duty”³⁶⁰. La statuizione non convince appieno perché all'ammissione esplicita che un duty può essere originato dal contratto non fa seguito una coerente tutela di tale duty. Infatti, per stessa ammissione della Corte, perché possa accordarsi il risarcimento del danno morale è necessaria la violazione di un duty indipendente dal contratto, cioè diverso da quello originato dallo stesso. Pertanto, si delinea una situazione nella quale il contratto è la fonte di un duty che però non riceve una piena tutela extracontrattuale. La creazione di questo duty ibrido, che potremmo definire di rango inferiore in quanto tutelato meno intensamente dalla law of tort, mette in evidenza l'imbarazzo della dottrina di common law nel dare una collocazione certa a tale sub-categoria. All'affermazione che il contratto è fonte di duty, non fa seguito una coerente applicazione dell'ordinario

testualmente che “*Punitive Damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable*”; che dalla dottrina dominante, cfr. S. J. BURTON, *Principles of Contract Law*, St. Paul, Minn., 1995, pp. 289 ss.; E. A. FARNSWORTH – W. F. YOUNG – C. SANGER, *Contracts: Cases and Materials*, New York, 1995, p. 20; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, New York, 1998, p. 157; C. L. KNAPP – N. M. CRYSTAL – H. G. PRINCE, *Problems in Contract Law, Cases and Materials*, New York, 2007, pp. 1020-1021. In giurisprudenza, ex plurimis, cfr. *Gynberg v. Citation Oil & Gas Corp.*, 1997, 573 N.W.2d 493; *Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil Co.*, 900 P.2d 669, 676 (1995 Cal.); *E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Pressman*, 679 A.2d 975, 984 (Ind. 1993). In senso contrario, e cioè dell'efficienza dei danni punitivi per inadempimento contrattuale, per un'analisi approfondita v. W. S. DODGE, *The Case for Punitive Damages in Contracts*, 48 *Duke Law Journal*, 1999, pp. 629-700. Anche giurisprudenza risalente ammette danni punitivi per inadempimento, cfr. *Williams v. Carolina & N.W.R. Co.*, 1907, 144 N.C. 498, 57 S.E. 216.

357L'interrogativo se fosse ammissibile la domanda di risarcimento dei danni morali per adempimento negligente della prestazione contrattuale ha ricevuto risposta negativa dalla *Supreme Court of California*, in *Erlich v. Menezes*, 21.Cal.4th 543, 981 P.2d 978 Cal.Rptr.2d 886 (1999).

358In questi termini si esprime B.E. WITKIN, *California Procedure*, St. Paul, Minn., 1996, pp. 203-204.

359*Jones v. Kelly*, (1929) 208 Cal. 251, 255, 280 P. 942.

360Cfr. *Erlich v. Menezes*, cit.

regime risarcitorio. Quindi, si crea il paradosso di creare una categoria di duties che non godono delle tutele tipiche della law of tort, ma che allo stesso tempo non hanno un altro regime risarcitorio di riferimento, risultando così sostanzialmente sprovvisti di tutela.

Nell'ipotesi in cui la stessa condotta violi sia il regolamento contrattuale che un duty indipendente, invece, è possibile agire attraverso due distinte azioni: con una per ottenere il pieno ristoro dei costi e dei danni contrattuali, con l'altra per risarcire il danno morale³⁶¹.

Si registrano, comunque, delle eccezioni alla inapplicabilità del regime risarcitorio in tort in ambito contrattuale. Ad esempio, nei casi in cui dall'inadempimento derivino danni alla persona³⁶², dalla violazione del obbligo di buona fede e correttezza nei contratti assicurativi³⁶³, per licenziamento illecito in violazione della “*fundamental public policy*”³⁶⁴, o quando si sia indotti a stipulare il contratto fraudolentemente³⁶⁵. In ognuno di questi casi, l'obbligo che genera la responsabilità extracontrattuale può essere totalmente indipendente dal contratto, oppure derivare da una condotta dolosa e abbia l'intento di causare danno³⁶⁶.

361La soluzione è adottata in *North American Chemical Co. v. Superior Court*, (1997) 59 Cal.App.4th 764, 774, 69 Cal.Rptr.2d 466.

362*Fuentes v. Perez*, (1977) 66 Cal.App.3d 163, 168, fn. 2, 136 Cal.Rptr. 275.

363*Crisci v. Security Ins. Co.*, (1967) 66 Cal.2d 425, 433-434, 58 Cal.Rptr. 13, 426 P.2d 173

364*Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, (1980) 27 Cal.3d 167, 175-176, 164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330.

365 *Las Palmas Associates v. Las Palmas Center Associates*, (1991) 235 Cal.App.3d 1220, 1238-1239, 1 Cal.Rptr.2d 301.

366*Christensen v. Superior Court*, (1991) 54 Cal.3d 868, 885-886, 2 Cal.Rptr.2d 79, 820 P.2d 181.

CAPITOLO III

Gli obblighi di protezione connessi alla diligenza nel *Common Law* statunitense

SOMMARIO: 1. *Gli obblighi di proteggere l'altrui sfera giuridica. Duty of care.* - 2. *La diligenza come fonte dell'obbligazione.* - 3. *Nondisclosure e misrepresentation.* - 4. *Duty in special relationship.* - 5. *Duty to warn.* - 6. *La responsabilità da prodotto difettoso.*

1. Gli obblighi di proteggere l'altrui sfera giuridica. *Duty of care*

Il concetto di *duty of care* è tipico del *common law*, ed è strettamente collegato alle varie teorie di *negligence* che ne costituiscono il fondamento. Esso si è evoluto particolarmente quando nel XIX secolo si è passati da una concezione assolutistica della responsabilità all'introduzione della imputabilità per colpa, quando cioè la *negligence* è diventata una base autonoma per la responsabilità in *tort* se non addirittura un particolare tipo di *tort*³⁶⁷. Infatti, in coincidenza con l'elaborazione del concetto di *negligence*, le corti hanno sviluppato parallelamente anche il principio di *duty*.

Una tradizionale definizione inglese statuisce che non può concedersi alcuna azione per violazione di un *duty*, e quindi riconoscerne la sussistenza, che nei confronti del danneggiato³⁶⁸. Quest'ultimo deve preliminarmente individuare una obbligazione legale che possa vederlo come destinatario della tutela, e solo dopo si procede con la valutazione di merito sulla colpa del danneggiante³⁶⁹. La negligenza del danneggiante non può essere ritenuta un concetto astratto privo di rilevanza pratica, ma contempla un obbligo legale di una parte su un'altra³⁷⁰.

367W. V. H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Melbourne, 2006, p. 9, secondo i quali “*negligence may mean a mental element in tortious liability or it may mean an independent tort*”. V. anche P. H. WINFIELD, *The History of Negligence in the Law of Torts*, cit., pp. 184 ss, il quale afferma che il *tort* di *negligence* assume rilevanza autonoma rispetto agli altri *torts*.

368 *Vaughan v. Menlove*, 1837, 3 Bing. N.C. 468, 132 *Eng. Rep.* 490; *Langridge v. Levy*, 1836, 2 M.&W. 519, 150 *Eng. Rep.* 863, affirmed, 1838, 4 M.&W. 337, 150 *Eng. Rep.* 1458; *Winterbottom v. Wright*, 1842, 10 M.&W. 109, 152 *Eng. Rep.* 402.

369 La questione circa la sussistenza di una responsabilità per colpa non può essere presa in considerazione sinché non sia determinato che sull'uomo che si è comportato negligenzemente incombeva un qualche *duty* verso l'altra parte. In questi termini si esprime Lord Esher, in *Le Lievre v. Gould*, [1898] 1 Q.B. 491, 497.

370 F. POLLOCK, *Law of Torts*, London, 1929, p. 468. In giurisprudenza il principio è stato ribadito in *Tappen v. Ager*, 10th Cir. 1979, 599 F.2d 376, 379; *Shore v. Town of Stonington*, 1982, 187 Conn. 147, 444 A.2d 1379.

Negli Stati Uniti la definizione di *duty* è stata il frutto di una evoluzione giurisprudenziale. Nel caso *Heaven v. Pender*, il giudice Brett statuisce che “quando un soggetto si trova in rapporto ad altri in una situazione tale da far ritenere a individui normali che se non avesse usato diligenza e abilità usuali avrebbe causato pericoli e danni alle persone o alle cose in proprietà, sorge un dovere di far impiego della diligenza e abilità usuale per evitare quel pericolo”³⁷¹. Questa formulazione è stata oggetto di critiche per la sua eccessiva vaghezza. In taluni casi, infatti, sul convenuto non incombe nessun obbligo giuridicamente vincolante di agire con la cura e l'attenzione dell'uomo di media avvedutezza verso un particolare attore. Pertanto, egli non è responsabile anche se la sua condotta non soddisfa lo standard of care, e per l'effetto qualcuno ne risulta danneggiato³⁷².

Tale definizione di *duty* pone l'accento sul suo aspetto relazionale, con particolare riguardo alla prevedibilità del rischio³⁷³. Perché si possa parlare di *negligence* in un determinato fatto, è necessario che ricorra l'antecedente logico dell'esistenza di un dovere del soggetto agente nei confronti del danneggiato, di una qualche relazione o rapporto dell'uno nei confronti dell'altro. *Negligence* e *duty* sono indissolubilmente intrecciati, e non si può definire l'uno senza l'ausilio dell'altro³⁷⁴. Infatti, i contorni dell'obbligo da rispettare sono a propria volta definiti dalla rischiosità dell'azione. In altre parole, sussiste il *duty of care* se secondo l'ordinaria diligenza è in concreto prevedibile che l'azione determini un danno. Quindi, laddove non sussista il rischio di arrecare danno non esiste il corrispondente *duty of care*. La

371 *Heaven v. Pender*, cit., che in lingua originale recita nel modo seguente: “Whenever one person is by circumstances placed in such position with regard to another that every one of ordinary sense who did think would recognize that if he did not use ordinary care and skill in his own conduct with regard to these circumstances he would cause danger of injury to the person or property of the other, a duty arises to use ordinary care and skill to avoid such danger”. Tale enunciazione ha come connotato fondamentale la “diligenza” e “cura” che sono assimilabili al concetto di *diligentia* della tradizione romana. Per un'analisi più approfondita della diligenza, v. infra § 2.

372 Le critiche sono giunte già nel 1893 da Lord Esher nelle motivazioni del caso *Le Lievre v. Gould*, cit., dove si osserva che una proposizione così generica è adeguata solo nei casi ordinari di negligenza, dove il convenuto ha compiuto alcune azioni come ad esempio guidare un'automobile. In tal caso, il guidatore dovrebbe, alla stregua di un uomo di media avvedutezza, prevedere che la sua condotta coinvolgerà un rischio imprevedibile per gli altri guidatori o pedoni. Pertanto, su di lui incombe il *duty of care* di fare o non fare determinate azioni.

373 *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 248 N.Y. 339, 344, 162 N.E. 99, 100, 59 A.L.R. 1253, 1256-1257 (1928). Contemporaneamente, uno dei più creativi accademici americani ha definito il *duty* come un complesso di fattori tra i quali si annoverano quelli amministrativi, economici e morali, v. L. GREEN, *The duty problem in Negligence Cases* (pts. 1-2), 28 *Colum. L. Rev.* 1014, 29 *Colum. L. Rev.* 255 (1929).

374 L. J. BOWEN, in *Thomas v. Quartermaine*, 18 Q. B. D. 685, 694, secondo il quale, testualmente, “the ideas of negligence and duty are strictly correlative”.

sussistenza del rischio instaura a sua volta una particolare relazione tra potenziale danneggiante e danneggiato in quanto è proprio nei confronti di quest'ultimo che sorge il *duty*, distinguendolo così dalla generalità dei consociati³⁷⁵. Ne consegue che la *negligence*, come il rischio, è una modalità per instaurare una relazione tra i soggetti, il cui contenuto è quello proprio del *duty* in quel momento considerato. Così, il *duty* concerne la relazione tra individui, ne determina il contenuto e pone a carico di uno un'obbligazione legale per il beneficio di un altro. Da ciò consegue che il *duty* può essere definito come l'obbligazione di conformarsi ad un particolare *standard* comportamentale nei confronti dell'altro, la cui violazione genera la responsabilità del contravventore.

Questa impostazione “relazionale” del *duty* non è da alcuni considerata essenziale nel diritto continentale, che anzi l'ha classificata come inutile ai propri fini, e generatrice di confusione nel sistema anglosassone³⁷⁶. Tuttavia, l'artificiosità della definizione di *duty* è stata ritenuta solo apparente. Infatti, quando le corti hanno voluto trovare il fondamento di una responsabilità, hanno individuato facilmente la necessaria relazione che fondasse la sussistenza del *duty*³⁷⁷. I termini della questione possono essere rovesciati, e l'interrogativo se sussista o meno il *duty* può essere risolto capendo se l'attore vanta o meno un interesse giuridicamente protetto nei confronti del convenuto³⁷⁸. Ad ogni modo, emerge che il *duty* non è una entità naturalisticamente preesistente, bensì l'espressione della somma dei valori che portano la legge a dire che all'attore deve essere concessa tutela³⁷⁹.

Nonostante le critiche rivolte alla sentenza, deve evidenziarsi che essa ha creato per la prima volta la figura del *tort of negligence*, derivante dalla inosservanza di un dovere legale di prestare attenzione alle circostanze o alle conseguenze di un atto o di una omissione che provoca danno a terzi. Il punto centrale di tale

375W. A. SEAVEY, *Negligence - Subjective or Objective*, 41 *Har. L. Rev.*, I, (1927), p. 6. Il principio è stato successivamente ribadito anche in *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, cit.; *Boronkay v. Robinson & Carpenter*, 247 N. Y. 365.

376P. H. WINFIELD, *Duty in Tortious Negligence*, cit., pp. 41 ss; BUCKLAND, *The Duty to Take Care*, 1935, 51 *L. Q. Rev.* 637.

377Al riguardo è interessante il confronto delle motivazioni del giudice C.J. Cardozo nei casi *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 1916, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050, e *H.R. Moch Co. v. Rensselaer Water Co.*, 1928, 247 N.Y. 160, 159 N.E. 896.

378L. GREEN, *The duty problem in Negligence Cases*, cit., p. 255; W. L. PROSSER, *Palsgraf Revisited*, 1953, 52 *Mich. L. Rev.*, p. 1. In giurisprudenza, cfr. *Earp v. Nobmann*, 1981, 122 *Cal.App.3d* 270, 175 *Cal. Rptr.* 767.

379Brennen v. *City of Eugene*, 1979, 285 Or. 401, 591 P.2d 719; *Bigbee v. Pacific Telephone & Telegraph Co.*, 1982, 131 *Cal.App.3d* 999, 183 *Cal.Rptr.* 535.

elaborazione è proprio il concetto di *duty of care*, che assurge per la prima volta a termine tecnico.

Cogliendo gli spunti forniti dalle critiche precedenti, il giudice Brett adotta una formula più circoscritta in una successiva sentenza. Nella decisione *Le Lièvre v. Gould* egli sancisce che “se un soggetto è vicino ad un altro, o vicino alla proprietà di un altro, su di lui grava l'obbligo (*duty*) di non compiere azioni che potrebbero causare un danno alla persona o alla proprietà dell'altro”³⁸⁰. Seppur ritenuta vaga e priva di una netta e chiara applicabilità, questa formulazione attribuisce al *duty of care* il fondamentale ruolo di “vero e proprio pilastro del regime della responsabilità civile”³⁸¹.

Un ulteriore e decisivo passo avanti viene compiuto con la decisione *Donoghue v. Stevenson*, dove si propone una nuova definizione, in ordine alla quale bisogna adottare una ragionevole cura per evitare atti od omissioni che è ragionevole prevedere danneggino il “vicino”. Il vicino, da un punto di vista giuridico, è individuato in colui il quale è in contatto o comunque in una situazione di prossimità con il soggetto agente, e viene direttamente toccato dai suoi atti. Con tale assunto viene abbattuto il muro della *doctrine of privity of contract*, in base alla quale un soggetto può chiedere il risarcimento del danno soltanto in virtù di un contratto con il danneggiante³⁸².

Inoltre, viene stabilito che “chiunque, in una situazione determinata, sia a conoscenza del fatto che il suo comportamento potrebbe arrecare danno ad altri, è obbligato ad esercitare quella diligenza che gli altri possono da lui ragionevolmente pretendere”. Tale teorizzazione trova la sua ratio in motivi etici e di equità, che

380 *Le Lièvre and Dennes v. Gould*, 1893, 1 Q.B., 491, che letteralmente recita: “*If one man is near to another or is near to the property of another; a duty lies on him not to do that which may cause a personal injury to that other or may injure his property*”.

381 A. J. MILLNER, *Negligence in Modern Law*, London, 1971, p. 4.

382 *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, 580, dove Lord Atkin testualmente scrive: “*The rule that you are to love your neighbor becomes in law, you must not injure your neighbor; and the lawyer's question, Who is my neighbor? receives a restricted reply. You must reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbor. Who, then, in law is my neighbor? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question*”.

La questione è dibattuta anche in F. POLLOCK, *The Snail in the Bottle, and Thereafter*, 1933, 49 L. Q. Rev 22; P. S. P. S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, London, 2006, p. 71; H. STREET, *The Law of Torts*, London, 1976, p. 105; M. A. HEUSTON, *Salmond on the Law of Torts*, London, 1973, p. 197.

rivoluzionano ogni principio tradizionale sulla responsabilità civile.

Anche tale formulazione, tuttavia, è stata tacciata di eccessiva vaghezza. Anche la “teoria relazionale” di cui sopra viene ritenuta insoddisfacente, perché non chiarisce con esattezza nei confronti di chi si debba osservare il dovere di diligenza, ed in che modo quest'ultimo possa essere identificato³⁸³. Il superamento di tali lacune avviene attraverso la teoria dello scopo della norma violata, in ragione della quale possono essere risarciti solo i soggetti che vantano una posizione riconosciuta come giuridicamente rilevante dall'ordinamento, e come tale fonte obbligatoria e meritevole di tutela attraverso il risarcimento del danno³⁸⁴. Dall'esistenza di un interesse giuridicamente protetto consegue automaticamente la sussistenza di un *duty of care*. La scelta degli individui e delle categorie di interessi da proteggere sono determinati dalla *public policy*. Questo significa anche che l'esistenza di un *duty of care* dipende dalle scelte di *policy*, con l'effetto che tale *duty* diviene una tecnica di selezione degli interessi, che tuttavia si tende a presentare come tecnica di valutazione del comportamento dell'agente³⁸⁵.

Una visione più evolutiva ritiene che il concetto di relazioni umane muti nel tempo, e la legge segua parallelamente tale cambiamenti³⁸⁶. In realtà, la posizione che pare essere maggiormente condivisibile individua in una molteplicità di elementi i fattori che hanno determinato la suddetta posizione giurisprudenziale, tra i quali si possono annoverare questioni di opportunità dell'amministrazione, la capacità delle parti di sopportare le perdite subite, la politica di prevenire danni futuri, la responsabilità morale in capo al danneggiante ed altre ancora³⁸⁷.

383Le critiche più puntuali sono state formulate dal giudice L. J. SCRUTTON in *Farr v. Butters Bros.*, 81932) 2 K.B. 606, 613-614; *Haseldine v. Daw*, (1941) 2 K.B. 343, 362; *Bourhill v. Young*, (1943) A.C. 92, 98; *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, (1951) 2 K.B. 164, 189, 192. Tali puntualizzazioni sono apprezzate dallo stesso Lord Atkin in *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, (1941) A.C. 74, 79.

384Per un'analisi comparatistica con l'ordinamento italiano della regola dello scopo della norma violata, v. M. BARCELLONA, “*Scopo della norma violata*”, *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, cit., pp. 313 ss.

385L'applicazione della teoria dello scopo della norma violata al *duty* ne comporta delle applicazioni sostanzialmente inique, e questo è senz'altro un paradosso per un sistema rimediabile e pragmatico come quello di *common law*. L'esempio più clamoroso riguarda il risarcimento del danno del danno meramente patrimoniale (*economic loss*), v. *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R., 10 Q.B., 453; *Derry v. Peek* (1877), 14 App. Cas., 337; *Simpson v. Thompson* (1877) 3 App. Cas., 279; *Robinson Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303 (1927). Nel panorama statunitense, v. *Ultramares Corp. v. Touche*, 255, N.Y., 170, N.E., 441 (1931). In dottrina, v. F. JAMES, *Limitations on Liability for Economic Loss caused by Negligence*, in 25 (1972) *Vand. L. Rev.*, pp. 43 ss.

386W. L. PROSSER, *Palsgraf Revisited*, cit., pp. 12-15.

387Per una visione panoramica dottrinale sul fenomeno, v. L. GREEN, *The duty problem in*

In giurisprudenza è stato più specificamente sancito che le Corti devono compiere un'opera di bilanciamento tra vari fattori quando determinano l'esistenza di un *duty*. In particolare, il riferimento è per ai seguenti elementi: a) prevedibilità di danneggiare l'attore; b) grado di certezza che l'attore abbia sofferto il danno; c) stretto nesso di causalità tra la condotta del danneggiante ed il danno; d) comportamento moralmente biasimevole da parte del danneggiante; e) politica preventiva di danni futuri; f) estensione dell'onere per il danneggiante di adottare il *duty of care*, e conseguente responsabilità per la relativa violazione; g) previsione e pagamento di una assicurazione a copertura del rischio coinvolto³⁸⁸.

Quanto appena illustrato implica un potere creatore di singoli *duties*, all'interno dei *negligent torts*, da parte delle corti. Tale potere creativo da un lato dimostra che anche nel *common law* vige il principio generale *alterum non laedere*, che di volta in volta viene reso concreto dalle corti attraverso la formulazione di un determinato *duty*³⁸⁹. Dall'altro, mette in luce che la molteplicità di elementi che devono essere presi in considerazione rende arduo valutare uniformemente le circostanze di fatto, e quindi offrire un giudizio di responsabilità aprioristicamente sicuro.

Una tale complessità dogmatica mal si ataglia al pragmatismo della tradizione anglosassone, ed infatti non stupisce che sia stato sostenuto che il *duty of care*, così dogmaticamente complesso, è un elemento superfluo nel giudizio di *negligence*. Per determinare la responsabilità, secondo tale impostazione, è sufficiente basarsi sui criteri di “prevedibilità” del danno e “ragionevolezza” del comportamento, senza dover utilizzare l'inutile complicazione teorica del *duty of care*³⁹⁰. La natura eccessivamente teorica, per i canoni anglosassoni, della figura in esame ha fatto anche sostenere, come accennato in precedenza, che il *duty of care* sia in realtà una

Negligence Cases, cit., p. 264; E. W. THODE, *Tort Analysis: Duty-Risk v. Proximate Cause and the Rational Allocation of Functions Between Judge and Jury*, cit., p. 1; O. M. REYNOLDS, *Limits on Negligence Liability: Palsgraf*, cit., p. 63.

388V. *Vu v. Singer Co.*, N.D.Cal.1981, 538 F.Supp. 26, 29; *Tarasoff v. Regents of University of California*, 1976, 17 Cal.3d 425, 131 Cal.Rptr. 14, 22, 551 P.2d 334, 342; *Guy v. Liederbach*, 1980, 279 Pa.Super. 543, 421 A.2d 333 (obbligo dell'avvocato nei confronti del testatore nel redigere un testamento conforme alla sua volontà); *Pelham v. Griesheimer*, 1981, 93 Ill.App.3d 751, 49 Ill.Dec. 192, 417 N.E.2d 882, *affirmed*, 1982, 92 Ill.2d 13, 64 Ill.Dec. 544, 440 N.E.2d 96.

389P. H. WINFIELD, *Duty in Tortious Negligence*, cit., pp. 41 ss.

390R. V. M. DIAS, *The Breach Problem and the Duty of Care*, cit., 377; P. H. WINFIELD, *Duty in Tortious Negligence*, cit., pp. 96 ss arriva addirittura a sostenere che il concetto di *duty* potrebbe essere eliminato dalla struttura dell'illecito di *negligence*.

maschera tecnica dietro la quale si cela in realtà la politica del diritto sugli interessi da proteggere³⁹¹. Il *duty of care* diviene così lo strumento attraverso il quale la società tutela gli interessi di nuova emersione³⁹².

A nostro giudizio queste critiche non indeboliscono la figura del *duty*, né tanto meno mettono in dubbio la vitale importanza che esso assume all'interno del sistema della responsabilità e delle sue fonti. Al contrario, è interessante notare che l'evolversi della sensibilità della società per la tutela di determinati interessi porta al continuo riconoscimento di nuovi *duties*. È proprio grazie ai *duties* che l'ordinamento respira e si rende permeabile alle istanze di giustizia della società, evitando uno scollamento tra la realtà giuridica e la realtà fenomenica. Il compito della legge democraticamente emanata è quello di farsi portatrice delle istanze di una comunità in un determinato momento storico, e garantire la pacifica convivenza tra i suoi consociati. Una legge distante dalla quotidianità che invece dovrebbe regolamentare, ed incurante della sensibilità della società, viene percepita come una legge ingiusta, in particolare modo in un contesto culturale pragmatico di tradizione rimediale come quello del *common law*. Questo spiega perché le Corti riconoscano l'esistenza di un *duty* dove la sensibilità di una persona ragionevole la condurrebbe a riconoscere l'esistenza di tale obbligo³⁹³. A nostro giudizio è proprio l'esistenza del *duty* una delle ragioni che hanno determinato il successo e favorito l'espansione della *negligence* e della responsabilità civile tutta a partire dal XIX secolo, proprio quando i mutamenti politici, sociali ed economici hanno subito una accelerazione tumultuosa, e si è reso necessario introdurre nell'ordinamento uno strumento che tenesse la legge al passo coi

391P. S. ATYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 51 ss.; E. SYMMONS, *The Duty of Care in Negligence: Recent Policy Element*, cit., pp. 394 ss.; W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, cit., p. 180, il quale sostiene che "l'affermazione dell'esistenza o dell'inesistenza di un dovere di diligenza apre la questione essenziale se gli interessi dell'attore siano suscettibili di tutela contro la condotta del convenuto". Il *duty of care* diventa così un modo per esprimere "ogni considerazione di *policy* che concorre a formulare il giudizio di responsabilità in favore dell'attore".

392Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. (1970), AC 1004, at 1140 (HL), nella cui motivazione è espresso il concetto che "this talk of duty or no duty is simply a way of limiting the range of liability for negligence".

393Sulla sussistenza di un *duty* in favore del figlio che abbia perso la compagnia e l'affetto dei genitori lesi da un terzo, cfr. *Weitl v. Moes*, Iowa 1981, 311 N.W.2d 259; *Berger v. Weber*, 1981, 411 Mich. 1, 303 N.W.2d 424; *Ferriter v. Daniel O'Connell's Sons, Inc.*, 1980, 381 Mass. 507, 413 N.E.2d 690. In senso contrario, v. *Salin v. Kloempken*, Minn.1982, 322 N.W.2d 736; *DeAngelis v. Lutheran Medical Centre*, 1981, 84 A.D.2d 17, 445 N.Y.S.2d 188; *Borer v. American Airlines, Inc.*, 1977, 19 Cal.3d 441, 138 Cal.Rptr. 302, 563 P.2d 858. In dottrina, per tutti cfr. LOVE, *Tortious Interference with the Parent-Child Relationship: Loss of an Injured Person's Society and Companionship*, 1976, 51 Ind.L.J. 590.

tempi.

Tale sensazione è confortata dalla lettura delle motivazioni delle prime sentenze che pongono alla base della responsabilità anche la *public policy*³⁹⁴. D'altra parte è acquisizione pacifica che le tecniche di giudizio elaborate in termini di prevedibilità, ragionevolezza, causalità e scopo della norma violata siano espressione di orientamenti di politica del diritto intesi a circoscrivere l'area del danno risarcibile. Sono in tempi più recenti la *public policy* è stata utilizzata come unico fondamento del giudizio di responsabilità. Il fatto che il *tort of negligence* sia divenuto l'epicentro applicativo degli interessi di nuova emersione, ma anche la disciplina da applicare a situazioni tradizionalmente assegnate all'ambito di operatività di *rules* proprie di altre figure di illecito, ha consolidato la sua posizione di metodo realistico di giudizio. Tale espansione della *negligence* “ha dimostrato che nella prassi, il *neighbour principle* – pur sottoposto ad una pluralità di interpretazioni restrittive - continua a costituire il punto di emersione di una tendenza evolutiva della disciplina della responsabilità civile informata all'esigenza di offrire tutela ad un'area sempre più estesa di interessi socialmente rilevanti”³⁹⁵. Questo, come si diceva poc'anzi, ha reso la *law of torts* flessibile alle nuove istanze di giustizia, determinandone il successo e l'applicazione sempre più estesa.

La enorme espansione che il *duty of care* ha registrato negli ultimi anni ha indotto la dottrina nordamericana a parlare di una *purification* dell'elemento oggettivo di *negligence* per il riconoscimento della responsabilità, posto in essere attraverso una sempre più ampia abolizione delle regole che limitano la nascita del dovere di apprestare un *due care*³⁹⁶. Il passaggio dalla tutela dello *status* alla tutela degli interessi dei singoli individui, segnano la valorizzazione del principio generale della colpa e della ingiustizia del danno come principio centrale per la risarcibilità del danno. A partire dagli anni sessanta vengono rimosse alcune delle figure di *status* che fino ad allora avevano funto da barriera per la risarcibilità del danno³⁹⁷.

394 *Winterbottom v. Wright*, 1842, 10 M&W, 109; 152 Eng. Rep. 402; *Losee v. Buchanan*, 51 N.Y. 576, 1871.

395 L'espressione è di G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, cit., p. 114.

396 G. SCHWARTZ, *The vitality of Negligence and the ethics of strict Liability*, cit., p. 963.

397 Sono emblematici i primi risarcimenti accordati nei confronti delle strutture governative, degli enti *non profit*, di un membro della famiglia, *status* che non sono più di ostacolo all'ottenimento del risarcimento del danno. Tra i casi più significativi, cfr. *Rowland v. Christian*, 69 Cal. 2D 108, 443 P.2d 561, 70 Cal. Rptr. 97 (1968).

Il passo storico successivo nella espansione dell'area risarcibile è stato determinato dal riconoscimento di obbligazioni c.d. affermative, costituite da doveri di carattere specifico e positivo, posti a carico del soggetto che potenzialmente è fonte di danni. Tali obbligazioni affermative sono poste a protezione del soggetto che si trova in una posizione di pericolo o debolezza in virtù della particolare relazione o vicinanza con il potenziale danneggiante. In capo a quest'ultimo sorgono così degli obblighi specifici che ricordano da vicini gli obblighi di protezione italiani, ed è su di essi che si concentrerà la nostra attenzione nel presente capitolo.

La dottrina si è interrogata circa le possibili spiegazioni di tale estensione. Tradizionalmente si insegna che l'ampliamento dei danni risarcibili è dovuto al passaggio da una società liberale fortemente incentrata sull'autonomia privata e sulla esaltazione della libertà personale, ad una società più attenta alle esigenze di solidarietà sociale. Tale insegnamento è stato criticato sulla base della scarsa incidenza che ancora oggi il sistema pubblico statunitense ricopre nell'ambito della sicurezza sociale. È pertanto più realistico giustificare tale allargamento in base al concetto di *enterprise liability*, che non deve essere confinato ai settori di esercizio di un'attività industriale ed economica in grado di produrre occasioni di danno. Al contrario, la tutela risarcitoria viene estesa anche a soggetti che non sono in grado di ripartire all'interno della loro organizzazione i relativi costi, perché sono comunque ritenuti dalla società i soggetti più idonei a prevenire eventi dannosi³⁹⁸.

Il ruolo della *enterprise liability* assume una valenza sociale sostitutiva dello Stato nel senso che è deputato ai singoli soggetti, pubblici o privati, il compito di prevenire e contenere il disagio sociale legato all'aumento della violenza urbana e cittadina che ha caratterizzato la vita quotidiana americana degli ultimi anni. Si giustifica così la proliferazione di doveri a carico di soggetti ritenuti in grado di poter contribuire a un miglior controllo e a una più efficace gestione della pace sociale³⁹⁹.

398G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, cit., pp. 210-211.

399G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, cit., p. 211. A nostro sommo giudizio la teoria che individua nella *enterprise liability* l'elemento che ha contribuito in modo decisivo all'espansione dell'area del *tort* attraverso la crescita dei *duty to take care* è criticabile. Infatti, la crescita di importanza delle imprese nel tessuto produttivo e nella società civile ha inevitabilmente accollato su di esse oneri, anche sociali, più gravosi di quanto non gli fossero attribuiti nel passato. Ciò non significa però che lo Stato abbia automaticamente abdicato alle sue funzioni istituzionali, men che meno al ruolo di pacificatore sociale. Esso si avvale di molteplici strumenti per conseguire lo scopo di tutelare i cittadini dai comportamenti illeciti. Tali strumenti possono essere individuati innanzitutto nella modulazione che l'ordinamento globalmente considerato fornisce per tutelare la vittima di attività illecite o illegittime, tra i quali il diritto penale

Alla luce di ciò, si compirà una panoramica dei nuovi *duties* più prominenti elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense che tutelano situazioni che in Italia sono tutelate dagli obblighi di protezione.

2. La diligenza come fonte dell'obbligazione

Le problematiche e le soluzioni offerte dalla travagliata evoluzione delle regole della *law of torts* anglo-americana rivelano una notevole vicinanza con le problematiche proprie della responsabilità civile italiana, pur basandosi su istituti e tradizioni differenti. Questo sembra dimostrare che, pur rovesciando gli schemi tradizionali di un particolare ordinamento, o addirittura quelli di un sistema giuridico, e nonostante la differenza di punti di partenza, esistono identiche tendenze a tutelare nello stesso modo certi interessi socialmente rilevanti.

In particolare, per i fini che a noi maggiormente interessano, pare opportuno analizzare più dettagliatamente la figura della diligenza. Come si è avuto modo di accennare, il sistema nordamericano ha posto proprio la diligenza a fondamento della responsabilità⁴⁰⁰. Essa è, in virtù della sua fluidità, genericità ed adattabilità, lo

è l'esempio più fulgido essendo utilizzato come *extrema ratio*. In secondo luogo è opportuno ricordare che è lo Stato a garantire la sicurezza dei cittadini attraverso le forze di polizia ed *intelligence*, e la sicurezza privata richiesta ai privati (ad esempio le guardie giurate nei grandi centri commerciali o negli esercizi commerciali ubicati in un quartiere con un alto tasso di criminalità) è soltanto un supplemento che si rende eccezionalmente necessario alla luce della situazione concreta. Le considerazioni dell'Autore paiono invece cogliere nel segno se si intende la *enterprise liability* come uno strumento di responsabilizzazione sociale delle imprese, tanto da renderle concorrenti con lo Stato per prevenire eventi lesivi dei soggetti a loro più direttamente vicini.

400V. *infra*, pr. 1. Per tutti, ingiurisprudenza v. *Heaven v. Pender*, cit.; *Donoghue v. Stevenson*, cit. Tra i numerosi contributi dottrinali, in particolare v. P. H. WINFIELD, *The History of Negligence in the Law of Torts*, cit., pp. 184 ss.; A. T. STREET, *The Foundations of Legal Liability*, I, N.Y. Northport, 1906, pp. XXV ss.; W. L. PROSSER, *The Law of Torts*, cit., pp. 142 ss.; FILES, *On Treatment of Negligence*, in *Digest English Civil Law*, s.l., 1910, pp. 545 ss.; C. O. GREGORY, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 (1951) *Va. L. Rev.*, pp. 359 ss.; J. H. WIGMORE, *Responsibility for Tortious Acts: Its History*, in 7 (1894) *Harv. L. Rev.*, pp. 315, 441, 453; J. B. AMES, *History of Assumpsit*, in 2 (1888) *Harv. L. Rev.*, pp. 1 ss.; G. WILLIAMS, *The aims of the Law of Torts*, in 4 (1951) *Curr. Leg. Probl.*, pp. 152 ss.; N. ARTERBURN, *The Origin and First Test of Public Callings*, in 75 (1927) *U. Pa. L. Rev.*, pp. 411 ss.; F. H. BOHLEN, *The Basis of Affirmative Obligation in the Law of Torts*, in 53 (1905) *Am. L. Reg.*, N.S. pp. 209, 293; D. PAYNE, *The Tort of Negligence*, in 6 (1953) *Curr. Leg. Probl.*, pp. 236 ss.; J. CHARLESWORTH, *On Negligence* a cura di R. A. Persy, London, 1962, n. 1 ss.; M. A. MILLNER, *Negligence in Modern Law*, London, 1971, *passim*.

Numerosi sono anche gli studi dedicati a questo tema dalla dottrina italiana: per un approccio preliminare v. M. BESSONE, *Responsabilità per negligence e teoria dell'illecito (Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)*, in *Riv. trim. tir. proc. civ.*, 1974, pp. 548 ss.; P.

strumento più idoneo per garantire tutela giuridica ad interessi nuovi che vengano considerati rilevanti dall'ordinamento attraverso la manipolazione controllata del *duty of care*, della sua violazione e del danno⁴⁰¹.

Modificando l'approccio strettamente casistico e rimediale tipico del *common law*, il *tort* di *negligence* non si caratterizza per l'offesa di un peculiare bene, ma connota al contrario un comportamento che in astratto può risultare lesivo di un numero indeterminato di beni. Esso deve essere separato dalla sua connotazione soggettiva che lo qualifica come elemento psicologico (*frame of mind*), accezione che lo avvicinerrebbe alla *culpa* romana. Infatti, il *tort* di *negligence* individua un comportamento che risulta irragionevolmente pericoloso per i terzi, indipendentemente dall'interesse che l'evento dannoso abbia pregiudicato.

Come già detto in precedenza, nelle motivazioni del caso *Heaven v. Pender* il giudice Brett ha enunciato il principio secondo cui “quando un soggetto si trova in rapporto ad altri in una situazione tale da far ritenere a individui normali che se non avesse utilizzato diligenza ed abilità usuali avrebbe causato pericoli e danni alle persone o alle cose in proprietà, sorge un dovere di far impiego della diligenza e abilità usuale per evitare quel pericolo”⁴⁰². Così enunciato, il principio generale di *alterum non laedere* viene specificato dalla diligenza, parametro attraverso il quale valutare il comportamento dell'agente⁴⁰³.

Per pervenire ad un giudizio di responsabilità, si devono risolvere principalmente tre questioni: a) ragionevolezza del comportamento dell'agente (*reasonableness*); b) prevedibilità del danno (*foreseeability*); c) inosservanza del dovere di diligenza (*breach of duty of care*)⁴⁰⁴.

L'elaborazione del concetto di *reasonable man* adempie una funzione precisa. Tradizionalmente si insegna che la *reasonable conduct* è la condotta dell'uomo medio in ogni particolare circostanza, incluse quelle in cui la legge lo rende destinatario di adempimenti vincolanti. In realtà, la figura del *reasonable man* consente al giudice di

TESAURO – G. RECCHIA, *Torts*, voce del *Noviss. dig. it.*, vol XIX, Torino, 1973, pp. 418 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, pp. 383 ss.

401M. A. MILLNER, *Negligence in Modern Law*, cit., p. 2.

402*Heaven v. Pender*, cit.

403A ben considerare, i concetti di *diligence* e *care* sono perfettamente sovrapponibili al concetto di *diligentia* della tradizione romanistica.

404Tale impostazione è fornita da R. V. M. DIAS, *The Breach Problem and the Duty of Care*, in 30 (1956) *Tul. L. Rev.*, pp. 402 ss.

compiere una doppia operazione. Da un lato essa fornisce un metro di valutazione della diligenza dell'agente che si deve adeguare alla normalità dei comportamenti dei singoli, in considerazione delle circostanze di specie. Dall'altro isola un criterio di apprezzamento della diligenza commisurato sulla base del costo economico del rischio che l'agente si è assunto, comportandosi in quel modo, e del costo che avrebbe dovuto assumere se si fosse comportato diligentemente.

Negli Stati Uniti, la *diligence* richiesta nella vita quotidiana è quella della *reasonable person of ordinary prudence*, che deve essere valutata secondo le particolari circostanze del caso concreto⁴⁰⁵. Per la definizione teorica di tale figura si

405Il *Restatement (Second) of Torts*, § 283, Comment c, spiega che è stato scelto lo standard della *reasonable person* come parametro per la diligenza ordinaria perchè garantisce "*sufficient flexibility, and leeway, to permit due allowance to be made.. for all of the particular circumstances of the case which may reasonably affect the conduct required*". Nella necessità di trovare un parametro uniforme per la valutazione della negligenza, da applicare nell'infinità varietà di situazioni che possono verificarsi, la comunità deve affidarsi ad uno standard che sia esterno ed oggettivo. In giurisprudenza, v. *Vaughan v. Menlove*, 1837, 3 Bing.N.C. 468, 475, 132 Eng.Rep. 490, 492; *Massey v. Scriptor*, 1977, 401 Mich. 385, 258 N.W.2d 44. Per fare ciò, le corti hanno dovuto affrontare la difficoltà di creare il parametro della *reasonable person of ordinary prudence*, la cui applicazione concreta si rinviene in modo paradigmatico in una sentenza della Court of Appeals of New York nel caso *Bethel v. New York City Transit Authority*, 92 N.Y.2d 348, 703 N.E.2d 1214, 681 N.Y.S.2d 201. In dottrina, v. anche H. HARPER, F. JAMES, JR. & O. GRAY, *The law of Torts*, Boston, 1986, pp. 389-390, dove si approfondisce il concetto di *reasonable person*, chiarendo che con esso si indica il modo in cui una "*reasonably prudent person*", dotato di comuni conoscenze ed abilità, agirebbe nella particolare circostanza. Per una panoramica più completa sul parametro dell'uomo prudente, cfr. L. GREEN, *The Negligence Issue*, 1928, 37 *Yale L.J.* 1029, ristampato in *Judge and Jury*, 1930, pp. 153 ss.

Non pare essere questa la sede più opportuna per approfondire il concetto di "uomo medio" che regola la diligenza del buon padre di famiglia nella prospettiva comparatistica con l'Italia. Tuttavia, è utile ricordare che al riguardo vi sono diverse visioni. La dottrina più tradizionale, basandosi sugli insegnamenti del diritto romano che provengono da Columella e Catone, identifica il parametro dell'uomo medio con la medietà dei comportamenti adottati nella pratica quotidiana, per tutti v. E. BETTI, *Diritto romano, Parte generale*, I, Padova, 1935, p. 420. Altra corrente dottrinale, oggi maggioritaria, adotta una visione aristotelica, più dinamica della figura *de qua*, identificandola con un soggetto che agisce in modo virtuoso, che tra i tre gradi di colpa si colloca in posizione mediana, v. M. GIORGIANNI, *Buon padre di famiglia*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, pp. 313 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 16; A. DI MAJO, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Obbligazioni e contratti*, Bologna, 1993, p. 43. In tal modo viene superato il concetto di uomo medio ricavabile dalla pratica della media statistica. Si fa largo l'idea di uomo che non ha nulla a che fare con la media normalità dell'uomo comune, perchè bisogna considerare la capacità di fare determinate cose in ciascuna singola arte, v. *Relazione al codice civile*, n. 559. Essa afferma in termini enfatici che il modello è quello "di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici, il clima politico. Oggi il buon padre di famiglia è, in conformità con la dottrina fascista, il cittadino e il produttore memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità". Da ciò consegue che "il parametro dell'uomo medio non sarebbe l'opposto, ma il fondamento di una tipizzazione di diversi modelli ideali di riferimento in relazione ai diversi soggetti coinvolti", P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 31, che fa riferimento anche a R. C. FEENSTRA, *Théories sur la responsabilité civile*, Paris, 1959, pp. 157 ss.; H. THIEME, *Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?*, in *La seconda scolastica ecc.*, Milano, 1973, p. 721; J.L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des*

sono registrate numerose evoluzioni⁴⁰⁶. Evitando di ripercorrere tutte le sue numerose tappe evolutive, la formulazione più recente, conclusiva dell'evoluzione, sancisce che essa corrisponde ad un modello di uomo il cui comportamento è la personificazione di un comune ideale di comportamento ragionevole, determinato dal giudizio popolare della giuria⁴⁰⁷. La ragionevolezza si sostanzia nella mancata assunzione di un rischio palese di causare un danno⁴⁰⁸. L'uso consolidato dell'espressione "*due care*" per descrivere una condotta non negligente mette in luce che l'essenza della negligenza non è necessariamente la mancanza di sollecitudine verso coloro i quali potrebbero essere negativamente toccati dalle azioni dell'agente, ma piuttosto indica un comportamento riconosciuto come potenzialmente generatore di un pericolo irragionevole per gli altri⁴⁰⁹. In questo caso il rischio considerato è quello riconoscibile, ovvero quello che sulla base di un giudizio prognostico, fondato sulla conoscenza degli elementi di fatto, fa presumere che dal comportamento rischioso possa derivare un danno⁴¹⁰.

Oltre alla presenza di un rischio irragionevole, deve anche valutarsi la gravità del danno che tale rischio può causare. Maggiore è la gravità del possibile danno, maggiori devono essere le cautele approntate per scongiurare il danno anche in caso

obligations, Paris, 1992, 244, n. 212; J. GORDLEY, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, Oxford, 1995, pp. 131 ss. Nella letteratura statunitense, in senso critico verso la fumosità della figura dell'uomo medio, v. W. L. PROSSER, *The border land of tort and contract, Selected topics on the law of torts*, Hann Arbor, 1953, pp. 160 ss.

406L'espressione "*reasonable person*" risale al caso *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.*, 1856, 11 Ex. 781, 784, 156 Engl.Rep. 1047, ampiamente confermata dalla giurisprudenza successiva, per tutti v. *Johnson V. Straight's, Inc.*, S.D. 1980, 288 N.W.2d 325; *Caldwell v. Bignell*, 1981, 301 Wis.2d 256, 301 N.W.2d 447; *Vassos v. Roussalis, Wyo.* 1981, 625 P.2d 768. La dizione "*person of reasonable prudence*" è stata utilizzata ed oggetto di analisi, tra le altre, in *Trentacost v. Brussel*, 1980, 82 N.J. 214, 412 A.2d 436; *Canty v. Terrebonne Parish Police Jury*, La.App1981, So.2d 1370. L'utilizzo dell'espressione completa "*reasonably person of ordinary prudence*" si riscontra in *Seim v. Garavalia*, Minn.1981, 306 N.W.2d 806; *Butler v. Acme Markets, Inc.*, 1981, 177 N.J.Super. 279, 426 A.2d 521; *Massey v. Scripser*, 1977, 401 Mich. 385, 258 N.W.2d 44.

407*Beaumaster v. Crandall*, Alaska 1978, 576 p.2d 988, 995 n. 12; *B&B Insulation, Inc. v. Occupational Safety and Health Review Commission*, 5th Cir. 1978, 583 F.2d 1364, 1370. È singolare notare che le corti vietano agli avvocati di chiedere alla giuria di sostituirsi idealmente al danneggiante, v. *Beaumaster v. Crandall*, cit. In senso critico verso tale posizione, v. O. M. REYNOLDS Jr., *The Reasonable Man of Negligence Law: A Health Report on the "Odious Creature"*, 1970, 23 *Okla. L. Rev.* 410, 416; L. GREEN, *The Reasonable Man: Legal Fiction or Psychosocial Reality?*, 1968, 2 *L. & Soc.Rev.* 241.

408Il Restatement (Second) of Torts, § 282, definisce la negligence come una condotta "*which falls below the standard of established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm*".

409W. L. PROSSER, *Prosser and Keeton on Torts*, St. Paul, Minn, 1984, p. 169; H. W. EDGERTON, *Negligence, Inadvertence and Indifference*, 1926, 39 *Harv.L.Rev.* 849, 860.

410Restatement (Second) of Torts, § 282, Comment g). Per un approfondimento sul punto, v. W. A. SEAVEY, *Negligence – Subjective or Objective*, 1927, 41 *Harv.L.Rev.* 1, pp. 5-7.

di scarsa possibilità che l'evento si verifichi. Ad ogni modo è bene bilanciare la necessità di evitare danni gravi, in considerazione dell'interesse protetto come ad esempio la vita umana o la salute, con l'esigenza di non paralizzare lo svolgimento della vita umana e dei traffici giuridici⁴¹¹. Una limitazione eccessiva in questo senso, infatti, sarebbe lesiva degli interessi della collettività stessa, creando nel medio-lungo termine danni maggiori di quelli evitati, determinando un freno allo sviluppo della società e dell'economia. Soprattutto nell'epoca moderna, caratterizzata dalla diffusione di beni di massa e dalla velocità negli scambi, è necessario che ciascun individuo si accoli una piccola porzione di rischio per evitare la paralisi dell'intero sistema⁴¹².

Ciò detto, occorre precisare che in realtà il danneggiante risponde solo ove si riscontri che l'evento era prevedibile, operando in tal caso la regola della *foreseeability*. Quest'ultima riguarda la diligenza che potremmo definire "previsionale" o "pre-comportamentale", cioè quella da impiegare prima di agire per valutare e riconoscere la pericolosità della situazione dalla quale può scaturire il danno. Se le circostanze di fatto, valutate con l'ordinaria diligenza, sono tali per cui il danno era prevedibile, sorge il *duty of care*, dalla cui violazione consegue la responsabilità. Viceversa, se il danno non poteva essere preventivamente previsto, non sorge alcuna responsabilità, ed il danneggiante non può essere chiamato a rispondere dei danni da lui cagionati. La prevedibilità del danno, e dunque l'insorgenza del *duty*, è questione in stretta connessione logica con la ragionevolezza del rischio. La *negligence* trova applicazione solo nei casi in cui il danneggiante sia coinvolto nella creazione di un rischio irragionevole, che è tale quando una persona di media avvedutezza non lo avrebbe creato⁴¹³.

411La regola secondo la quale "il gioco deve valere la candela" ha trovato riscontro in giurisprudenza, in *Moning v. Alfano*, 1977, 400 Mich. 425, 254 N.W.2d 759. Sul punto, v. anche Restatement (Second) of Torts, § 291, Comment a).

412Diversi sono state le teorie che hanno giustificato il requisito minimo della diligenza nell'attribuzione della responsabilità. Tra le più importanti ricordiamo quella di O. W. HOLMES Jr, *The Common Law*, Boston, 1881, p. 87, secondo cui i benefici migliori derivano da una ampia libertà di azione, sicché "*to redistribute losses simply on the ground that they resulted from defendant's act would offend our sense of justice*". Un'altra spiegazione basata su delle fondamentali economiche è fornita in R. A. POSNER, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29, 33 (1972), il quale spiega che la funzione dominante del sistema basato sulla *negligence* è quello di generare regole di responsabilità che se correttamente seguite porterebbero ad una gestione efficiente in termini di costi-benefici degli incidenti.

413Ovviamente, la determinazione della irragionevolezza del rischio deve essere compiuta secondo le conoscenze che il danneggiante aveva al momento della condotta, e non a quelle acquisite dopo che è occorso il danno.

Il problema principale è, a questo punto, capire come possa essere misurata la irragionevolezza. L'opinione dominante ritiene che il grado di cura ed attenzione richiesto alle persone è la risultante di tre fattori: la verosimiglianza (*likelihood*) che la sua condotta danneggi qualcuno, prendere sul serio il danno provocato, ed il bilanciamento dell'interesse che egli deve sacrificare per evitare il rischio⁴¹⁴.

Successivamente, nel famoso caso *United States v. Carroll Towing Co.* è stata elaborata una formula algebrica per scoprire il limite entro cui il rischio è sopportabile, ed a contrario il livello oltre il quale non lo si può accollare all'agente perché troppo elevato. Per giungere a tale formulazione sono state sostituite la nozione di verosimiglianza (*likelihood*) con quella di probabilità (*probability*), il concetto di gravità dell'illecito con l'illecito *tout court* (*injury*), e l'interesse sacrificato come un obbligo (*burden*). Ciò premesso, la formula algebrica prevede che se la probabilità è chiamata P; l'illecito L; e l'obbligo B; la responsabilità sussiste se B è inferiore ad L moltiplicato per P, cioè se $B < PL$ ⁴¹⁵.

La formula è stata comunque ritenuta flessibile e suscettibile di variazioni alla luce dei fatti concreti, essendo difficile definire rigidamente il criterio della prevedibilità e ragionevolezza con una formula matematica⁴¹⁶. Danneggiante e danneggiato hanno spesso una diversa visione della probabilità, pertanto lo standard comportamentale è quello proprio della persona di media avvedutezza (*reasonable person*). In sintesi, risolvendo il quesito su come una persona avveduta bilancerebbe le probabilità di danno con la gravità dello stesso, si ottiene anche la risposta su quello che è prevedibile (*foreseeable*), e che quindi genera la responsabilità. In concreto, la prevedibilità consente di stabilire quando sorge la responsabilità, il che accade quando

414La posizione è del giudice L. Hand, in *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940).

415*United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947). La formula è meglio nota come "formula Hand" dal nome del giudice che l'ha creata.

416*United States v. Carroll Towing Co.*, cit., dove il giudice Hand spiega testualmente che "*there is no general rule to determinate when the absence of a bargee or another attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from her moorings... it becomes apparent why there can be no such rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her, the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: 1) the probability that she will break away; 2) the gravity of the resulting injury, if she does; 3) the burden of adequate precautions*". Nello stesso senso si esprime anche *McCarty v. Pheasant Run, Inc.*, 826 F.2d 1554, 1557 (7th Cir. 1987); *Greene v. Sibley, Lindsay & Curr Co.*, 177 N.E. 416 (N.Y. 1931). Per un'analisi dottrinale critica della sentenza, v. S. G. GILLES, *The Invisible Hand Formula*, 80 *Va. L. Rev.* 1015 (1994); R.A. POSNER, *A Theory of Negligence*, 1 *J. Legal Stud.* 29, 32-33 (1972); D. W. BARNES – L. A. STOUT, *The Economic Analysis of Tort Law*, 35 *West Pub. Co.* 1992.

il proprio comportamento diventa eccessivamente rischioso⁴¹⁷.

La gravità del danno concretamente cagionato non è un elemento determinante per capire se sussiste o meno la responsabilità. Infatti, può verificarsi il caso che un danno sia prevedibilmente ingente, ma in concreto si venga a concretizzare esiguo per motivi fortunososi. In questo caso, la limitatezza del danno finale non deve distogliere l'interprete dalla base di analisi per il giudizio di responsabilità, che è appunto la prevedibilità del danno. Pertanto, il danneggiante è responsabile anche se il danno è di limitata entità. Viceversa, egli non è responsabile di un danno ingente se la sua prevedibilità era scarsa⁴¹⁸.

La diligenza ha anche un profilo "esecutivo" o "comportamentale", che è proprio del momento in cui il soggetto agisce, e nel farlo deve rispettare il canone della diligenza, ossia lo *standard of care* desunto dalle circostanze del caso.

Più nel dettaglio, quest'ultimo tipo di diligenza consiste nella mancata adozione di quel grado di cura ed attenzione nell'agire che, secondo le circostanze di fatto, viola il *duty to take care* degli altri consociati. Le fonti di tale *duty* sono diverse: esso può sorgere dalla legge, da un rapporto obbligatorio esistente tra le parti (*privity relationship*), come ad esempio un contratto, oppure essere desunto dalle circostanze di fatto che, in base al parametro della diligenza del buon padre di famiglia (*reasonable man*), vengano a determinare una particolare prossimità (*special relationship*) tra i soggetti coinvolti⁴¹⁹.

I tratti salienti della diligenza esecutiva sono sostanzialmente analoghi a quelli della diligenza "previsionale", basata cioè su un comportamento conforme a quello che terrebbe l'uomo medio (*reasonable man*) nella stessa situazione di fatto. Esso deve essere improntato alla prudenza e precisione che ragionevolmente ci si può attendere dalla media dei consociati.

Quest'ultima struttura pare sostanzialmente ricalcare quanto disposto dal legislatore italiano. In ambito obbligazionario, il primo comma dell'art. 1176 c.c. recita che "nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia", ed al secondo comma dispone che "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve

⁴¹⁷Si attesta su queste posizioni la sentenza del caso *Lubitz v. Wells*, 113 A.2d 147 (Conn. Super Ct. 1955).

⁴¹⁸Per un'analisi dettagliata della questione, cfr. *Tullgren v. Amoskeag Mfg. Co.*, 133 A 4 (N.H 1926).

⁴¹⁹Su quest'ultimo aspetto ci si soffermerà con più attenzione più avanti, *infra* pr. 4.

valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata"⁴²⁰. Il termine "diligenza" indica il rispetto delle regole sociali che descrivono la condotta di un soggetto attento ed oculato nel raggiungimento dei suoi fini⁴²¹. Essa costituisce uno standard comportamentale al quale ci si deve conformare per evitare l'insorgere di alcuna responsabilità. Questo standard di diligenza non è altro che l'insieme dei doveri che incombono sul soggetto⁴²². In altre parole, la diligenza è una sorgente generatrice di singoli doveri, il cui mancato rispetto rende il contravventore responsabile di fronte al danneggiato. La determinazione del contenuto dei doveri non può che essere valutata caso per caso in virtù della situazione concreta nella quale i soggetti si muovono. In concreto essa appare una specificazione del principio generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., che richiede di non arrecare danno ad altri nel compimento delle proprie attività.

La soluzione fornita dall'ordinamento italiano pare assimilabile a quella statunitense, che riconosce la diligenza come creatrice di duties of care, dai quali sorge la responsabilità in tort. Come si è appena visto, il concetto di diligenza è analogo nei due ordinamenti, non presentando differenze di sostanziale rilievo. Questo induce a ritenere che proprio la diligenza sia l'elemento comune fondante la responsabilità, e che proprio per questo motivo può fungere da chiave di lettura attraverso la quale analizzare la responsabilità civile.

3. Nondisclosure e misrepresentation

La protezione di un soggetto, sia esso parte contrattuale e quindi soggetto con il quale si intrattiene una relazione qualificata, oppure un estraneo, può attuarsi anche

⁴²⁰Nel diritto italiano e francese viene utilizzato il parametro di riferimento dello "uomo medio". Tale riferimento esisteva già nell'abrogato codice civile italiano del 1865, che a sua volta riprendeva l'art. 1137 del *Code Civil* francese. Anche il primo progetto di BGB prevedeva la figura del "buon padre di famiglia". Tuttavia, nella stesura definitiva del § 276 del BGB tale parametro è scomparso, sostituito dalla "diligenza richiesta nella vita degli affari". La scelta di affidare al giudice la valutazione della diligenza richiesta in funzione delle singole attività è stata sposata anche dall'art. 99 del codice svizzero delle obbligazioni. Tali prospettazioni, a ben considerare, non paiono molto distanti dalla concezione anglosassone di *due care*.

⁴²¹C. M. BIANCA, voce *Negligenza (dir. priv.)*, in *Nuovissimo Dig.*, XI, Torino, 1968, pp. 191 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nuovissimo Dig.*, XV, Torino, 1968, p. 641; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., pp. 129 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, p. 29.

⁴²²L'espressione è di P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 32.

assolvendo all'obbligo di informarlo circa determinate circostanze di fatto o di diritto rilevanti. La rappresentazione della realtà può avvenire in forma scritta o orale, ed alle parole utilizzate bisogna attribuire il valore che, in base alle circostanze di fatto, esse assumono presso l'uomo medio⁴²³. Le dichiarazioni ambigue, che sono cioè suscettibili di essere considerate sia vere che false, costituiscono *misrepresentation* se viene accolto il significato falso, sebbene il vero significato fosse identificabile. Questo comporta che una eventuale responsabilità del dichiarante è da considerarsi negligente e non ha invece carattere fraudolento⁴²⁴. Allo stesso modo, la *misrepresentation* può essere riscontrata nelle dichiarazioni letteralmente esatte, che tuttavia generano una falsa rappresentazione della realtà nella mente del ricevente, come ad esempio nel caso di prospetti finanziari di elevata complessità o condizioni della vendita particolarmente articolate⁴²⁵.

Oltre a tali rappresentazioni formulate a parole o realizzate direttamente coi comportamenti, che possono essere definite come attività positive, la frode può essere posta in essere attraverso l'occultamento della verità⁴²⁶. Ogni parola o atto che crea un falso convincimento della realtà, o che rimuove una opportunità di scoperta della verità, è da classificarsi come *misrepresentation*, allo stesso modo che se fosse fornita una assicurazione falsa circa la veridicità del fatto.

La questione si complica se si considerano i comportamenti omissivi, come nel caso del mero silenzio o della mancata rivelazione di fatti che in realtà erano noti al soggetto agente⁴²⁷. L'insegnamento tradizionale afferma che simili casi di tacita

423In questo senso si esprimono le seguenti pronunce: *Downey v. Finucane*, 1912, 205 N.Y. 251, 98 N.E. 391; *Windram v. French*, 1890, 151 Mass. 547, 24 N.E. 914; *Miles v. Stevens*, 1846, 3 Pa. 21; *Davis v. Louisville Trust Co.*, 6th Cir. 1910, 181 F. 10.

424Dispone in tal senso il *Restatement (Second) of Torts*, § 528. In giurisprudenza la tesi è seguita nei casi *Nash v. Minnesota Title Insurance & Trust Co.*, 1895, 163 Mass. 574, 40 N.E. 1039; *Slater Trust Co. v. Gardiner*, 2d Cir. 1910, 183 F. 268; *Smith v. Chadwick*, 1884, L.R. 9 A.C. 187; *Angus v. Clifford*, [1891] 2 Ch.Div. 449, 472.

425Sul punto è emblematica l'espressione "*A fraud may be as effectually perpetrated by telling the truth as a falsehood; by calling things wrong names*", contenuta in *Mulligan v. Bailey*, 1859, 28 Ga. 507. Oltre che nei casi di investimento in strumenti finanziari, tale obbligo sorge anche nei confronti del venditore verso il compratore. Cfr. *Cahill v. Readon*, 1929, 85 Colo. 9, 273 P. 653; *Lomerson v. Johnston*, 1890, 47 N.Y.Eq. 312, 20 A. 675; *Downey v. Finucane*, 1912, 205 N.Y. 251, 98 N.E. 391; *Wolfe v. A.E. Kusterer & Co.*, 1934, 269 Mich. 424, 257 N.W. 729; *Atwood v. Chapman*, 1877, 68 Me. 38. Nella giurisprudenza inglese, v. *Moens v. Heyworth*, 1842, 10 M.&W. 147, 152 Eng.Rep 418.

426Per un approfondimento, v. W. P. KEETON, *Fraud – Concealment and Non-Disclosure*, 1936, 15 *Tex. L. Rev.* 1, 2-5; E. H. WILSON, *Concealment or Silence as a Form of Fraud*, 1895, 5 *Counsellor* 230.

427W. P. KEETON, *Fraud – Concealment and Non-Disclosure*, cit., 1.

nondisclosure non godono di alcuna azione di tutela, contrariamente ai casi in cui le informazioni vengono appositamente occultate⁴²⁸. Questa impostazione riflette la regola etica sulle trattative negli affari, in ordine alla quale la frode per omissione di informazione è considerata alla stregua della vecchia nozione di *tort*, ossia come un inadempimento, ovvero l'assenza di un comportamento da poter sanzionare⁴²⁹. Ciò trova applicazione nei casi in cui il fatto non rivelato è evidente⁴³⁰, o l'attore ha eguale opportunità di ottenere l'informazione⁴³¹, o il convenuto non ha ragioni di credere di agire mosso da un equivoco⁴³².

Attorno agli anni ottanta la giurisprudenza si attesta su posizioni ancora più liberali, sancendo che finché un soggetto non pone in essere delle condotte ingannevoli per l'altro, egli è perfettamente libero di avvantaggiarsi del suo maggior bagaglio cognitivo, indipendentemente dalle ragioni per le quali gode di tale vantaggio⁴³³.

Posta questa regola di carattere generale, le corti elaborano un certo numero di eccezioni, alcune delle quali non sono perfettamente definite ed hanno la linea di demarcazione rispetto alla regola generale molto sfumata. Ad esempio, se il convenuto non rivela un'informazione rilevante, è tenuto a fornire all'altro tutti gli altri elementi affinché le sue parole non inducano in inganno l'altro⁴³⁴. In altre parole,

428La prima statuizione in merito è di Lord Cairns nella sentenza *Peek v. Gurney*, 1873, L.R. 6 H.L. 377. Sullo stesso solco si collocano, v. anche *Beachey v. Brown*, 1860, El.Bl.&El. 796, 120 Eng. Rep. 706.

429*Keates v. Earl of Cardogan*, 1851, 10 C.B. 591, 138 Eng.Rep. 234; *Crowell v. Jackson*, 1891, 53 N.J.L. 656, 23 A. 426; *Boileau v. records & Breen*, 1913, 165 Iowa 134, 144 N.W. 336; *Iron City National Bank v. Anderson, Du Puy & Co.*, 1899, 194 Pa. 205, 44 A. 1066; *Windram Manufacturing Co. v. Boston Blacking Co.*, 1921, 239 Mass. 123, 131 N.E. 454.

430*Riley v. White*, Mo.App.1950, 231 S.W.2d 291; *Schnader v. Brooks*, 1926, 150 Md. 52, 132 A. 381; *Gibson v. Mendenhall*, 1950, 203 Okl. 558, 224 P.2d 251; *Kapiloff v. Abington Plaza Corp.*, Mun.App.D.C.1948, 59 A.2d 516.

431*Philips v. Homestake Consolidated Placer Mines Co.*, 1929, 51 Nev. 226, 273 P. 657; *Oates v. Taylor*, 1948, 31 Wn.2d 898, 199 P.2d 924.

432*Haddad v. Clark*, 1945, 132 Conn. 229, 43 A.2d 221; *Egan v. Hudson Nut Products Inc.*, 1955, 142 Conn. 344, 114 A.2d 213; *Industrial Bank of Commerce v. Selling*, 1952, 203 Misc. 154, 116 N.Y.2d 274; *Blair v. National Security Insurance Co.*, 3d Cir. 1942, 126 F.2d 955; *Lindquist v. Dilkes*, 3d Cir. 1942, 127 F.2d 21.

433*Swinton v. Whitinsville Savings Bank*, 1942, 311 Mass. 677, 42 N.E.2d 808; *Fegeas v. Sherrill*, 1958, 218 Md. 472, 147 A.2d 223; *Hendrick v. Lynn*, 1958, 37 Del. Ch. 402, 144 A.2d 147.

434*Smith v. Pope*, 1961, 103 N.H. 555, 176 A.2d 321; *Newell v. Randall*, 1884, 32 Minn. 171, 19 N.W. 972; *Noved Realty Corp. v. A.A.P. Co.*, 1937, 250 App. Div. 1, 293 N.Y.S. 336; *Berry v. Stevens*, 1934, 168 Okl. 124, 31 P.2d 950; *Dennis v. Thomson*, 1931, 240 Ky. 727, 43 S.W.2d 18.

Commette frode il venditore di un immobile che non comunica all'acquirente che il fabbricato oggetto della vendita è illegale per non avere i requisiti, anche giuridici, necessari per la sua circolazione. In tal senso, v. *Palmiter v. Hackett*, 1919, 95 Or. 12, 186 P. 581; *Trucker v. Beazley*, Munn.App.D.C.1948, 57 A.2d 191; *Kraft v. Lowe*, Mun.App.D.C.1950, 77 A.2d 554.

portare a conoscenza dell'altro solo una parte delle informazioni costituisce un illecito se quest'ultimo è ragionevolmente indotto a ritenere di avere a disposizione tutte le informazioni possibili. La contraddittorietà tra la regola generale liberale e l'eccezione di cui sopra è stata risolta in favore di quest'ultima. Ciò emerge dal dettato del § 551, secondo comma, del *Restatement (Second) of Torts*, oltre che da una serie di pronunce giurisprudenziali che hanno riconosciuto la responsabilità del soggetto che, vendendo una attività commerciale, non abbia avvisato la controparte che il mercato di riferimento era in netto declino⁴³⁵.

L'eccezione che più interessa in questa sede, tuttavia, riguarda quella in cui un soggetto è in una posizione di confidenzialità o di relazione fiduciaria nei confronti di un altro tale da ingenerare in lui l'affidamento di essere avvertito, se non protetto, di possibili situazioni dannose. Al riguardo si possono addurre gli esempi delle parti di un contratto di agenzia⁴³⁶, della banca nei confronti degli investitori depositanti⁴³⁷, dei soci di maggioranza e minoranza⁴³⁸, e tutte quelle situazioni in cui sorge un particolare rapporto di fiducia⁴³⁹. Inoltre, alcuni tipi di contratto come ad esempio quello di fideiussione o garanzia⁴⁴⁰, assicurativo⁴⁴¹, *partnership* e *joint adventure*⁴⁴², sono riconosciuti come creativi di un qualcosa in virtù della natura confidenziale del rapporto, che richiede la massima buona fede possibile, e la piena rivelazione dei fatti ed informazioni.

Al di là di queste figure di derivazione giurisprudenziale, si possono ipotizzare una serie di *duty to disclose* quando le circostanze sono tali che la mancata rivelazione di informazioni viola lo standard minimo di lealtà e buona fede utilizzato dall'uomo medio. Al riguardo ci sono alcuni elementi che indicano la presenza

435 *With v. O'Flanagan*, [1936] 1 Ch. 575; *Loewer v. Harris*, 2d Cir. 1893, 57 F. 368; *Guastella v. Wardell*, Miss.1967, 198 So.2d 227; *Fisher v. Kletz*, S.D.N.Y. 1967, 266 F.Supp. 180; *Equitable Life Insurance Co. of Iowa v. Hasley, Stuart & Co.*, 1941, 312 U.S. 410, 61 S.Ct. 623, 85 L.Ed. 920; *Hush v. Reaugh*, E.D.Ill.1938, 23 F.Supp. 646.

436 *McDonough v. Williams*, 1905, 77 Ark. 261, 92 S.W. 783.

437 *Brasher v. First National Bank*, 1936, 232 Ala. 340 168 So. 42.

438 *Speed v. Transamerica Corp.*, D.C.Del.1951, 99 F.Supp. 808.

439 Una elencazione particolarmente incisiva si riscontra in *Edward Barron Estate Co. v. Woodruff Co.*, 1912, 163 Cal. 561, 126 P. 351, secondo cui “*for instance, the relations of trustee and cestui que trust, principal and agent, attorney and client, physician and patient, priest and parishioner, partners, tenants in common, husband and wife, parent and child, guardian and ward, and many others of like character*”.

440 *Connecticut General Life Insurance Co. v. Chase*, 1900, 72 Vt. 176, 47 A. 825; *Atlantic Trust & Deposit Co. v. Union Trust & Title Corp.*, 1909, 110 Va. 286, 67 S.E. 182.

441 In dottrina, v. W. R. VANCE, *Insurance*, 1928, 14 *Corn.L.Q.*, 91.

442 *Noble v. Fox*, 1912, 35 Okl. 70, 128 P. 102.

dell'obbligo di informazione. Un elemento può essere identificato nella condizione personale dei soggetti coinvolti. Infatti, è necessario tenere in debita considerazione l'intelligenza dei soggetti coinvolti e le eventuali posizioni di vantaggio che ne potrebbero derivare. Questo perché lo richiede il comune senso di giustizia che richiede un minimo di tutela del soggetto più debole.

Oltre a ciò rileva il modo col quale l'informazione viene acquisita. Particolarmente importante è l'informazione che riguarda il valore della cosa oggetto del contratto, che può essere acquisita per caso, a seguito di uno sforzo organizzativo ed investigativo di una parte del contratto, o attraverso un'attività illecita. È evidente che la correttezza o la liceità attraverso la quale viene conseguita l'informazione si riflette anche sul relativo obbligo di condividerla con l'altra parte. Così, ad esempio, appare iniquo chiedere ad un soggetto di mettere al corrente la controparte circa il valore di mercato di un bene che sia stato scoperto a seguito di costose operazioni peritali. Al contrario, cozza contro il principi di lealtà e correttezza, il senso etico utilizzato negli affari e l'efficienza del libero mercato l'approfittare di una informazione frutto di spionaggio industriale o insider trading⁴⁴³. In questi frangenti, l'attività posta in essere per ottenere l'informazione non è meritevole di tutela in quanto contraria all'ordinamento, ed è proprio questa caratteristica che la contraddistingue dall'ipotesi precedente, determinandone la sanzionabilità.

La natura del fatto o dell'informazione non rivelato è fondamentale per stabilire l'insorgere del *duty*. Infatti, si ritiene scorretto non palesare l'esistenza di un vizio occulto di un bene oggetto di compravendita, con la conseguenza che se l'acquirente compra un bene viziato senza aver avuto la possibilità concreta di rendersi conto della qualità del bene, sul compratore sorge la responsabilità derivante dal *duty to disclose*.

L'obbligo informativo può anche variare anche a seconda della classe generale di appartenenza dei soggetti, e del relativo bagaglio cognitivo. Ad esempio, sul venditore grava certamente un obbligo di informare l'acquirente maggiore di quello che grava su chi effettua materialmente la consegna del bene.

Di fondamentale importanza è poi la natura del contratto. Alcuni tipi di contratto, come quello di compravendita e di assicurazione, per loro natura intrinseca

⁴⁴³Per un approfondimento sulla responsabilità civile dell'insider trading nella dottrina italiana, cfr. P. L. CARBONE, *Tutela civile del mercato e insider trading*, Padova, 1993.

richiedono che tutti gli elementi a conoscenza delle parti siano resi noti alla controparte. Nel caso della vendita, come si è avuto modo di accennare in precedenza, il venditore ha l'obbligo di rendere edotto il compratore di tutte le circostanze e delle qualità del bene. Allo stesso modo, nel contratto di assicurazione è indispensabile che l'assicurato riferisca all'assicuratore tutti gli elementi dei quali è a conoscenza per l'assicurazione della propria persona, di un bene o di un'attività. Così, in caso di assicurazione sulla salute o sulla vita egli è tenuto a non nascondere nulla riguardo alle sue reali condizioni di salute, condizioni che incidono nella quantificazione del rischio e quindi del *quantum debeatur*, o peggio nell'esistenza stessa del contratto.

A quest'ultimo aspetto è strettamente correlata l'importanza del fatto non palesato. È intuitivo che la mancata conoscenza di un fatto di scarsa importanza per l'economia del contratto e del processo decisionale delle parti non può incidere pesantemente sulla responsabilità della parte. Al contrario, alla *nondisclosure* di un fatto importante, magari decisivo nel decidere se stipulare il contratto o sul tipo da condotta da adottare, corrisponde un *duty* e quindi la responsabilità del soggetto.

Infine, qualsiasi condotta finalizzata ad evitare che chi non conosce i fatti ne venga a conoscenza ha un elevato peso nell'insorgere del *duty to disclose*. Indubbiamente, il comportamento di chi si attiva per occultare le informazioni, o comunque fa in modo che l'altra parte non ne venga in possesso, è censurabile perché viola il principio di buona fede e massima cooperazione possibile richiesto in tali frangenti⁴⁴⁴.

Poste le basi per individuare i requisiti di fatto fondanti la responsabilità, la sua imputazione si atteggia in tre diversi modi, ai quali corrispondono tre diverse famiglie di *tort*. Le famiglie sono quella dell'illecito volontario, di quello colposo e della responsabilità oggettiva. Inizialmente sono stati compiuti pochi sforzi per distinguere le tre famiglie, in virtù del fatto che mancasse una distinzione netta tra i

444W. P. KEETON, *Fraud – Concealment and Non-Disclosure*, cit., 2. Il principio è ribadito anche in giurisprudenza, v. *Securities and Exchange Commission v. Capital Gains Research Bureau, Inc.*, 1963, 375 U.S. 180, 84 S.Ct. 275, 11 L.Ed.2d 237, dove si sancisce che “*Courts have imposed on a fiduciary an affirmative duty of utmost good faith, and full and fair disclosure of all material facts*”. In senso contrario, invece, si esprime *A.B.C. Packard, Inc. v. General Motors Corp.*, 9th Cir. 1960, 275 F.2d 63, nella quale, secondo una logica di stretto common law e di precedente giudiziario vincolante, viene espressamente dichiarato che le dottrine di Keeton non hanno trovato alcun seguito nella giurisprudenza e pertanto non devono essere seguite; testualmente “*No cases are cited by appellant which approve the theory advanced by Mr. Keeton in his law review article. Apparently no court, during the twenty-three years since its publication, has seen fit to adopt his theories*”.

vari rimedi esperibili. Le azioni per dolo e per violazione della garanzia, che affondano le proprie radici comuni nella *action on the case*, non sono state chiaramente riconosciute come distinte⁴⁴⁵. Allo stesso modo, i comportamenti negligenti che, non fornendo le informazioni adeguate, inducessero la parte in errore venivano tutelate con la stessa azione utilizzata per il dolo.

La situazione cambia nel 1889 con la pronuncia della *House of Lords* inglese nel caso *Derry v. Peek*⁴⁴⁶. Essa chiarisce che l'azione di dolo si applica solo in caso di *misrepresentation* intenzionale, mentre i casi di colpa e responsabilità oggettiva vengono tutelati con altri rimedi. Tale principio viene formalmente adottato dalla giurisprudenza successiva, anche se in concreto si registrano numerose ed ingegnose formule che permettono di applicare con più elasticità la regola enunciata in *Derry v. Peek*⁴⁴⁷. Si finisce così per ammettere le *actions in deceit* anche quando in realtà manchi un vero intento di frodare l'altra parte.

Negli Stati Uniti, la decisione *Derry v. Peek* è stata vista come riguardante il tipo di *form of action* da utilizzare per far valere la propria pretesa piuttosto che riguardante il diritto sostanziale⁴⁴⁸. È stato osservato che il profilo più importante è quello di diritto sostanziale che riconosce l'esistenza della responsabilità, piuttosto che il particolare strumento processuale attraverso il quale far valere la pretesa,

445 *Williamson v. Allison*, 1802, 2 East 446, 102 Eng.Rep. 439; *Vail v. Strong*, 1838, 10 Vt. 457; *Mahurin v. Harding*, 1853, 28 N.H. 128; *Pierce v. Carey*, 1875, 37 Wis. 232.

446 *Derry v. Peek*, 1889, 14 A.C. 337. In questo caso, i convenuti, che erano i direttori della società della linea ferroviaria, avevano pubblicizzato un documento per indurre il pubblico a sottoscrivere il capitale azionario. Tale invito si basava sull'informazione contenuta nel documento in base al quale "*the company has the right to use steam, or mechanical motive power, instead of horses*". In realtà la compagnia non aveva tale diritto. L'attore, che aveva acquistato le obbligazioni della società sulla base dell'informazione sbagliata, aveva agito per con una *action of deceit*. La corte ha accertato che la società aveva reso nota l'informazione onestamente convinta della sua veridicità, nonostante non ci fossero i ragionevoli presupposti per ritenerla tale. Per l'effetto, ha sancito l'insussistenza del dolo, rivenendo solo un comportamento negligente da parte del convenuto, con conseguente respingimento delle pretese attoree.

447 *Lambert v. Smith*, 1964, 235 Md. 284, 201 A.2d 491; *Kountze V. Kennedy*, 1895, 147 N.Y. 124, 41 N.E. 414; *Wishnick v. Frye*, 1952, 111 Cal.App.2d 926, 245 P.2d 532; *Dundee Land Co. v. Simmons*, 1948, 204 Ga. 248, 49 S.E.2d 488; *Sledge & Norfleet Co. v. Mann*, 1937, 193 Ark 884, 103 S.W.2d 630.

448 In dottrina sono numerosi i contributi concordi in tal senso. Tra i molti, v. J. SMITH, *Liability for Negligent Language*, 1909, 14 *Harv.L.Rev.* 184; S. WILLISTON, *Liability for Honest Misrepresentation*, 1911, 24 *Harv.L.Rev.* 415; F. H. BOHLEN, *Misrepresentation as Deceit, Negligence or Warranty*, 1929, 42 *Harv.L.Rev.* 733; A. CARPENTER, *Responsibility for Intentional, Negligent and Innocent Misrepresentation*, 1930, 24 *Ill.L.Rev.* 749; L. GREEN, *Deceit*, 1930, 16 *Va.L.Rev.* 749, 750-762; B. MORRIS, *Liability for Innocent Misrepresentation*, 1930, 64 *U.S.L.Rev.* 121; W. P. KEETON, *Fraud: The Necessity for an Intent to Deceive*, 1958, 5, *U.C.L.A.L.Rev.* 216.

considerando quindi fondamentale l'analisi dei requisiti del caso concreto (dei quali abbiamo appena dato conto) per giudicare la sussistenza o meno di una responsabilità per *nondisclosure*.

4. *Duty in special relationship*

Affrontando il superamento della *privity doctrine* in favore della teoria del *duty of care*, si è avuto modo di parlare dell'allargamento dei soggetti tutelati con le azioni di responsabilità civile⁴⁴⁹. Fino ai primi anni del 1900, infatti, per ottenere il risarcimento del danno è necessaria l'esistenza di un contratto quale fonte della responsabilità per danni. Si ritiene necessario restringere il campo dei soggetti legittimati a proporre l'azione risarcitoria per evitare una incontrollabile proliferazione di richieste risarcitorie. Il mero passante o il terzo leso nella sua persona o nel suo patrimonio non è in alcun modo tutelato. Tale teoria si regge sulla considerazione che, ragionando diversamente, chiunque può chiedere ed ottenere un risarcimento, senza che in realtà il danneggiante possa precedentemente individuare il soggetto nei confronti del quale indirizzare la sua *due care*. L'estensione dei potenziali danneggiati è pertanto considerata troppo ampia, con l'effetto di addossare in capo al soggetto agente una responsabilità esagerata.

Il principio viene superato con l'affermarsi del *duty of care*, col quale viene sancito il principio secondo cui nel compiere le proprie azioni ciascuno deve adottare la diligenza e cautela propri dell'uomo medio per evitare di danneggiare gli altri. Tale responsabilità in *tort* è assimilabile alla responsabilità extracontrattuale italiana così come disciplinata dagli artt. 2043 ss. Come noto, nel nostro ordinamento si sono venute a creare delle figure di responsabilità ibride a cavallo tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ed in particolare gli obblighi di protezione e la responsabilità da contatto sociale. In entrambi i casi, pur in assenza di un vincolo contrattuale che leghi danneggiante e danneggiato, certe posizioni sono ritenute meritevoli di una tutela più intensa di quella concessa all'*extraneus*. Al tal fine si sono elaborate le teorie del rapporto qualificato e del contatto sociale come cause fondatrici dell'applicazione della responsabilità contrattuale anche in assenza di un contratto. La

449V. *infra cap.* II, pr. 4.

ragione è che certe situazioni di fatto si contraddistinguono per la particolare prossimità dei soggetti coinvolti, che come tali rivestono una posizione differenziata rispetto alla generalità dei consociati. Pertanto, pare equo applicare il più favorevole regime protettivo dettato dalla responsabilità contrattuale piuttosto che quello extracontrattuale. Quest'ultimo regime di responsabilità si caratterizza per il fatto che i soggetti coinvolti sono tra di loro estranei, ed entrano in contatto solo al momento della causazione del danno.

Nel *common law* statunitense pare potersi rinvenire una figura analoga agli obblighi derivanti da rapporto qualificato o da contatto sociale nei *duties* derivanti da una *special relationship*. La questione ha avuto una notevole rilevanza nei casi in cui le corti hanno dovuto decidere se sussistesse l'obbligo per una determina persona di aiutarne un'altra che si trovava in pericolo. La risposta è stata positiva quando tra le parti intercorre una *special relationship*⁴⁵⁰. In tali casi, infatti, il convenuto è responsabile se conosceva o avrebbe dovuto conoscere, secondo l'ordinaria diligenza, il pericolo per l'attore.

Nella *special relationship* il *duty of care* sorge in una serie di casi più ampi rispetto al contatto sociale vigente nel nostro ordinamento. Essa esula, ad esempio, dal rapporto professionale o dall'erogazione di un servizio pubblico essenziale, venendo

⁴⁵⁰Generalmente vige il principio per cui l'esistenza di un *duty* è generalmente valutato dalla corte in quanto questione di diritto. La valutazione delle circostanze di fatto dalle quali sorge il *duty* è rimesso alla valutazione della giuria. Al riguardo è emblematico il caso della Supreme Court of Michigan, *Farwell v. Keaton*, (1976), 396 Mich. 281, 240 N.W.2d 217, dove i fatti al vaglio della giuria sono i seguenti. Nella notte del 26 agosto 1966, i signori Siegrist e Farwell si trovano in una rivendita di roulotte per restituire l'auto prestata da un loro amico che ivi lavorava. Mentre aspettano che l'amico abbia finito il turno di lavoro, i due consumano alcune birre. Nel frattempo due ragazze entrano nel locale ed i due amici cercano di instaurare una discussione con loro. Nel tentativo di approccio i due amici inseguono le ragazze sino ad un ristorante drive in. Tale pedinamento indispettisce le ragazze che avvertono dell'accaduto dei loro amici, sei dei quali inseguono invano Siegrist che riesce a sfuggire incolume, mentre Farwell viene pestato violentemente. Al suo rientro Siegrist trova l'amico sotto l'automobile e appronta un primo soccorso applicando del ghiaccio sulla sua testa. Ciò fatto, carica Farwell in auto e gira per almeno un paio d'ore fermandosi in un certo numero di ristoranti drive in. Farwell si addormenta nel sedile posteriore. Verso mezzanotte Siegrist si dirige verso la casa dei genitori di Farwell e, dopo averla parcheggiata nel vialetto di casa, tenta inutilmente di tirare fuori l'amico dall'automobile. Decide pertanto di lasciare l'amico nel divano posteriore e se ne va. L'indomani i genitori di Farwell lo trovano in auto e lo portano subito all'ospedale dove muore dopo tre giorni per un ematoma epidurale. Al processo per *wrongful death action* il padre di Farwell sostiene che se Siegrist l'avesse portato in ospedale o avesse avvisato qualcuno delle condizioni in cui si trovava il figlio, questi non sarebbe morto. A supporto c'è anche la testimonianza di un neurochirurgo secondo il quale se Farwell fosse stato portato in ospedale entro l'ora successiva al pestaggio, avrebbe avuto dall'85 all'88% di possibilità di sopravvivere. La giuria in primo grado ha concesso 15.000 dollari di danni, mentre la Court of Appeals ha ribaltato la decisione, in quanto ha ritenuto che Siegrist non avesse assunto alcun obbligo di soccorrere Farwell, né sapeva che egli necessitasse di cure mediche.

applicato anche tra amici. Nell'esperienza comune è implicito che un amico debba prestare assistenza e cura verso l'altro che si trovi in stato di pericolo, sempre che non sia costretto a mettere a repentaglio la sua stessa incolumità⁴⁵¹. La particolare relazione instaurata dal rapporto di amicizia ed il relativo affidamento su di esso, pone a carico dell'amico un obbligo di tutela e protezione della sfera giuridica dell'altro più pregnante rispetto al *quisque de populo*. Quest'ultimo, infatti, non può essere costretto ad agire da "buon samaritano" intervenendo a tutela di chiunque si trovi in pericolo, sicché non incorre in alcuna responsabilità per non essersi attivato a protezione dell'altro.

L'assunto è stato criticato da una parte della giurisprudenza che ha messo in luce che nessuna fonte legale obbliga un soggetto ad attivarsi per assistere un altro, neanche se questi è un amico. Questo è un principio che è proprio solo della *public policy*, e pare pertanto inappropriato a fungere da obbligo legale di proteggere l'altra sfera giuridica. Tale filone giurisprudenziale ritiene scorretta la proposizione che eleva ed equipara una obbligazione morale ad un obbligo legale, specie nei casi in cui le conoscenze tecniche del soggetto non gli consentano una piena e consapevole valutazione dei fatti, poiché il rapporto di amicizia o prossimità di altro genere (*relationship*) non impone alcun obbligo di prestare assistenza⁴⁵².

Un altro elemento che viene considerato come fondante la responsabilità è l'iniziare una attività di soccorso. Come appena detto, non sussiste un obbligo di attivarsi in favore di chi sia in pericolo. Tuttavia, se un soggetto interviene, assume su di sé una posizione di garanzia che lo obbliga a continuare a prestare assistenza, la cui interruzione lo rende responsabile. Questo perché è stato chiaramente affermato l'obbligo legale di ogni persona di astenersi da qualsiasi attività che sia peggiorativa della situazione. Così, se il convenuto interviene e cerca di aiutare un soggetto prendendo il controllo della situazione, si crea una *special relationship* rapporto con l'altro. Da ciò consegue che l'agente deve agire secondo i canoni propri della diligenza, ed è responsabile per il mancato uso di *reasonable care* per la protezione

451 *Farwell v. Keaton*, cit., secondo cui l'idea di abbandonare per tutta la notte nel sedile posteriore un amico che sia stato gravemente percosso ripugna il comune senso umanitario, e cozza contro l'accettato codice di comportamento sociale. Alla luce del rapporto di amicizia tra i due soggetti coinvolti nella vicenda e delle circostanze di fatto, è stata sancita la sussistenza di un dovere di aiutare il soggetto in difficoltà, con conseguente condanna al risarcimento del danno.

452 Il concetto è espresso nella *dissent opinion* dei giudici J. Coleman e J. Fitzgerald in *Farwell v. Keaton*, cit.

degli interessi dell'attore⁴⁵³.

Il principio è stato accolto anche dalla *Section 324 del Restatement (Second) of Torts*. Esso prevede che in capo ad un soggetto, che non sia obbligato a prendersi cura di un altro ma lo faccia spontaneamente, sorge una responsabilità nel caso in cui non agisca secondo l'ordinaria diligenza. Egli sarà responsabile anche se il suo soccorso sia prestato in modo discontinuo in modo tale da lasciare l'altro in una condizione peggiore di quando se n'era fatto carico⁴⁵⁴.

In altre circostanze è stato precisato che la sussistenza di una *special relationship* non dipende dall'esistenza di un *duty of care*, ma piuttosto accade il contrario⁴⁵⁵. In questo caso l'importante non è identificare la condotta che si sarebbe dovuta tenere in presenza del *duty*, ma la condotta che genera la *special relationship* e quindi il *duty*. Se la condotta soccorritrice si è spinta sino al punto che l'inattività risulterebbe generalmente lesiva dell'altro soggetto, significa che si è instaurata una relazione che obbliga il soggetto a proseguire nella sua attività⁴⁵⁶.

453La formula classica prevede che “*Where performance clearly has begun, there is no doubt that there is a duty of care*”.

454Una interessante analisi del § 324 del *Restatement (Second) of Torts* si rinviene nel caso *Parvi v. City of Kingston*, (N.Y. 1977) 362 N.E.2d 960. Cfr. anche *Haben v. Anderson*, 597 N.E.2d 655 (Ill.App.1992), caso in cui uno studente universitario era deceduto a causa del troppo alcool ingerito durante la festa di iniziazione. La corte ha stabilito la responsabilità del membro della confraternita che, dopo aver fatto distendere il novizio sul pavimento, lo aveva controllato periodicamente durante la notte, ma non lo aveva soccorso nonostante le lamentele di quello. Nello stesso senso si esprime più recentemente anche il § 43 del *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No.1, 2005)*, che richiede che l'agente sia diligente nel prestare aiuto discontinuo a chi sembra in imminente pericolo.

455La situazione di fatto prescinde dall'adempimento di un contratto. La questione ha posto fine alla querelle secondo la quale per l'insorgere di obblighi di protezione bisognava distinguere tra inadempimento totale e inadempimento parziale del contratto. Il giudice Cardozo, nel caso *Moch* ha elaborato la celebre frase “*A time-honored formula often phrases the distinction as one between misfeasance and nonfeasance. Incomplete the formula is, and so at times misleading*”, con la quale ha sancito la irrilevanza della presenza del contratto per l'esistenza di un obbligo di attivarsi a tutela degli interessi altrui.

456F. H. BOHLEN, *Studies in the Law of Torts*, Indianapolis, 1926, p. 87. Nello stesso senso si esprime il caso *Glanzer v. Shepard*, (N.Y. 1922) 135 N.E. 275, in cui il chirurgo che ha iniziato l'intervento senza compenso è stato riconosciuto responsabile per la negligente omessa sterilizzazione dei ferri. Interessante sul punto è anche *Moch Co. v. Rensselaer Water Co.*, (N.Y. 1928) 159 N.E. 896. In esso il convenuto aveva stipulato un contratto per la erogazione di acqua con la città di Rensselaer per vari scopi, incluso il servizio antincendio tramite idranti. Un edificio aveva preso fuoco e le fiamme si erano propagate sino al magazzino dell'attore, distruggendolo. Secondo la tesi attorea, le fiamme erano giunte sino al magazzino perché la pressione degli idranti non era sufficiente per spegnere l'incendio nelle sue prime fasi. Il giudice Cardozo sentenza l'insussistenza di una *common law tort action* perché la mancata erogazione di acqua sufficiente non è un illecito ma il diniego di un beneficio. Tale impostazione è stata recentemente messa in discussione nel caso *Clay Electric Coop., Inc. v. Johnson*, 873 So.2d 1182 (Fla.2003), dove la corte ha stabilito che il soggetto, che per contratto deve erogare un servizio di pubblica utilità in una città per la manutenzione delle luci stradali, ha un obbligo di protezione nei confronti dei pedoni che

Come in Italia, anche negli Stati Uniti ci si è posti il problema della sussistenza della responsabilità dell'inadempiente di un contratto nei confronti del terzo. In primo luogo non può rinvenirsi una responsabilità contrattuale perché tra il terzo e l'inadempiente manca il vincolo contrattuale stesso. Negli ordinamenti anglosassoni, la vigenza della responsabilità contrattuale è indissolubilmente correlata alla presenza di un accordo tra le parti, essendo un requisito indispensabile per l'esperibilità dei rimedi contrattuali. Le parti sono vincolate solo da quanto è espressamente previsto nel regolamento contrattuale. Pertanto, solo le obbligazioni espressamente pattuite e contenute nel contratto possono avere forza obbligatoria ed esecutiva (*enforceable*), ragion per cui è pacificamente inapplicabile il sistema di rimedi contrattuali al soggetto che non sia parte contrattuale.

Esclusa ogni possibilità di applicare la responsabilità contrattuale, rimane da indagare se possa applicarsi la responsabilità in *torts* a tutela del terzo danneggiato. In via di principio è stato più volte ribadito che una obbligazione radicata in *contract* può generare in capo alle parti un *duty* nei confronti dei terzi, di coloro i quali non sono in *privity*⁴⁵⁷.

Dunque, l'assenza di *privity* non preclude il riconoscimento di un *duty*, ed è compito delle corti fissare il campo di applicazione di esso. La giurisprudenza è chiamata a delimitare il perimetro entro il quale considerare le conseguenze degli illeciti come controllabili, ed evitare che il danneggiante sia schiacciato da una abnorme esposizione di responsabilità nei confronti di chiunque risulti danneggiato dal suo contegno negligente. Nel fissare i confini del *duty*, i giudici devono tenere presenti non solo la scienza giuridica e la logica, ma anche la *policy* gioca un ruolo fondamentale. Nell'applicazione pratica di tale principio può accadere che i confini della responsabilità basati sulla *public policy* escludano la tutela di soggetti che, agendo in stretto ossequio ai principi tradizionali della *law of torts*, avrebbero ottenuto il risarcimento del danno⁴⁵⁸.

Il ruolo della *privity* non è totalmente irrilevante nell'economia del giudizio di

sono inciampati in un'area buia per la negligente manutenzione delle luci stradali.

457 *MacPherson v. Buick Motor Co.*, cit., dove viene considerata normale la regola che impone ad A, che ha un contratto con B, un obbligo nei confronti di C e D, indipendentemente dalla conoscenza che A abbia dell'incidenza che il suo contratto può avere verso di essi, se l'oggetto del contratto sottintende anche il loro uso o beneficio. Conformemente, v. *Fish v. Waverly Elec. Light & Power Co.*, (N.Y. 1907) 82 N.E. 150; *Glanzer v. Shepard*, (N.Y. 1922) 135 N.E. 275.

458 *Strauss v. Belle Realty Co.*, 65 N.Y.2d 399, 482 N.E.2d 34, 492 N.Y.S.2d 555.

policy. Infatti, la responsabilità dei prestatori di servizi di utilità pubblica, per danni che siano conseguenza della mancata erogazione di tale servizio, può essere enorme in virtù dell'estensione generalizzata e diffusa degli usufruttori del servizio. L'estensione potenzialmente illimitata dei danni, ha indotto autorevole dottrina a qualificare la responsabilità *de qua* come responsabilità *sui generis*, piuttosto che strettamente governata dai principi della *tort* o *contract law*⁴⁵⁹. Il timore della proliferazione incontrollabile di danni, ha indotto parte della giurisprudenza a negare l'estensione del *duty of care* ai non clienti⁴⁶⁰.

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, invece, i danni cagionati al terzo dal soggetto inadempiente sono risarcibili, purché essi siano prevedibili ed il danneggiato faccia parte di una specifica, circoscritta ed identificabile categoria di soggetti che abbiano una stretta prossimità (*close relationship*) con il danneggiante.

Il problema della limitazione della responsabilità verso i soli soggetti che è prevedibile siano a rischio di danno è avvertito anche nell'attività professionale. Al riguardo, sono paradigmatiche le pronunce riguardanti la responsabilità del revisore contabile. Una prima ipotesi concerne il caso in cui una società di revisione contabile sia ingaggiata, con un rapporto *limited partnership*, per svolgere il controllo dei suoi bilanci e dichiarazione fiscale. Le parti dell'accordo contemplan che i singoli soggetti facenti parte della partnership facciano affidamento sulla revisione e dichiarazione fiscale. Il comportamento negligente del revisore contabile lo espone a responsabilità nei confronti di ciascuno degli appartenenti alla *limited partnership*, giacché i suoi servizi non erano rivolti ad una anonima o generalizzata categoria di

459W. L. PROSSER, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., p. 663.

460 *Moch Co. v. Rensselaer Water Co.*, cit.; *Beck v. FMC Corp.*, (N.Y. 1977) 369 N.E.2d 10, dove una esplosione aveva interrotto il servizio elettrico, con conseguente perdita della paga giornaliera da parte dei lavoratori. La corte non ha accordato il risarcimento dei danni ai lavoratori “*on the basis of controlling the unwarranted extension of liability*”. Nello stesso senso si esprime anche il giudice Kaye in *Strauss v. Belle Realty Co.*, cit. Nel caso di specie si era verificato un black out elettrico durato a lungo. Il locatario di un appartamento era uscito per approvvigionarsi di acqua ed era caduto nelle scale a causa dell'oscurità. Il contratto per l'erogazione della luce nelle parti comuni era stipulato tra il proprietario dell'appartamento e la compagnia elettrica (Edison). Il locatario agiva nei confronti della Edison per vedere riconosciuti i danni alla persona conseguenza della caduta, sul presupposto che la società elettrica aveva negligenzemente adempiuto la sua prestazione di fornire elettricità alle parti comuni. Il Giudice ha ritenuto infondata la richiesta poiché la Edison non ha nessun obbligo giuridico nei confronti dell'attore, in quanto quest'ultimo non è un suo cliente. Il punto però non è pacifico. Il giudice Gibbons, nella sua *dissent opinion*, ritiene che l'estensione del *duty* anche al terzo in questo caso sia tollerabile perché “il locatario costituisce un definito, limitato e noto gruppo di soggetti”.

soggetti, bensì ad un ristretto gruppo ben identificabile nei suoi singoli componenti⁴⁶¹. Il problema principale di casi simili consiste nell'estendere i *duties* del revisore a soggetti preventivamente individuabili come beneficiari della propria attività, ma allo stesso tempo contenere la responsabilità entro livelli gestibili. Il criterio adottato per il contemperamento di questi due esigenze è che il contabile è responsabile per la negligente redazione di un rendiconto, se è riconoscibile che il *duty* riguarda sia i soggetti che abbiano con il revisore un rapporto contrattuale, sia quelli che siano talmente prossimi ai contraenti che in pratica sono indistinguibili dai contraenti stessi. Al contrario, vengono escluse dalla possibilità di essere risarcite più ampie categorie di soggetti⁴⁶².

Grazie al contributo della giurisprudenza e della dottrina, nel tempo sono stati elaborati quattro diversi approcci alla responsabilità dei contabili verso i soggetti che non abbiano un rapporto contrattuale diretto con loro. Un numero molto ristretto di Stati Americani richiede ancora l'esistenza di un rapporto di *privity* per concedere il risarcimento del danno⁴⁶³.

L'approccio tenuto dallo Stato di New York, invece, restringe la responsabilità ai casi in cui ci sia un "collegamento" tra il contabile e la parte che fa affidamento sulla diligenza della sua attività. Il problema principale, in tale impostazione, è capire quanto stretto debba essere tale collegamento. La soluzione offerta stabilisce che deve esservi un legame personale, anche se indiretto, che configuri concretamente al contabile la possibilità di danneggiare il terzo⁴⁶⁴.

La terza impostazione, sposata da alcuni Stati tra il quali quello del New

461 *White v. Guarente*, (N.Y. 1977) 372 N.E.2d 315; *Glanzer v. Shepard*, cit.

462 Il *leading case* sul punto è *Ultramares Corporation v. Touche*, (1931) 174 N.E. 441, nel quale il giudice Cardozo ha formulato la celebre formula "*the law should not admit a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*". Più di recente, cfr. *Credit Alliance Corp. v. Arthur Andersen & Co.*, (1985) 65 N.Y.2d 536. Una regola meno restrittiva è stata seguita in *Rosenblum Inc. v. Adler*, (1983) 461 A. 2d 138; *Citizens State Bank v. Timm, Schmidt & Co.*, (1983) 335 N.W. 2d 361.

463 Sul punto, v. approfonditamente C. PACINI, M. J. MARTIN, L. HAMILTON: *At the Interface of Law and Accounting: An Examination of a Trend Toward a Reduction in the Scope of Auditor Liability to Third Parties*, 37 Am.Bus. L.J. 171 (2000).

464 *Security Pacific Business Credit, Inc. v. Peat Marwick Main & Co.*, (N.Y. 1922) 597 N.E.2d 1080, nel quale l'attore aveva proposto azione di risarcimento danni sostenendo la responsabilità della società di revisione contabile convenuta, per aver egli effettuato con una singola telefonata richiedendo delle informazioni. La corte ha sentenziato che una semplice telefonata non può generare responsabilità per negligenza di una società di rilevanti dimensioni. Diversamente opinando, infatti, si otterrebbe l'effetto che per il modesto prezzo di una chiamata telefonica, si obbliga l'altro soggetto ad una elevata responsabilità.

Jersey, valorizza maggiormente il principio generale della prevedibilità del danno come criterio per l'estensione della responsabilità. In altre parole, il contabile è responsabile nei confronti di coloro i quali è prevedibile, secondo gli elementi di fatto esistenti, che basino le proprie decisioni sulle informazioni fornite, e che quindi, pur in assenza di un contratto, vengano verosimilmente danneggiati da un suo comportamento negligente⁴⁶⁵. Questo criterio è adottabile anche nei casi in cui il soggetto fornisce l'informazione per il beneficio principale di una terza persona che, pur non essendo formalmente parte del contratto, è la destinataria naturale dell'attività prestata⁴⁶⁶.

Si segnala anche la soluzione adottata dal legislatore per l'emaneazione di alcune leggi sulla responsabilità professionale che si basa sull'affidamento⁴⁶⁷. Più nello specifico, è statuito che il contabile può essere chiamato a rispondere dei danni se l'altro soggetto ha ragionevolmente riposto affidamento sulla bontà del suo comportamento. Egli, tuttavia, dovrà essere prudente nel fare affidamento sull'attività del contabile e valutare le informazioni da lui fornite alla luce di tutte le altre circostanze di fatto che possano aiutarlo a saggiarne la fondatezza. Così, ad esempio, un grosso investitore non può basarsi solo sull'analisi del bilancio di una società redatto da un contabile per decidere se procedere al suo acquisto, dovendo valutare con grande attenzione anche il prodotto, il mercato, la concorrenza e le capacità produttive reali della società⁴⁶⁸.

Infine, pare opportuno analizzare la *Section 552 del Restatement (Second) of Torts*. Il primo comma della suddetta Section statuisce che un soggetto che per ragioni di affari, professione, impiego o ogni altra operazione nella quale abbia un interesse economico, fornisca delle informazioni sbagliate ad altri durante una operazione commerciale, è responsabile per la perdita patrimoniale causata dal loro ragionevole affidamento sulle informazioni, se non esercita una ragionevole cura o competenza

465Per tutti, cfr. *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, (1971) 403 U.S. 29; *Rhode Island Hospital trust National Bank v. Swartz, Bresenoff, Yavner & Jacob*, (1972) F.2d 847, 851, che fissa la responsabilità a carico del contabile nei confronti di una limitata e prevedibile classe di soggetti.

466Seppur con varie sfumature, assecondano tale posizione le seguenti pronunce: *Ultramares v. Touche*, cit.; *Wolfskehl v. Wester Union Tel. Co.*, 46 Hun, 542; *DeRuth v. New York Tel. Co.*, 1 Daly, 547; *Milliken v. Western Union Tel. Co.*, 110 N.Y. 403, 410.

467Il riferimento è al Securities Act del 1933, e al Securities Exchange Act del 1934.

468*Bily v. Arthur Young Co.*, (Cal. 1992) 834 P.2d 745, 775, nelle cui motivazioni pare particolarmente interessante la *dissent opinion* del giudice J. Kennard; *O'Melveny & Myers v. Federal Deposit Insurance Corp.*, (1994) 512 U.S. 79.

nell'ottenere o comunicare l'informazione.

La responsabilità sorge limitatamente al danno patrimoniale causato a soggetti, o limitati gruppi di persone, che sono i destinatari delle informazioni, e che fanno affidamento su tali informazioni. La responsabilità di chi ha un obbligo pubblico di fornire informazioni si estende per tutti i danni patrimoniali patiti da soggetti o categorie di soggetti per il beneficio dei quali l'obbligo è stato creato⁴⁶⁹.

5. *Duty to warn*

Tra le condotte che concretizzano l'obbligo di protezione rientra anche il *duty to warn*, ovvero l'obbligo di avvertire un particolare soggetto, o categoria di soggetti, della presenza di un pericolo di danno. A nostro giudizio esso appare come una particolare attività per prevenire il danno, certamente meno onerosa di altre attività od opere da realizzare a protezione degli altri. In questo senso, è indubbio che un cartello che avverta gli astanti della pericolosità del luogo o della situazione, oppure un avviso verbale dello stesso tenore richiedono al soggetto obbligato uno sforzo minore rispetto alla costruzione di recinzioni, o all'organizzazione di un servizio d'ordine. Si pensi, ad esempio, alla presenza di burroni o precipizi adiacenti ad una pista sciistica non destinata ad esperti, alla presenza di animali feroci all'interno di una determinata area, all'uscita cieca di un garage sulla pubblica via e simili.

Richiamando in questa sede quanto si è precedentemente detto riguardo alle *special relationships*, e limitatamente ai fini che qui interessano, è opportuno premettere che generalmente non sussiste un obbligo di avvisare della presenza di un pericolo le persone con le quali non si ha alcun tipo di preesistente rapporto. Così, un passante non è obbligato ad avvisarne un altro del pericolo nel quale sta incorrendo, se tale pericolo non è da lui stesso creato⁴⁷⁰. Infatti, un soggetto che si trovi in una situazione tale per cui dalla sua inerzia consegue un pericolo per l'altro, non ha nessun obbligo di attivarsi per proteggere gli sconosciuti avvisandoli di un pericolo⁴⁷¹.

469 Per una applicazione giurisprudenziale del § 552 del Restatement (Second) of Torts, cfr. *Ingram Industries Inc. v. Nowicki*, (1981) 527 F.Supp. 683.

470 V. L.J. Denning nella motivazione del caso *Davies v. Cargo Fleet Iron Co., and Balfour Beatty & Co.*, (1956) C.A. 24.

471 *Deyong v. Stinburn*, (1946) 1 All E.R. 226-229, dove si taccia di eccessiva genericità la preposizione secondo cui non sorge alcun *duty* per il mancato compimento di un'azione che eviti il pregiudizio di un altro soggetto.

La situazione cambia nel caso in cui un passante, nonostante non abbia nessun obbligo di avvertire gli sconosciuti del pericolo generato da un terzo, agisca per sventarlo, mosso da motivi umanitari ed altruistici. Se nella circostanza egli si frappone tra il passante ed il pericolo che incombe su di lui riportando dei danni alla sua persona, è stabilito che possa chiedere il risarcimento del danno. Per arrivare al riconoscimento della responsabilità è stato necessario superare le difficoltà poste dalla *foreseeability rule*. Con essa, come visto in precedenza, la sussistenza della responsabilità è correlata alla prevedibilità del danno⁴⁷². Pertanto, il fatto che il terzo danneggiante non possa ragionevolmente prevedere che il danneggiato finale, pur privo di alcun obbligo di proteggere l'altrui sfera giuridica in pericolo, si interponga nella situazione pericolosa venendo finalmente danneggiato, lo dovrebbe esonerare da responsabilità. Tuttavia, tale difficoltà è stata superata grazie alla teoria che in tali situazioni configura nei confronti del soggetto che cerca di sventare il pericolo un obbligo secondario di protezione, sussistendo l'obbligo primario sul soggetto inizialmente messo a rischio⁴⁷³.

Da ciò emerge che la vera fonte della responsabilità verso il soccorritore è la negligenza dell'agente, che creando una situazione di pericolo mette a rischio la generalità dei consociati, e dunque anche il soccorritore. In altre parole, il danno cagionato al soccorritore è la naturale conseguenza del rischio generato, che per sua natura ha le potenzialità di causare danni a tutti coloro i quali si trovino, volontariamente o involontariamente, nei pressi del pericolo.

La volontarietà dell'azione del soccorritore ha scatenato un acceso dibattito sia in Inghilterra che negli Stati Uniti. In Inghilterra la questione veniva incentrata sulla volontaria assunzione del rischio e la scarsa consequenzialità tra evento e danno. In tale ultimo caso, il gesto imprevedibile del soccorritore interrompe il normale decorso causale dell'evento, assumendo il carattere di circostanza autonoma. Tuttavia, teorie più moderne hanno stabilito che la difesa *volenti non fit injuria* non è

472 V. *infra* pr. 2 e 4.

473 *Chester v. Waverly Corporation*, (1939) 62 C.L.R. 141. Nella motivazione di tale caso, il giudice J. Evans spiega il processo logico da applicare in casi analoghi: "*Whenever A is under a primary duty in breach of which he places B in a situation of peril or injures him in such circumstances that C is induced to come to B's rescue in an endeavour to save life or to prevent or mitigate the injurious consequences of A's primary breach of duty, A becomes prima facie liable to C does not belong to the class of person who can be foreseen as likely to sustain injury through no actual damage flowed from the former*".

applicabile in questi casi, perché l'obbligo legale o morale imposto sul danneggiante prescinde da ciò che è visibile ai suoi occhi. Così, il soccorritore può agire per il risarcimento del danno anche quando abbia agito spontaneamente, istintivamente o deliberatamente.

Negli Stati Uniti il *leading case* sul tema è *Wagner v. International Railway Co.*, all'interno del quale il giudice Cardozo opera un articolato ragionamento⁴⁷⁴. Egli afferma che il pericolo richiama fisiologicamente dei soccorsi. Il diritto deve tenere conto delle reazioni umane istintive, e perciò riconoscerle come normali e collocare i loro effetti nella categoria degli avvenimenti naturali e probabili. Il fatto illecito che mette in pericolo la vita degli altri rimane illecito anche nei confronti del soccorritore che si adopera per evitare il danno ad un soggetto. Pertanto, la compagnia ferroviaria il cui treno transita senza avvisare del suo arrivo compie un illecito nei confronti dei passeggeri che siano sorpresi tra i binari dal treno. Il rischio che qualcuno si getti in soccorso di chi si trova tra i binari si concretizza solo nell'emergenza del fatto concreto. Tuttavia, l'imprevedibilità del suo intervento non scusa il danneggiante, che è responsabile verso il soccorritore come se ne avesse potuto prevedere le mosse⁴⁷⁵.

La posizione della giurisprudenza americana nei confronti del danneggiato non soccorritore a causa della mancanza di adeguati avvertimenti è espressa nel caso *Greene v. Sibley, Lindsay & Curr Co.*⁴⁷⁶. Il fatto coinvolge l'attrice che aspetta il cambio alla cassa dopo aver fatto degli acquisti nel negozio del convenuto. Mentre aspetta, nota che due operai stanno riparando un altro registratore di cassa ubicato alla sua destra. Una volta riscosso il cambio, si dirige verso l'uscita voltandosi a destra ed inciampa sul piede sporgente di uno degli operai che nel frattempo si era inginocchiato per lavorare sotto il banco della cassa. La questione di diritto è se gli operai siano gravati da un obbligo di avvisare la cliente del pericolo causato dal piede che sporgeva nel corridoio per la camminata. Il giudice Cardozo, che scrisse la

474 *Wagner v. International Railway Co.*, (1921) 232 N.Y. 176; 19 A.L.R. 1; 133 N.B. 437; E.R. 489-490.

475 La regola è stata ribadita anche in dottrina, v. A. L. GOODHART, *Rescue and Voluntary Assumption of Risk*, (1935) 5 *Comb. L.J.* 11, secondo cui negli Stati Uniti la teoria dell'assunzione del rischio non opera quando l'attore è stato danneggiato dalla condotta illecita del convenuto perché è andato in soccorso di qualcuno coscientemente e deliberatamente accettando il rischio del danno. Questo vale sia nei casi in cui il soccorritore abbia nei riguardi del soggetto in pericolo un particolare *duty of protection*, come nel caso di un membro della famiglia, che nei casi in cui egli si adoperi per uno sconosciuto, nei confronti del quale non ha nessun particolare obbligo. Tale principio è stato assimilato anche in Inghilterra con il caso *Haynes v. Harwood*, (1935) 1 K. B. 146.

476 *Greene v. Sibley, Lindsay & Curr Co.*, 177 N.E. 416 (N.Y. 1931).

motivazione dei cinque giudici di maggioranza della Corte, da una risposta negativa. Egli, infatti, spiega che l'operaio avrebbe fatto meglio ad avvisare la cliente che si stava inginocchiando, e quindi sparendo dalla sua visuale. Tuttavia, nella circostanza la legge esige da lui solo "l'ordinaria previsione di essere cercato in un mondo indaffarato". L'operaio sta compiendo un atto quotidiano molto semplice che può essere visto da coloro i quali lo circondano. Di per sé l'atto costituisce solo una momentanea ostruzione del passaggio, e proprio il suo carattere transitorio fa sì che esso non possa essere considerato illecito. Infatti, una commessa uscita da dietro al bancone o un altro cliente che si appropinqui sul luogo avrebbero sortito lo stesso effetto. Per tale ragione la caduta della cliente viene considerata come un incidente fortuito dal quale non consegue alcuna responsabilità per il danneggiante, che in questo caso può essere considerato mera occasione per la causazione del danno, stante l'insussistenza di alcun *duty to warn*.

Oltre agli ambiti di applicazione appena considerati, il *duty to warn* ha una grande rilevanza pratica nel campo della responsabilità da prodotto difettoso, che probabilmente rappresenta il suo ambito di applicazione più esteso ed importante. La regola di base impone che, nel commercializzare i prodotti, il produttore avverta dei rischi e delle modalità di un sicuro utilizzo del prodotto.

La responsabilità del venditore di fornire adeguati avvertimenti può fondarsi sulla responsabilità oggettiva, sulla negligenza o sulla garanzia. Gli obblighi promanati da queste tre fonti coprono di fatto tutti i casi in cui il venditore ha l'obbligo di avvertire il consumatore delle caratteristiche pericolose del bene.

La distinzione tra responsabilità oggettiva e colposa si presenta netta nell'enunciazione teorica, ma nell'applicazione giurisprudenziale le due teorie sono sostanzialmente indistinguibili. Quest'ultima sussiste se il venditore sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che il prodotto può esporre ad un rischio irragionevole il suo utilizzatore, se questi non viene adeguatamente avvertito ed informato delle caratteristiche del prodotto. Al riguardo è opportuno segnalare che di tutti i membri della catena distributiva, solo il produttore è responsabile nel caso in cui "avrebbe dovuto sapere" della pericolosità del prodotto. Il distributore o il venditore, invece, rispondono solo se effettivamente conoscevano, o avevano ragioni per conoscere, il

pericolo⁴⁷⁷. Il *duty to warn* secondo le regole convenzionali della diligenza ruota attorno alla prevedibilità del danno. Non è necessario che il produttore palesi la specifica natura del pericolo, ma per non incorrere in responsabilità è sufficiente che di fronte ad una probabilità di danno sufficientemente grave adotti le precauzioni che l'uomo di ordinaria diligenza adotterebbe⁴⁷⁸.

Anche il *duty to warn* soggiace alla valutazione della convenienza in termini di costi e benefici. Pertanto, le attività informative richieste al produttore non devono essere per lui eccessivamente gravose sia in rapporto alla probabilità che il danno si verifichi, sia in rapporto alla gravità del danno. Ad esempio, la necessità di tutelare la vita o la salute del consumatore per danni derivanti dalla intrinseca pericolosità del bene, o dal suo scorretto utilizzo, obbligano il produttore a realizzare tutte quelle cautele informative che proteggano il consumatore⁴⁷⁹.

La responsabilità oggettiva, invece, sussiste quando il difetto dell'articolo è tale che "ogni uomo di buon senso non lo avrebbe messo in commercio se avesse saputo del suo carattere pericoloso"⁴⁸⁰. Le similitudini e le distinzioni tra responsabilità per negligenza ed oggettiva sono espone nel commento al § 402A del *Restatement (Second) of Torts*. La regola generale vuole che la responsabilità oggettiva operi anche quando il produttore abbia esercitato ogni possibile attenzione nella preparazione del prodotto. Il commento j), al contrario, stabilisce l'obbligo per il

477Particolarmente significativo è il commento al § 401 del *Restatement (Second) of Torts*, che elabora una distinzione tra i parametri del "aver ragioni per sapere" (*reason to know*) e il "dovrebbe sapere" (*should know*). Più nel dettaglio, esso mette in correlazione i § 388 e 401 del *Restatement*, e statuisce che le parole "aver ragioni per sapere" (*reason to know*) sono utilizzate per denotare il fatto che l'attore ha informazioni che qualsiasi uomo di media avvedutezza, o di intelligenza superiore, dedurrebbero che il fatto in questione, o comunque tale persona dovrebbe adeguare il suo comportamento sulla base del presupposto che tale fatto esiste. Le parole "*reason to know*" non impongono alcun obbligo di scoprire fatti ignoti, e pertanto devono essere distinte dalle parole "*should know*".

478*Bean v. Ross Mfg Co.*, 344 S.W.2d 18, 25 (Mo. 1961); *Moran v. Faberge, Inc.*, 273 Md. App. 538, 332 A.2d 11 (1975).

479La disciplina in materia è dettata dal § 291 del *Restatement (Second) of Torts*, che indica lo standard di *risk-utility* da applicare ai fornitori di informazioni secondo i principi della diligenza. Il primo comma della Section 291 statuisce che quando un atto sia ritenuto rischioso dall'uomo medio, il rischio è irragionevole e l'atto è negligente se il rischio è eccessivamente grave o esteso. L'analisi costi-benefici è di particolare rilevanza nelle circostanze in cui il prodotto non è utilizzato esclusivamente dal compratore, ma è maneggiato da un terzo. Per un approfondimento sulla attribuzione della responsabilità in forza della gravità del rischio, cfr. § 388 del *Restatement (Second) of Torts*. In giurisprudenza, v. *Boyle v. California Chem. Co.*, 221 F. Supp. 669 (D. Or. 1963), in cui è stata dichiarata la responsabilità di un'azienda produttrice di diserbanti, che aveva ommesso gli adeguati avvertimenti sulla estrema tossicità del prodotto in caso di contatto epidermico. Analogamente, v. *Dougherty v. Hooker Chem. Corp.*, 540 F.2d 174 (3d Cir. 1976).

480*Phillips v. Kimwood Mach Co.*, 525 P.2d 1033 (Or. 1974).

venditore di informare il consumatore o l'utilizzatore finale del pericolo del quale il venditore sia a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza al momento della vendita. Anche nella responsabilità oggettiva, dunque, il venditore ha un obbligo di avvertire l'altro solo se i danni sono ragionevolmente prevedibili⁴⁸¹.

La responsabilità per garanzia, infine, deriva da un quadro informativo insufficiente che rende il prodotto inutilizzabile per l'uso tipico per il quale è costruito, costituendo una violazione di implicita garanzia di commerciabilità⁴⁸². Tale prospettazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza nel caso *Borel v. Fibreboard Paper Prods. Corp.*⁴⁸³, in cui l'attore, un lavoratore di una società produttrice di isolanti, si era ammalato a causa della prolungata esposizione a materiali tossici. La irragionevole pericolosità ed incommerciabilità degli stessi è stata reputata violare la garanzia implicita di qualità e commerciabilità del bene, e per l'effetto la società è stata costretta a risarcire il danno del lavoratore⁴⁸⁴.

Come accennato in precedenza, la responsabilità di fornire adeguati avvertimenti può essere posta a carico di vari soggetti della catena distributiva oltre al produttore, come ad esempio i fornitori, i venditori all'ingrosso, i distributori ed i venditori al dettaglio⁴⁸⁵. Ci sono, tuttavia, riconosciute distinzioni nella natura e nel grado di responsabilità in capo al produttore e agli altri componenti della filiera. La regola generale è che il venditore al dettaglio o il distributore hanno l'obbligo di informare solo in situazioni nelle quali il difetto o il pericolo è noto, visibile o facilmente accertabile. Quindi, generalmente, il venditore non ha nessun obbligo di

481 *Borel v. Fibreboard Paper Prods. Corp.*, 493 F.2d 1076, 1088 (5th Cir. 1973), secondo cui le domande convenzionali alle quali dover rispondere nei casi di *duty to warn* nella responsabilità oggettiva sono se il produttore conosceva o avrebbe dovuto conoscere il pericolo, e se il produttore è stato negligente nel comunicare le sue maggiori conoscenze sul prodotto al consumatore. Particolare interesse desta poi la pronuncia *Beshada v. Johns-Manville Prods. Corp.*, 447 A.2d 539 (N.J. 1982), in cui la Corte Suprema del New Jersey ha stabilito che il produttore può essere chiamato a rispondere a titolo oggettivo per violazione del *duty to warn* anche se il rischio, all'epoca della produzione del bene, era scientificamente sconosciuto. Tale conclusione, secondo il parere della corte, affonda le sue radici nella politica di suddivisione del rischio nelle attività produttive. Tale impostazione non è mai stata accolta da nessun altro Stato, e la stessa Corte Suprema l'ha ribaltata a partire dal caso *Feldman v. Lederle Laboratories*, 479 A.2d 374 (N.J. 1984).

482 Tale situazione violerebbe anche il § 2-314 dell'UCC.

483 493 F.2d 1076 (5th Cir. 1973).

484 In un caso analogo, la perseveranza nel non fornire adeguati avvertimenti sulla pericolosità e dannosità del bene ha fatto ritenere sussistente la responsabilità del produttore anche dopo la intermediazione del venditore, v. *Bly v. Otis Elevator Co.*, 713 F.2d 1040, 1046 (4th Cir. 1983)

485 Anche i locatori a scopo non abitativo di un immobile possono essere annoverati tra i soggetti sottoposti a responsabilità oggettiva, cfr. *Miles v. General Tire and Rubber Co.*, 460 N.E.2d 1377, 1379, 1380-1382 (Ohio Ct. App. 1983).

informare ed avvertire circa i vizi occulti o sconosciuti⁴⁸⁶.

I beneficiari dell'obbligo di avvertenza o informazione sono in primo luogo i compratori del bene. Quando però il venditore si rende conto che avvisare dei rischi solo l'immediato compratore non riduce i rischi di danno nei confronti degli utilizzatori del prodotto, il *duty to warn* è stato esteso anche a loro⁴⁸⁷. Sono esclusi dal novero dei soggetti tutelati con la particolare cautela del *duty* ad oggetto coloro i quali acquistino il bene per motivi professionali, supponendosi che essi siano perfettamente a conoscenza delle caratteristiche intrinseche del bene e della sua pericolosità⁴⁸⁸. Tuttavia, questo non ha impedito alle corti di respingere le richieste di risarcimento provenienti da operai specializzati. L'adeguatezza delle avvertenze deve essere commisurata al grado di conoscenza e comprensione che l'operaio medio del settore di riferimento. Conoscenze superiori da parte del singolo individuo in base alla personale esperienza sono irrilevanti e non esonerano il danneggiante dal pagamento del risarcimento del danno⁴⁸⁹.

Una volta stabilita la sussistenza dell'obbligo, è necessario verificare se l'avvertenza o l'informazione soddisfa i requisiti minimi, ovvero se è stata fornita in modo tale da essere compresa e rimanere impressa su di un utilizzatore medio. Il linguaggio utilizzato deve essere chiaro e diretto, e ove opportuno deve descrivere le modalità di utilizzo del prodotto⁴⁹⁰. Ad esempio, le dimensioni dei caratteri utilizzati, la grafica ed i colori utilizzati nelle avvertenze scritte devono essere adeguate per

486In *Hall v. E.I. Dupont de Nemours & Co.*, 345 F. Supp. 353, 375 (E.D.N.Y. 1972), la corte ha riscontrato la responsabilità se ricorrono le seguenti circostanze: 1) violazione dello standard of care; 2) capacità dei partecipanti di promuovere i requisiti di sicurezza nella creazione del processo di creazione del rischio; 3) necessità di proteggere il consumatore; 4) capacità dei partecipanti di allocare i costi della responsabilità tra di loro in una relazione continuata di relazioni d'affari.

487Il *leading case* in materia è costituito dal caso *Dougherty v. Hooker Chem. Co.*, 540 F.2d 174 (3d Cir. 1976), dove è stato testualmente sancito che la natura pericolosa del prodotto, il modo col quale il prodotto viene utilizzato, l'intensità e la forma delle avvertenze fornite devono essere adeguatamente comunicate a coloro i quali verosimilmente utilizzeranno il prodotto.

488Una delle prime decisioni sull'argomento è *Helene Curtis Industries, Inc. v. Pruitt*, 385 F.2d 841 (5th Cir. 1967). Nello stesso senso, v. anche *Werckenthein v. Bucher Petrochemical Co.*, 618 N.E.2d 902 (Ill. App. 1993); *Strong v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 667 F.2d 682, 687 (8th Cir. 1981); *Martinez v. Dixie Carriers, Inc.*, 529 F.2d 457 (5th Cir. 1976), nonché il § 388(b) del *Restatement (Second) of Torts*.

489*Jackson v. Coast Paint & Lacquer Co.*, 499 F.2d 809 (9th Cir. 1974); *Borel v. Fibreboard Paper Prods. Co.*, 493 F.2d 1976 (5th Cir. 1973).

490A ben considerare, bisogna distinguere le avvertenze (*warnings*) dalle istruzioni per l'uso (*instructions*). Le avvertenze richiamano l'attenzione del consumatore sui pericoli che il bene può generare, mentre le avvertenze descrivono le procedure da seguire per l'utilizzo effettivo e ragionevolmente sicuro del bene. Pertanto, le avvertenze di un prodotto possono essere adeguate, mentre le sue istruzioni possono risultare carenti. Viceversa, le avvertenze possono trascurare di sottolineare il pericolo, ma le istruzioni possono descrivere esaustivamente come utilizzare il bene.

attirare l'attenzione dell'uomo medio e allertarlo⁴⁹¹.

Perché l'informazione sia sufficiente in senso legale, essa deve essere adeguata, se seguita, a rendere il prodotto sicuro per il suo uso fisiologico. Naturalmente, l'indicazione delle avvertenze o istruzioni deve essere tempestiva, in modo da orientare il consumatore ad un comportamento conforme alle indicazioni stesse⁴⁹². Così, un linguaggio ambiguo è da considerarsi inadeguato a comunicare con chiarezza la serietà del pericolo. Queste implicazioni sono particolarmente frequenti nel caso di utilizzo di farmaci da parte dei pazienti, che senza adeguate spiegazioni sugli effetti collaterali dei farmaci possono venire seriamente danneggiati nella loro integrità fisica⁴⁹³.

Ad esempio, una particolare attenzione deve essere prestata nel fornire le indicazioni di primo soccorso in caso di manipolazione impropria di acidi o altri liquidi corrosivi. Nello specifico, un lavoratore si bruciava il dorso della mano con un acido durante le pulizie. Le istruzioni di primo soccorso fornite dal produttore del prodotto si limitavano a prescrivere, in caso di contatto con la pelle, di "strofinare l'acido gentilmente, sciacquare immediatamente la superficie interessata con acqua usando liberamente il sapone, quindi coprire con un impacco di magnesia o soda calda". Tale indicazioni risultavano assolutamente inadeguate perché non spiegavano che la bruciatura si sarebbe dovuta tenere per almeno quindici minuti sotto l'acqua corrente. La corte ha riscontrato nell'inadeguatezza dell'informazione un elemento che ha aggravato il danno, e pertanto ha condannato la società produttrice dell'acido al risarcimento del danno⁴⁹⁴.

491 *First National Bank in Albuquerque v. Nor-Am Agric. Prods., Inc.*, 537 P.2d 682, 692 (N.M. Ct. App. 1975); *Spruill v. Boyle-midway, Inc.*, 308 F.2d 79 (4th Cir. 1972).

492 Il giudizio di adeguatezza delle avvertenze richieste si basa sul bilanciamento dei seguenti elementi: 1) pericolosità del prodotto; 2) modalità di utilizzo del prodotto; 3) intensità e forma delle avvertenze fornite; 4) oneri imposti dalle avvertenze; 5) probabilità che la particolare avvertenza sia adeguatamente comunicata a coloro i quali prevedibilmente utilizzeranno il prodotto. In tal senso, cfr. *Brown v. Gulf Oil Co.*, *Prod. Liab. Rep.* (CCH), 10, 474 (Tenn. Ct. App. 1985); in dottrina, v. M. A. DeTURCK, G.M. GOLDHOBER, G.M. RICETTO, *Effectiveness of Alcohol Beverage Warning Labels: Effects of Consumer Information Processing Objections and Color of Signal Word*, 17 *J. Prod. & Tox Liab.* 187 (1995).

493 Sintomatico è il caso *Ross v. Jacobs*, 684 P.2d 1211 (Okla. Ct. App. 1984), in cui la somministrazione di un collirio era accompagnata dalla scarsa avvertenza che si sarebbe potuto verificare un calo della vista. In realtà, il farmaco somministrato poteva comportare cecità permanente. La corte ha reputato colpevole l'azienda produttrice del farmaco per la mancata indicazione, a chiare lettere, che il farmaco poteva portare alla irreversibile e totale perdita della vista in un numero significativo di casi.

494 *Stone v. Sterling Drug, Inc.*, 111 A.D.2d 1017, 490 N.Y.S.2d 468, *Prod. Liab. Rep.* (CCH), 10,580 (1985). Una specificazione di tale principio è offerta dal caso in cui il produttore, o altro soggetto

In alcune situazioni il *duty to warn* può residuare anche dopo la vendita. Si supponga il caso in cui il prodotto risulti sicuro all'atto della vendita. Tuttavia, l'esperienza successiva derivata dall'uso rivela l'esistenza di pericoli precedentemente sconosciuti al venditore. Il *duty to warn* persiste anche per i vizi occulti al momento della vendita che si palesino in un momento successivo alla sua messa in commercio⁴⁹⁵.

Per i prodotti farmaceutici sono state adottate cautele ancora maggiori, in virtù del rango dei beni da essi posti in pericolo come la vita o la salute. I suoi produttori e venditori hanno un "obbligo continuo" di aggiornarsi sulle scoperte medico-scientifiche e farmaceutiche, e di informare costantemente il resto della comunità medica e sanitaria dei nuovi sviluppi sui trattamenti e cure⁴⁹⁶. Questo obbligo continuo di informazione imposto al produttore anche dopo la commercializzazione del farmaco non si limita al passivo recepimento ed interpretazione di scoperte scientifiche, mediche e tecniche effettuate da terzi. In certe circostanze, come nel caso della produzione e vendita di prodotti farmaceutici che rivelazioni mediche successive abbiano determinato essere non sicure, sul produttore grava un obbligo continuo di attivarsi anche in sede post-vendita per rendere note le informazioni da lui acquisite e tutelare la salute dei consumatori⁴⁹⁷.

che lavora per suo conto, annulli col suo comportamento una avvertenza scritta adeguata. Ad esempio, in *Incollingo v. Ewing*, 444 Pa. 263, 282 A.2d 206 (1971), la corte ha sentenziato la responsabilità del convenuto che, nel presentare un farmaco alla comunità medica, avevano minimizzato alcuni effetti collaterali del farmaco, oscurando di fatto le avvertenze scritte della casa farmaceutica, e distogliendo l'attenzione dell'interlocutore da esse. V. anche *Edwards v. California Chemical Co.*, 245 So. 2D 259, 264-265 (Fla. Dist. Ct. App. 1971), sull'obbligo di avvertire di indossare particolari abiti protettivi mentre si spruzza un insetticida particolarmente tossico.

⁴⁹⁵È paradigmatico il caso di un'automobile che abbia un componente difettoso che ponga in pericolo l'incolumità dei suoi occupanti o dei terzi, come ad esempio i pedoni. Se la casa automobilistica o il venditore ignoravano il difetto al momento della vendita, ma lo scoprono in un momento successivo, sono obbligati ad avvertire i compratori dell'inconveniente. Ove non provvedano e ne derivino dei danni, essi saranno responsabili per i danni. Così, *Comstock v. General Motors Corp.*, 358 Mich. 163, 99 N.W.2d 627 (1959).

⁴⁹⁶*Schenebeck v. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (8th Cir. 1970), che riconosce in capo alla casa farmaceutica l'esistenza di un continuous duty to warn i medici del rischio di incidenti nel prescrivere un determinato farmaco che siano stati scoperti successivamente alla messa in commercio del farmaco.

⁴⁹⁷*Barson v. E.R. Squibb & Sons, Inc.*, 682 P.2d 832 (Utah 1984).

6. Responsabilità da prodotto difettoso

Affrontando il superamento della *privity doctrine* in favore della teoria del *duty of care*, si è avuto modo di introdurre il tema dell'allargamento dei soggetti tutelati con le azioni di responsabilità civile⁴⁹⁸. Fino ai primi anni del 1900, infatti, per ottenere il risarcimento del danno era necessaria l'esistenza di un contratto quale fonte della responsabilità. Si riteneva che fosse necessario restringere il campo dei soggetti legittimati a proporre l'azione risarcitoria ai soli contraenti per evitare una incontrollabile proliferazione di richieste risarcitorie. Il passante o il terzo che fosse leso nella sua persona o nel suo patrimonio non era in alcun modo tutelato. Tale teoria si reggeva sulla considerazione che, ragionando diversamente, chiunque avrebbe potuto chiedere ed ottenere un risarcimento, senza che in realtà il danneggiante potesse precedentemente individuare il soggetto nei confronti del quale indirizzare la sua *due care*. L'estensione dei potenziali danneggiati era considerata troppo ampia, con l'effetto di addossare in capo al soggetto agente una responsabilità esagerata.

Con la rivoluzione industriale si assiste all'avvento di nuove tecnologie, alla meccanizzazione dei processi produttivi e alla vendita di beni di massa che contribuiscono all'esplosione degli eventi dannosi. In tale frangente, la filiera che conduce i prodotti dal produttore al consumatore è costituita da una serie concatenata di contratti. La rigida applicazione della *privity doctrine* spezzetta il fenomeno produttivo e distributivo con l'effetto che ciascun membro della filiera è responsabile solo nei confronti della sua controparte. Il consumatore può agire solo nei confronti del suo dante causa, ossia l'ultimo venditore al dettaglio, che spesso non è il soggetto più forte della filiera, con il risultato di addossare le responsabilità a chi non è in grado di farvi fronte.

A ciò si aggiunga la problematica relativa ai soggetti che, pur non essendo parti del contratto, vengano ad essere danneggiati dal malfunzionamento del bene in virtù della loro prossimità con il contraente o l'utilizzatore finale del bene.

Entrambi i casi possono essere ricompresi nell'ampio alveo italiano degli obblighi di protezione. Nel primo caso è pacifica la sussistenza di una responsabilità oggettiva extracontrattuale del produttore, che tuttavia recentemente riscontra spinte

498V. *infra cap.* II, pr. 4.

per la contrattualizzare della responsabilità riguardo ai danni alla persona, con conseguente assoggettamento alla più favorevole disciplina contrattuale in termini di onere della prova e prescrizione. Nel secondo caso, l'insegnamento tradizionale vuole che l'inesistenza di un rapporto obbligatorio precedente all'evento dannoso dia luogo ad una responsabilità extracontrattuale del danneggiante. Anche in questo frangente, si registrano forti spinte verso la contrattualizzazione del danno per tutelare la posizione del terzo.

Nessuna area del danno alla persona è stata oggetto di cambiamenti radicali nel ventesimo secolo come quella da prodotti difettosi. Durante tutto il diciannovesimo secolo la responsabilità del produttore ha vissuto all'ombra della *privity doctrine*, che richiedeva una relazione contrattuale tra le parti come base per l'esistenza di un *duty of care*. Il requisito della *privity* è stato semmai indebolito da una serie di eccezioni create in risposta all'aumentare dell'influenza della *negligence*. Piuttosto, le corti hanno successivamente costruito un sistema di responsabilità oggettiva che ha continuato ad evolversi dinamicamente nel tempo, fino a configurare l'attuale carattere della responsabilità da prodotto difettoso. Essa desta particolare interesse per il presente lavoro perché costituisce il punto di interazione della *contract* con la *tort law* nella definizione del sistema di responsabilità.

Il *leading case* in materia è rappresentato da *MacPherson v. Buick Motor Co.*⁴⁹⁹, dove la casa automobilistica Buick aveva venduto una vettura ad un concessionario, che a sua volta l'aveva rivenduta al consumatore finale. Mentre questi viaggiava a bordo dell'automobile, una ruota di legno mal fabbricata da un fornitore collassava improvvisamente, causando un incidente dal quale il guidatore riportava delle lesioni personali. Superando il ristretto orientamento basato sulla *privacy*⁵⁰⁰, il giudice Cardozo stabilisce la responsabilità del produttore per l'incidente, anche se il componente difettoso era materialmente prodotto dal fornitore di ruote, e la Buick si era limitata ad assemblarle con gli altri componenti.

Particolarmente significativa è la *ratio* della decisione: è fatto obbligo al produttore di rendere sicuro il bene per la sua destinazione d'uso naturale, ponendo il consumatore al riparo da danni prevedibili⁵⁰¹. Nel caso di specie è del tutto ovvio che

⁴⁹⁹*MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050.

⁵⁰⁰*Thomas v. Winchester*, (1852) 6 N.Y. 397; *Loop v. Litchfield*, (1870) 42 N.Y. 351; *Losee v. Clute*, (1873) 51 N.Y. 494; *Statler v. George A. Ray Mfg Co.*, (N.Y. 1909) 88 N.E. 1063.

⁵⁰¹La medesima *ratio* si riscontra anche in *Devlin v. Smith*, (1882) 89 N.Y. 470, dove un costruttore

una automobile sia costruita per viaggiare, ed è altresì prevedibile che una ruota mal costruita ceda. Nella successione degli avvenimenti è altrettanto logico che il cedimento causi un incidente dal quale derivino danni per il guidatore ed eventuali passeggeri. La responsabilità della causa automobilistica consiste nel non aver ispezionato con la necessaria diligenza l'integrità dei componenti, in questo caso le ruote, prima di mettere in commercio il bene. L'innovazione introdotta dal giudice Cardozo consiste nello spostamento dell'elemento che fa sorgere la responsabilità: si passa dall'esistenza di un contratto tra danneggiante e danneggiato, alla negligenza.

Il concetto è stato ripreso anche dalla giurisprudenza successiva, che ha ribadito che la fonte della responsabilità del produttore risiede nella diligenza da lui adottata nell'ispezionare i componenti fabbricati da altri⁵⁰². Ad ogni modo, ragioni di *public policy* inducono ad andare oltre la diligenza, sino ad arrivare all'attribuzione della responsabilità del produttore a titolo oggettivo. È di pubblico interesse scoraggiare la commercializzazione di prodotti che abbiano difetti che sono una minaccia per la generalità dei consociati⁵⁰³. Tale scelta distribuisce in modo più efficiente la lesione della vita e della salute causato dai prodotti difettosi in commercio⁵⁰⁴.

Sulla base di tali premesse, la responsabilità del produttore verso il compratore

aveva dato in appalto il montaggio di un ponteggio. Quest'ultimo era stato montato male, ed un lavoratore del costruttore si era fatto male. Nell'occasione era stata sancita la responsabilità del montatore di ponteggio perché la sua opera era naturalmente destinata ad essere utilizzata dall'operaio. La prevedibilità del danno (diligenza previsionale) ed il montaggio difforme ai canoni di diligenza (diligenza esecutiva) rendono il soggetto responsabile per il danno generato dalla difettosità del suo prodotto.

502Tra i numerosi, cfr. *Vandermark v. Ford Motor Co.*, 391 P.2d 168 (Cal.1964); *Elmore v. American Motors Corp.*, 451 P.2d 84 (Cal. 1969); *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, caso in cui una cameriera era rimasta ferita dall'esplosione di una bottiglia di Coca Cola mentre la prendeva dal frigorifero.

503Una eccezione a questa regola è stata posta per i venditori di beni usati, v. *Tillman v. Vance Equipment Co.*, 596 P.2d 1299 (Or. 1979); *Gebo v. Black Clawson Co.*, 703 N.E.2d 1234 (N.Y. 1998); *Stiles v. Batavia Atomic Horseshoes, Inc.*, 613 N.E.2d 572 (N.Y. 1993). Sulla responsabilità delle società che siano succedute a quelle che avevano prodotto il bene difettoso, v. § 12 del *Products Liability Restatement*. In giurisprudenza, è fondamentale la decisione della Corte Suprema della California in *Ray v. Alad Corp.*, 560 P.2d 3 (Cal. 1977); *Savage Arms, Inc. v. Western Auto Supply Co.*, 18 P.3d 49 (Alaska 2001). In dottrina, v. L. CUPP Jr., *Redesigning Successor Liability*, 1999 *U.Ill.L.Rev.* 845; L. GREEN, *Successor Liability: The Superiority of Statutory Reform to Protect Products Liability Claimants*, 72 *Cornell L.Rev.* 17 (1986).

504L'osservazione è del giudice J. Traynor nella motivazione concorrente con la maggioranza del caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, cit., secondo il quale "*The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business*".

danneggiato sussiste a prescindere dalla prova della negligenza di costui, in virtù della garanzia implicita di sicurezza e commerciabilità tipica della vendita. Nella pratica degli affari quotidiani, tuttavia, molto spesso il compratore è un commerciante che non intende utilizzare il prodotto per il soddisfacimento delle sue necessità, ma acquista il prodotto per rivenderlo⁵⁰⁵. Per trasferire al consumatore le tutele che il sistema statunitense accorda al compratore, sono state adottate varie finzioni giuridiche. Una afferma che la garanzia circola con il bene; un'altra trova fondamento sul piano processuale, stabilendo che il potere di agire viene trasferito dal commerciante intermedio al consumatore; un'altra ancora indica nel consumatore il terzo beneficiario del contratto tra produttore e commerciante⁵⁰⁶.

Tutte queste prospettazioni rendono il produttore responsabile sulla base di una mera finzione di *negligence*. Tali finzioni non sono tuttavia necessarie se la garanzia del bene deriva dal contratto tra produttore e consumatore, poiché in tal caso ci troveremo di fronte ad una responsabilità oggettiva regolata dalla *law of torts*⁵⁰⁷.

Riguardo al beneficio che i terzi godano di una garanzia, espressa o tacita, è opportuno richiamare quanto disposto dall'UCC⁵⁰⁸. Nella formulazione del § 2-318, i redattori lasciano ai singoli Stati la facoltà di scegliere una delle tre soluzioni prospettate. Secondo tutte e tre le versioni, è legislativamente previsto che qualsiasi garanzia venga fornita dal venditore, essa è automaticamente estesa a certe classi di persone che potrebbero ragionevolmente aspettarsi di "usare, consumare o essere interessate dai beni". La versione A) del § 2-318 dell'UCC estende la garanzia a tutte le persone che si trovano nella famiglia, convivono, o sono ospiti del compratore, e che vengano danneggiate nella loro persona. La versione B) prevede l'estensione della

505La responsabilità oggettiva è stata estesa anche ai soggetti che non praticano l'attività commerciale in modo professionale, v. *Price v. Shell Oil Co.*, 466 P.2d 722 (Cal. 1970); *Kosters v. Seven-Up Cp.*, 595 F.2d 347 (6th Cir. 1979); *McKisson v. Sales Affiliates, Inc.*, 416 S.W.2d 787 (Tex. 1967); *Nath v. National Equipment Leasing Corp.*, 439 A.2d 633 (Pa. 1981); *Sprung v. MTR Ravensburg Inc.*, 788 N.E.2d 620 (N.Y. 2003).

506V. *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, cit.

507La decisione del caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, cit., era incentrata sulla diligenza che il produttore deve adottare nel processo produttivo. Gli elementi di fatto peculiari del caso non avevano reso necessario approfondire il concetto della garanzia verso i terzi. Questa tematica è stata invece al centro del caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, cit., nelle cui motivazioni si legge che il produttore è responsabile del danno causato dal prodotto, anche se non vi è stata negligenza, sposando quindi la teoria della responsabilità oggettiva. Cfr. anche *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 161 A.2d 69 (N.J. 1960); *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 377 P.2d 897 (Cal. 1963).

508L'UCC è particolarmente interessante al riguardo perché ha costituito il primo atto legislativo che ha superato il tradizionale requisito della *privity*.

garanzia a tutte le persone che vengano lese nella loro integrità fisica dall'oggetto, mentre la versione C) estende la garanzia a tutte le persone che vengano danneggiate dal bene⁵⁰⁹.

Un ulteriore elemento che pare essere ancora più decisivo nella ricostruzione del sistema di responsabilità del produttore è l'interesse giuridico protetto. Fino alla sentenza *MacPherson v. Buick*, veniva tutelato solo l'interesse delle parti a non subire alcun pregiudizio dall'esecuzione del contratto. In tale frangente, la responsabilità può sorgere in due casi: il primo si verifica quando il danneggiamento ha luogo durante l'esecuzione della prestazione, ipotesi statisticamente più ricorrente nei contratti ad esecuzione prolungata o periodica. Il secondo caso si può concretizzare se il bene scambiato col contratto è difettoso, ed il suo normale utilizzo determina un danno al contraente. In entrambi i casi, l'esistenza del contratto funge da presupposto imprescindibile per accordare il risarcimento del danno⁵¹⁰. È interessante notare che secondo questa prospettiva, perché possa riconoscersi una responsabilità in *tort*, è necessaria la presenza di un contratto.

Con la decisione del caso *MacPherson* la prospettiva cambia. Viene superato il dogma della *privity* e con esso si allarga il campo del risarcibile⁵¹¹. L'interesse tutelato diviene l'integrità fisica e patrimoniale del consumatore, la conservazione del suo *status quo* secondo il parametro della diligenza⁵¹².

509Attesa la sua importanza, pare opportuno riportare la formulazione letterale del § 2-318 UCC, secondo cui "*ALTERNATIVE A): A seller's warranty whether express or implied extends to any natural person who is in the family or household of his buyer or who is a guest in his home if it is reasonable to expect that such person may use, consume or be affected by the goods and who is injured in person by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this action. ALTERNATIVE B): A seller's warranty express or implied extends to any natural person who may reasonably be expected to use, consume or be affected by the goods and who is injured by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section. ALTERNATIVE C): A seller's warranty whether express or implied extends to any person who may reasonably be expected to use, consume or be affected by the goods and who is injured by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section with respect to injury to the person of an individual to whom the warranty extends.*".

La maggior parte degli Stati nel legiferare ha optato per la versione A), ma in alcuni di questi Stati la giurisprudenza si è considerata libera di espandere tale protezione, andando dunque verso un'applicazione pratica vicina alle più protettive ipotesi B) e C).

510Come si è già avuto modo di precisare, le ragioni a fondamento di tale impostazione sono da rinvenire nella *public policy*, ed in particolare nella necessità di limitare i danni risarcibili. Per la realizzazione di tale proposito di *public policy*, si è fatto ampio ricorso alla diligenza, utilizzando le teorie della prevedibilità (*foreseeability*) del danno e dei soggetti danneggiati che devono essere necessariamente le parti del contratto. Al di fuori della cerchia dei contraenti non viene riconosciuta alcuna responsabilità, neanche in *tort*.

511V. *infra*, cap II, pr. 4.

512La diligenza in questo caso opera sotto il doppio profilo dell'*an* e del *quantum*. Infatti, la

La tutela risarcitoria in *tort* protegge, oltre al consumatore ed a prescindere dal suo rapporto contrattuale diretto con il produttore, anche i soggetti che stando a stretto contatto con lui è verosimile che vengano danneggiati dal prodotto. I soggetti tutelati sono quelli identificati dalla dottrina della *special relationship* e della *proximity* di cui si è parlato precedentemente. Ancora, il produttore è responsabile quando il prodotto venga utilizzato da una persona diversa dal consumatore che inizialmente l'aveva acquistato, se il bene stesso si presta ad un utilizzo condiviso⁵¹³.

Tali spunti sono stati recepiti anche dall'American Law Institute, che con la promulgazione del § 402A del *Restatement (Second) of Torts* ha autorevolmente contribuito al consolidamento del nuovo approccio. Esso prevede alla section 1) che chi vende prodotti difettosi irragionevolmente pericolosi è responsabile per i danni fisici o patrimoniali causati al consumatore finale se professionalmente coinvolto nella vendita del prodotto, e se il bene perviene al consumatore senza sostanziali modifiche rispetto al momento in cui è avvenuta la vendita. La section 2) stabilisce che il venditore deve esercitare tutta la cura possibile nella preparazione e vendita del prodotto. Inoltre, il venditore è responsabile anche se il consumatore si è procurato il prodotto senza instaurare un rapporto contrattuale con il venditore.

Il misto di responsabilità *contract-tort* vigente nella applicazione giurisprudenziale della responsabilità del produttore trova riscontro nella definizione che il *Restatement (Second) of Torts* fornisce di "prodotto difettoso"⁵¹⁴. Ai sensi della section 402A, infatti, l'attore deve dimostrare che il prodotto che ha causato i danni era in "*defective condition unreasonably dangerous*"⁵¹⁵.

La statuizione emanata nel 1965 dal *Restatement (Second) of Torts* è stata successivamente ritenuta inadeguata a regolamentare compiutamente il fenomeno, ed è stata oggetto di revisione da parte del *Restatement (Third) of Torts* pubblicato nel 1998. La section 1 del § 402 prevede che il soggetto coinvolto per questioni professionali nella vendita o distribuzione di un prodotto difettoso è responsabile per i

responsabilità sussiste se il danno era prevedibile utilizzando l'ordinaria diligenza (previsionale), e per l'ammontare preventivamente quantificabile.

513 *MacPherson v. Buick Motor Co.*, cit., che enunciando testualmente che "*if to the element of danger there is added knowledge that the thing will be used by persons other than the purchaser, and used without new tests, then, irrespective of contract, the manufacturer of this thing of danger is under a duty to make it carefully*", mette in luce l'importanza della diligenza nel processo logico.

514 *V. Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, cit.

515 Il comment i) del *Restatement* definisce il requisito della difettosità del prodotto alla luce delle aspettative del consumatore, secondo l'approccio la tradizionale *contract law*.

danni alla persona o ai beni causati dal difetto. Tale formulazione pare essere più ampia poiché prescinde dalla prevedibilità del danno, e consegna definitivamente la responsabilità del produttore alla responsabilità oggettiva⁵¹⁶.

Il nuovo atteggiamento della *tort law* e degli interessi da essa risarciti sembra presentare delle analogie con le dinamiche degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano. In entrambi i casi si nota una espansione dell'area risarcibile, che nel sistema statunitense è garantita dalla fuga dalla rigidità propria della responsabilità contrattuale e della *privity doctrine* grazie alla diligenza. In Italia si perviene allo stesso effetto attraverso il procedimento inverso, ovvero allargando l'ambito di applicazione della responsabilità contrattuale anche ai casi in cui non esiste un accordo contrattuale. Questo fenomeno è ancora più evidente se si analizza la posizione del terzo, che viene risarcito a titolo contrattuale per la sua particolare prossimità con il contraente grazie alla teoria del contratto con effetti protettivi del terzo.

Le analogie tra la *tort law* e gli obblighi di protezione terminano qui, perché trapiantare integralmente la logica della prima negli obblighi di protezione porterebbe a risultati inaccettabili. Essi, infatti, se portati ad estreme conseguenze, darebbero la possibilità ai terzi in rapporto di *proximity* col dante causa di agire sempre a titolo contrattuale per i danni da prodotto difettoso. Tale soluzione non appare né auspicabile né concretizzabile perché pone il produttore in una posizione eccessivamente gravosa. Nei fatti, alla responsabilità oggettiva extracontrattuale si verrebbe a sostituire una generalizzata responsabilità contrattuale, certamente più gravosa a causa della prescrizione decennale in luogo di quella quinquennale. Il produttore si troverebbe ad essere esposto ad una responsabilità estremamente onerosa, che ne comprometterebbe inevitabilmente la produttività.

D'altro canto, la prospettiva di adottare il regime contrattuale o quello extracontrattuale in ragione della prevedibilità del danno che il prodotto può cagionare ad terzi comporta più problemi di quanti ne risolve. Infatti, accordare una

⁵¹⁶La section 2) del § 402 del *Restatement (Third) of Torts*, individua tre tipi di difetti del prodotto. Il primo difetto consiste nella scarsa attenzione e cura prestata nella preparazione e commercializzazione del prodotto. Il secondo è un difetto di progettazione (*design*) quando i rischi di danno prevedibili potrebbero essere ridotti o evitati con l'adozione di una progettazione diversa, o un diverso processo di commercializzazione all'interno della catena distributiva. Infine, il prodotto è difettoso se è corredato di inadeguate istruzioni o avvertenza che, se opportunamente fornite, avrebbero ragionevolmente scongiurato il danno.

tutela contrattuale ai soggetti che si possono ipotizzare in rapporto di particolare prossimità col contraente, significa richiedere un'indagine da svolgersi caso per caso circa i soggetti che prevedibilmente possono essere danneggiati e della natura dell'affare. È di tutta evidenza che un accertamento del genere rende eccessivamente incerto l'applicazione di un tipo di responsabilità piuttosto che l'altro, e proprio in un settore come quello della produzione dei beni. Tale incertezza sarebbe certamente dannosa per tutto il tessuto produttivo, che si troverebbe impossibilitato a fissare il prezzo della merce secondo il semplice calcolo dei costi e benefici. Deve pertanto escludersi in Italia l'applicabilità della teoria di *negligence* posta a fondamento della responsabilità da prodotto difettoso negli Stati Uniti nel senso illustrato, in luogo della più logica e funzionale responsabilità oggettiva extracontrattuale.

CAPITOLO IV

Il *Tortious breach of good faith and fair dealing* come categoria limite tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

SOMMARIO: 1. La violazione del dovere implicito di buona fede tra *Contract* e *Tort*. - 2. La teoria del “*Tortious breach of good faith and covenant of fair dealing*” nei contratti di assicurazione. - 3. La controversa espansione del “*Tortious breach of good faith and the covenant of fair dealing*”. - 4. Critiche alla teoria del “*Tortious breach of good faith and the covenant of fair dealing*”.

1 La violazione del dovere implicito di buona fede tra *Contract* e *Tort*

La rigida distinzione tra i sistemi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dimostra una volta di più la sua fragilità se si prendono in esame le obbligazioni contrattuali implicite (*implied terms*). Infatti, il contratto può essere inteso come un insieme di obbligazioni, oltre che accordo tra le parti⁵¹⁷. Esso non fa sorgere solo le obbligazioni esplicitamente menzionate dalle parti, ma anche quelle che le corti ritengono implicite nell'accordo. L'obbligazione implicita può essere desunta dalla lettera del testo contrattuale attraverso i criteri interpretativi ispirati alla buona fede e correttezza, costituendo così un obbligo implicito “*in contract*”. Vi è poi un altro genere di obblighi impliciti, detti “*fixed by the law*”, la cui fonte non è il contratto bensì la legge, che può assumere la forma della disposizione normativa o del precedente giurisprudenziale. Altre volte, invece, è la situazione di fatto a suggerire al giudice la necessità di individuare l'esistenza di una obbligazione, ricavata secondo i principi generali dell'ordinamento⁵¹⁸. Viene così a crearsi la dicotomia tra obblighi contrattuali “*implied-in-fact*”, che sono riconducibili alla volontà delle parti in senso

517C.L. KNAPP – N.M. CRYSTAL – H.G. PRINCE, *Problems in Contract Law, Cases and Materials*, Aspen-New York, 2007, p. 437.

518Nei casi in cui il contratto di agenzia non preveda nel dettaglio i risultati che un agente di commercio deve ottenere nell'ambito della sua attività promozionale, è stato statuito che il criterio di riferimento è quello del “massimo sforzo possibile” per far conseguire alla controparte l'utilità alla quale aspira. In particolare, attraverso una logica di efficienza, si può determinare quando il comportamento dell'agente è conforme alle pattuizioni contrattuali, ancorché implicite. V. l'opinione del giudice Cardoso in *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, New York Court of Appeals, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (1917); *Emerson Radio Corp. v. Orion Sales, Inc.*, 253 F.3d 159 (3rd Circ. 2001); *Magruder Quarry & Co., L.L.C. v. Briscoe*, 83 S.W. 3D 647 (Mo. Ct. App. 2002). Per una visione critica in dottrina, cfr. M.A. EISENBERG, *The Principle of Consideration*, 67 *Cornell L. Rev.* 640, 649-651 (1982).

lato, ed “*implied-in-law*”, imposti cioè dalle corti⁵¹⁹.

Tali obblighi impliciti trovano giustificazione nella correttezza (*fairness*) e nella efficienza economica (*economic efficiency*). Con il primo strumento la legge integra il contenuto contrattuale con disposizioni il cui contenuto è ispirato a quello che le parti avrebbero predisposto secondo correttezza, analogamente a quanto disposto nel nostro ordinamento agli artt. 1175 e 1375 c.c. Attraverso il criterio di efficienza economica, invece, si integra il contratto con le scelte che un contraente razionale avrebbe compiuto nella particolare situazione di fatto⁵²⁰.

L'approccio da tenere sugli obblighi contrattuali impliciti, detti anche *default rules*, è oggetto di un animato dibattito in dottrina. Una prima impostazione ritiene che debba effettuarsi un ragionamento ipotetico circa le decisioni che verosimilmente le parti avrebbero compiuto se avessero contrattato sul punto⁵²¹. Altri hanno osservato che gli obblighi impliciti riguardano soprattutto i contratti a lungo termine. Pertanto, è opportuno che le parti premettano a questo genere di contratti delle disposizioni *ad hoc* sulle *default rules*⁵²². Altri ancora hanno cercato di potenziare l'aspetto interpretativo della questione, ricercando possibili forme di tacito assenso agli obblighi impliciti⁵²³. Infine, non è mancato chi ha distinto le cause dell'incompletezza contrattuale. Alcuni contratti sono incompleti a causa dell'asimmetria informativa, che

519 Nella diversità tra obblighi “*implied-in-fact*” e “*implied-in-law*” pare potersi rinvenire qualche analogia con il rapporto tra interpretazione ed integrazione del contratto nel nostro ordinamento. Nel primo caso si attribuisce un determinato valore semantico ad una espressione che non è chiara nella sua formulazione letterale. In materia contrattuale questo può accadere in vari modi, tra i quali l'incompletezza nella redazione del testo contrattuale è quello che più interessa in questa sede. In casi analoghi, si interpreta in modo elastico il testo contrattuale, superando la rigidità del dogma formalista per lasciare che l'intenzione di obbligarsi espressa in modo inesatto, improprio o incompleto venga alla luce. Nel caso di obblighi “*implied-in-law*”, invece, la legge supplisce alla carenza di indicazioni delle parti integrando con disposizioni contenute nei testi normativi o nel *common law*.

520 Per un'analisi sui casi in cui sarebbe inefficiente per le parti contrattare in termini differenti da quelli fissati dalla legge, v. D. CHARNY, *Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation*, 89 *Mich. L. Rev.* 1815 (1991).

521 L. BERNSTEIN, *Social Norms and Default Rules Analysis*, 3 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 59, 62-63 (1993).

522 J. M. FEINMAN, *Relational Contract and Default Rules*, 3 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 43 (1993).

L'applicazione pratica di tale dottrina lascia delle perplessità circa il contenuto della “premissa” contrattuale, che dovrebbe indicare i termini impliciti da utilizzare nei contratti a lungo termine. La funzione delle *default rules*, infatti, è proprio quella di sopperire alla carenza di indicazioni delle parti, venendo integrate dalla legge. In questo senso l'idea che siano le parti stesse a redigere un preambolo sulle loro mancanze non pare risolvere il problema, se non fornendo un ulteriore elemento alla luce del quale interpretare il contratto.

523 R.E. BARNETT, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 *Va. L. Rev.* 821 (1992).

fomenta comportamenti opportunistici e strategici da parte del soggetto avvantaggiato. In questo caso, il compito delle corti è quello di creare delle misure che penalizzino i comportamenti opportunistici ed incentivino lo scambio di informazioni rilevanti nelle trattative⁵²⁴.

Premesse succintamente tali nozioni basilari per i fini che in questa sede maggiormente interessano, pare opportuno restringere ulteriormente il campo di indagine degli obblighi impliciti, perché quelli del *common law* appena illustrati non sembrano coincidere con la corrispondente categoria italiana. Infatti, nella categoria anglosassone viene ricompreso anche ciò che nel nostro sistema codicistico sono le disposizioni normative sul contratto, a loro volta divisibili in disposizioni imperative e derogabili, il cui approfondimento non è di immediata utilità per lo studio degli obblighi di protezione⁵²⁵. Il discorso è diverso se si considera una particolare categoria di obblighi impliciti, ovvero quelli di buona fede.

Sul piano normativo si osserva che il § 1-203 dell'*Uniform Commercial Code* (*UCC*) statuisce che ogni contratto racchiude in sé un implicito obbligo di buona fede nella sua esecuzione⁵²⁶. D'altro canto, il *Restatement (First) of Contracts* non conteneva alcuna determinazione al riguardo, mentre il § 205 del *Restatement (Second) of Contracts* riprende ed espande la disposizione dell'*UCC*, sancendo che in ogni contratto sussiste un obbligo di buona fede e correttezza (*duty of good faith and fair dealing*). Dunque, una volta stipulato il contratto incombe su ciascuna parte l'obbligo di adempiere la prestazione secondo buona fede. Stante l'esistenza dell'obbligo, rimane da definirne il contenuto.

524I. AYRES – R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economy Theory of Default Rules*, 99 *Yale L.J.* 87, 94 (1989).

525L'esempio può essere tratto dall'art. 2 del *Uniform Commercial Code* (*UCC*) che concerne la vendita di beni. In particolare si segnalano gli “*implied terms*” di cui ai §§ 2-308 (luogo della consegna), 2-310 (tempo del pagamento), 2-509 (rischio del perimento del bene), 2-513 (diritto del compratore di ispezionare la merce). A questi si sommano quelli obbligatori che vengono considerati inderogabili dalle stesse parti, come ad esempio nei §§ 2-309 (3); 2-719 (3); in termini più generali *UCC* § 1-102 nei Comments 2 e 3; Revised *UCC* § 1-302.

526Testualmente il paragrafo recita nel seguente modo: § 1-203 *Obligation of Good Faith – Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*. Nel commento ufficiale al paragrafo sono indicati come casi specifici applicativi del principio generale di buona fede i §§ 1-208 sul pagamento effettuato dal debitore prima della scadenza del termine; 2-508 sulla consegna imperfetta dei beni; 2-603 sulle operazioni di salvataggio della merce del compratore che abbia rifiutato i beni; 2-614 sulla sostituzione dell'adempimento; 2-615 sulla mancanza delle condizioni presupposte. A ciò si aggiunga che la definizione di buona fede contenuta nel Sales Article (Section 2-103), riguardante i contratti in cui una delle parti è un imprenditore, oltre alla “*honesty in fact*” prevede anche l'osservanza dei criteri di ragionevolezza della ordinaria pratica commerciale e correttezza nel commercio.

L'*UCC* originariamente forniva due definizioni di buona fede. Nel § 1-201 (19) essa era definita semplicemente come “onestà in fatto” (*honesty in fact*), suggerendo che ogni genere di attività fraudolenta fosse considerata e trattata come mala fede. La buona fede era menzionata anche nell'art. 2 del Codice, § 2-103 (1) (b), dove oltre all'onestà in fatto si richiamava anche la “osservanza di ragionevoli standard commerciali di correttezza nelle transazioni economiche” qualora almeno una delle parti fosse un imprenditore. La revisione degli artt. 1 e 2, ora § 1-201 (b) (20) e § 2-103 (j), adotta una definizione che combina gli elementi delle due previsioni originarie, statuendo che buona fede significa “onestà in fatto e osservanza di ragionevoli standard commerciali di correttezza nel commercio”.

Sulla scorta delle previsioni dell'*UCC*, in dottrina è stato sottolineato che il concetto di buona fede non può avere un contenuto unico ed univoco per tutte le circostanze. Infatti, essa è generalmente utilizzata come l'opposto comportamento che si dovrebbe tenere rispetto ad una eterogenea serie di condotte qualificate come “mala fede”. Insomma, la buona fede si può individuare *a contrario* dalla mala fede⁵²⁷. Dal suo canto, la giurisprudenza ha dichiarato che in ogni contratto c'è un obbligo implicito di buona fede e correttezza di non compiere azioni che possano danneggiare la persona del contraente o distruggere i suoi beni, in quanto ogni parte ha il diritto di ricevere i frutti del contratto⁵²⁸. L'idea che le parti debbano sforzarsi per far conseguire all'altra i frutti del contratto ha avuto un seguito anche in dottrina, che ha ritenuto di correlare a tale principio anche la perdita di eventuali ulteriori occasioni contrattuali per la realizzazione del proprio interesse⁵²⁹. Una posizione sostanzialmente analoga ha posto accanto a quest'ultima teoria la considerazione secondo la quale la buona fede è

527R. S. SUMMERS, “*Good Faith*” in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, 54 *Va. L. Rev.* 195 (1983), 202-203, il quale compie una elencazione di comportamenti qualificati come mala fede, fornendo il corrispondente esempio di buona fede nella circostanza. Ad esempio, al punto n. 5 descrive come comportamento in mala fede la consapevole mancanza di diligenza nel mitigare i danni della controparte, quando invece buona fede prescrive di agire secondo diligenza. Cfr. anche R. S. SUMMERS, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67 *Cornell L. Rev.* 810 (1982).

528Il precetto è stato statuito dalla New York Court of Appeals nel caso *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 188 N.E. 163, 167 (N.Y. 1933). Oggi è considerato un principio pacifico, come dimostrato con continuità dalla giurisprudenza nell'arco dei decenni. *Ex plurimis*, cfr. *Palisades Properties, Inc. v. Brunetti*, 44 N.J. 117, 130, 207 A.2d 522 (1965); *Sons of Thunder v. Borden, Inc.*, 148 N.J. 396, 420, 690 A.2d 575 (1997).

529S. J. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 *Harv. L. Rev.* 369 (1980); ID, *Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 67 *Iowa L. Rev.* 1 (1981); S.J. BURTON – E.G. ANDERSEN, *Contractual Good Faith*, Boston, 1995.

uno strumento utilizzato dalla legge contro i comportamenti opportunistici⁵³⁰.

Agli inizi degli anni '90 è stato messo messo in luce che il contratto vive una fase di neoformalismo che conferisce ai termini espliciti una priorità assoluta, rendendo gli obblighi di buona fede impliciti irrilevanti in molte situazioni. Questo punto di vista riprende l'orientamento giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un obbligo generale di buona fede, ma non gli concede ampia applicazione concreta⁵³¹. Questa tendenza ha avuto una importante puntualizzazione nell'art. 1 dell'*UCC*, ed in particolare ha introdotto una novità significativa nel commento al nuovo § 1-304. In esso si spiega che la mancata esecuzione secondo buona fede del contratto non dà luogo ad una indipendente causa di azione. Piuttosto, il mancato adempimento secondo buona fede di uno specifico obbligo od obbligazione contrattuale costituisce inadempimento del contratto stesso, oppure rende inammissibile, sotto particolari circostanze, l'esperibilità di un rimedio da parte del soggetto in mala fede. Questa distinzione rende chiaro che il principio di buona fede ha il solo scopo di indirizzare le corti ad interpretare i contratti alla luce del contesto commerciale nel quale sono stati creati ed eseguiti, e non di creare un separato obbligo di correttezza e ragionevolezza che può essere autonomamente violato. Insomma, la buona fede ha carattere soltanto interpretativo e non già integrativo, *rectius* costitutivo di nuovi obblighi contrattuali. Il rischio che si vuole evitare è che vengano create delle nuove obbligazioni ad opera di soggetti estranei alla contrattazione, come ad esempio il giudice. Sostenere il contrario significa sconfessare il principio della libertà contrattuale, e rimettere la determinazione del contenuto contrattuale ad un soggetto diverso da quello che ne subirà gli effetti giuridici. Per questa ragione si ritiene più opportuno rendere vincolanti solo le obbligazioni espressamente pattuite dalle parti, evitando di creare obbligazioni ulteriori a quelle contemplate nel contratto⁵³².

In virtù di tali considerazioni, pare opportuno indagare la *tort law*, e verificare se al suo interno si può rinvenire un principio generale o qualche obbligo particolare

530T. J. MURIS, *Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts*, 65 *Minn. L. Rev.* 521 (1981).

531M. P. VAN ALSTINE, *Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith*, 40 *Wm. & Mary L. Rev.* 1223 (1999). Criticamente si esprimono anche T. J. DOBBINS, *Losing Faith: Extracting the Implied Covenant of Good Faith from (Some) Contracts*, 84 *Or. L. Rev.* 227 (2005); H. DUBROFF, *The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic*, 80 *St. John's L. Rev.* 559 (2006); E. M. S. HOUH, *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?*, 2005 *Utah L. Rev.* 1 (2005).

532*Racine & Laramie, Ltd. v. Department of Parks & Recreation*, 11 *Cal. App. 4th* 342, 351-352 (1992) [6 *Cal. Rptr. 2D* 467, 826 P.2d 710].

la cui natura sia più vicina agli obblighi di protezione dell'ordinamento italiano di quanto non lo siano gli obblighi impliciti di buona fede contrattuale appena esaminati.

La più recente dottrina americana della *tort law* si è sviluppata attraverso lo studio della colpevolezza. L'impostazione tripartita adottata dal *Restatement of Torts* ne è una dimostrazione chiara. In esso, infatti, la responsabilità può essere attribuita solo su tre basi: 1) la volontà del danneggiante di interferire con gli interessi del danneggiato; 2) la colpa; 3) la responsabilità oggettiva, dove il danneggiante è ritenuto responsabile per il solo fatto di aver cagionato il danno, spesso per questioni di scelta di politica del diritto. Connessi con i vari criteri di imputazione del danno, vi sono le varie nozioni di *duty*⁵³³.

Si segnala anche la presenza di altri sforzi dottrinali volti ad una classificazione basata su principi diversi. In primo luogo pare opportuno ricordare le teorie di Guido Calabresi e della sua scuola, che hanno approfondito le conseguenze economiche della *tort law*, attraverso la distinzione tra distribuzione della ricchezza ed efficienza⁵³⁴.

Contemporaneamente, altra dottrina incentrava la sua attenzione sui costi di acquisizione delle informazioni e delle negoziazioni, teorizzando che non c'è differenza nell'allocazione delle risorse quale che sia la via seguita per determinare la responsabilità ad opera delle parti in un confronto tra costi ed esternalità⁵³⁵. A seguire, altri ancora affermano che la *negligence law* risponde per prima al criterio di efficienza⁵³⁶. Di contro, Epstein trova nella causalità la linea guida attraverso la quale spiegare la moderna teoria della responsabilità⁵³⁷. Infine, si registra chi ritiene che la fonte della responsabilità discenda dal potere di un determinato soggetto di influire sulla sfera giuridica di un altro soggetto, e per questo la sua indagine cerca di capire

533Vedi *infra*, cap. III, pr. 1

534G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970. Per delle elaborazioni successive, v. G. CALABRESI – J. HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, in 81 *Yale L.J.* 1055, 1972; G. CALABRESI – A.D. MELAMED, *Property rules, Liability Rules and Inalienability: One view on the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.*, 1089, 1972. Nelle sue opere, Calabresi propone un sistema binario comprendente una “deterrenza specifica” che enfatizza l'evitabilità di costi per mezzo di una regolamentazione positiva, e una “deterrenza generale” che consiste in un sistema che cerca di stabilire livelli ottimali di incidenti sulla base delle decisioni giurisprudenziali sulla responsabilità.

535R. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960).

536R. POSNER, *A Theory of Negligence*, 1 *J. Leg. Studies* 29 (1973); R. POSNER, *Strict Liability: a Comment*, 2 *J. Leg. Studies* 205 (1973).

537R. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, 2 *J. Leg. Studies* 151 (1973).

quali sono le dinamiche che dal controllo e dall'esercizio del potere generano i *duties*⁵³⁸.

All'interno di tali ricerche sul fondamento del *duty of care*, e quindi della responsabilità extracontrattuale, un interesse particolare è rivestito dall'obbligo di attivarsi a protezione della sfera giuridica altrui (*duty to act*). A differenza degli obblighi di protezione italiani, il *duty to act* non deriva necessariamente dal contratto, ma pare comunque assimilabile ad essi per via del suo contenuto. Infatti, esso consiste in uno specifico dovere di attivarsi a protezione degli altri, a condizione che questi si trovino in circostanze che non rendono loro possibile proteggersi da soli, e solo nell'evenienza in cui tra di loro intercorra un rapporto qualificato (*special relationship*) con essi⁵³⁹.

All'interno della categoria delle *special relationship* vengono ricomprese fattispecie quali il rapporto di amicizia⁵⁴⁰, di ospitalità occasionale presso la propria abitazione o imbarcazione⁵⁴¹, ed altre ancora che prescindono dall'esistenza del contratto⁵⁴². Considerato che pure tali rapporti, generalmente intesi come scarsamente vincolanti sul piano giuridico, sono idonei a far sorgere il *duty to act*, a maggior ragione si capisce come lo stesso effetto venga conseguito in costanza di un legame contrattuale. In questo contesto, l'affermazione secondo la quale l'inizio di un

538M. S. SHAPO, *The Duty to Act, Tort Law, Power, and Public Policy*, Austin-London, 1977, secondo il quale l'ordinamento riconosce il potere, nel senso di controllo attuale o potenziale, di un soggetto, pubblico o privato, sul destino di un altro, incluso il controllo esercitato attraverso il possesso di informazioni che dovrebbe influenzare l'allocazione delle responsabilità. L'impostazione è influenzata dalla complicata questione dell'elemento soggettivo nel *tort*, dal momento che dolo, colpa e responsabilità oggettiva non sono compartimenti stagni. Tuttavia, prima di analizzare quando la legge richiede ai soggetti in possesso del potere di usare le loro abilità ed energie, bisogna indicare prima la serie di controllo, affidamento ed incertezza verso il quale il potere si applica. In taluni casi le circostanze impongono una sostanziale obbligazione nel prendersi cura dell'altro, come nel caso del contratto di assicurazione di un soggetto leso nella sua persona. Il contratto è stato stipulato per il solo scopo che l'assicurazione eserciti il suo potere con riguardo particolare all'interesse dell'altro.

539Il *Restatement (Second) of Torts*, § 314A (1965) prevede che la particolare relazione che lega tra di loro i soggetti, e che fa sorgere l'obbligo di attivarsi per preservare l'altra parte da possibili danni, è identificata in rapporti tipici quali il contratto di trasporto e di albergo, il possesso di un terreno accessibile al pubblico o comunque qualsiasi altra situazione nella quale alcuni siano affidati alla custodia di altri si da essere privati della reale possibilità di proteggersi da sé. Così si esprime la giurisprudenza nei casi *Delgado v. Lohmar*, 289 N.W.2d 479, 483 (Minn.1979). Fondamentale è anche la decisione del 1993 della Corte Suprema del Minnesota, *Harper v. Herman*, 499 N.W.2d 472.

540*Farwell v. Keaton*, 396 Mich. 281, 240 N.W.2d 217.

541*Harper v. Herman*, cit.

542Per una panoramica più ampia, v. R. EPSTEIN, *A theory of Strict Liability*, cit., pp. 197-198; J. M. AMES, *Law and Morals*, 22 *Harv. L. Rev.* 97 (1908).

adempimento fa sorgere senza alcun dubbio un *duty of care*, assume un significato ancora più pregnante sotto l'ottica degli obblighi di protezione⁵⁴³. Basta infatti che vi sia un principio di esecuzione contrattuale per far sorgere l'obbligo protettivo nei confronti delle parti, ed in particolare a conforto del soggetto più debole ed esposto al rischio dannoso. La *tort law* implementa così il regolamento contrattuale, facendo sorgere il dovere di attivarsi a protezione della persona o dei beni dell'altra parte, che a ben guardare è lo stesso comportamento richiesto dagli obblighi di protezione.

2. La teoria del *tortious breach of contract* nei contratti di assicurazione

Come già detto, il presente lavoro si propone di studiare il problema della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Allo scopo sono stati utilizzati gli obblighi di protezione nel sistema giuridico italiano, categoria che ancora non ha trovato una sua precisa collocazione nell'uno o nell'altro sistema di responsabilità. Per comprendere meglio il fenomeno nostrano, si è ritenuto utile svolgere una comparazione con altri ordinamenti diversi dal nostro per tradizione ed impostazione culturale, allo scopo di verificare come essi tutelano le situazioni che generano gli obblighi di protezione. Al riguardo si è individuato il *common law* statunitense, che operando una distinzione netta tra *contract* e *tort*, potrebbe aiutare a capire quale dei due settori è il più idoneo a disciplinare gli interessi ad oggetto.

Nell'analisi dell'ordinamento statunitense, si è individuata nella categoria del *tortious breach of contract* una figura di sicuro interesse, poiché anche essa, come i nostri obblighi di protezione, si pone nella zona di confine tra contratto ed illecito civile. La sua natura ibrida ha suscitato un vivace dibattito circa il modo di regolamentarla, e da tale dibattito potrebbero trarsi degli spunti critici utili per osservare il problema italiano da un diverso angolo prospettico.

A dimostrazione dell'interesse della categoria del *tortious breach of contract*, per i fini che qui maggiormente interessano, basti dire che essa si verifica quando un unico comportamento costituisce contemporaneamente inadempimento contrattuale ed illecito civile. Il problema consiste nell'identificare il regime di responsabilità al

543L'espressione è tratta da *Farwell v. Keaton*, cit., che letteralmente recita “*Where a performance clearly has begun, there is no doubt that there is a duty of care*”.

quale assoggettare tale condotta, ed in particolare se accordare la tutela in *contract* o in *tort*.

I presupposti teorici del *tortious breach of contract* sono una peculiarità esclusiva del sistema di *common law* statunitense, ed estranei all'ordinamento italiano. Pertanto, pare opportuno illustrare brevemente quale sia il retroterra culturale e giuridico nel quale la nuova fattispecie si innesta.

Il ragionamento svolto dalle Corti americane per il riconoscimento di tale fattispecie affonda le radici su una riflessione di ampio spettro, che si basa sull'esistenza della sproporzione economica e giuridica nella contrattazione tra soggetti forti e soggetti deboli, tra i produttori di beni o servizi ed i loro usufruttori. In tale contesto, la posizione del soggetto forte, come ad esempio grosse società di capitali multinazionali, banche o assicurazioni, non può essere considerata alla stessa stregua di qualsiasi altro privato, perché deve essere considerata anche il loro ruolo all'interno della società. Lo *status* “ultra-privatistico” e “quasi –pubblicistico” degli operatori forti nel mercato deriva dalla peculiare attività materiale che essi pongono in essere, e dal fatto che i beni o i servizi prodotti siano considerati indispensabili nella società e come tali di interesse pubblico⁵⁴⁴.

All'interno di tale contesto, la giurisprudenza americana si è sentita “costretta” a svolgere il ruolo di riequilibratrice di contratti che siano il frutto di sproporzione economica e contrattuale tra le parti⁵⁴⁵. Tra i vari contratti standardizzati, quello che offre più spunti critici è il contratto di assicurazione. La produzione standardizzata di beni e servizi ha generato la proliferazione della contrattazione standardizzata e della relativa responsabilità del produttore, che ha conseguentemente provocato un incremento delle assicurazioni contro tali ipotesi di danno. L'esplosione della grande produzione di massa è stata accompagnata da una simmetrica crescita del sistema assicurativo, che a sua volta si avvale di contrattazioni altrettanto spersonalizzate e

544M. O. TOBRINER, *Retrospect: Ten Years on The California Supreme Court*, 20 *U.C.L.A. L. Rev.* (1972), p. 6 chiarisce che l'utilizzo della locuzione “*status obligations*” non vuole riferirsi ad una serie di diritti e obblighi intesi staticamente, quanto piuttosto al ruolo sociale ed alla funzione dei singoli operatori.

545L'espressione “*forced*” è stata utilizzata da M.O. Tobriner, *Associate Justice* della Corte Suprema della California, secondo il quale la giurisprudenza americana è stata “costretta” ad interventi correttivi per porre rimedio alla situazione di squilibrio esistente e riportare la società verso un più equo e bilanciato ordine del mercato. Per maggiori approfondimenti, si rinvia allo stesso M. O. TOBRINER, *Retrospect: Ten Years on The California Supreme Court*, *cit.*, p. 5. Nella giurisprudenza, v. *Vesely v. Sager*, 5 Cal. 3d 153, 486 P.2d 151, 95 Cal. Rptr. 623 (1971).

seriali. Pertanto, la sua capillare diffusione, le peculiari caratteristiche intrinseche e la sua funzione sociale hanno fatto sostenere che ci si trova di fronte ad un contratto dove l'assicurato può solo aderire allo standard proposto dall'assicuratore, il quale ha il completo ed esclusivo controllo del prodotto, della sua politica distributiva e dei relativi costi, senza che l'assicurato possa interagire in alcun modo⁵⁴⁶.

L'ordinamento ha reagito allo squilibrio contrattuale generato dalla produzione di massa richiedendo come livello minimo di protezione che il prodotto funzioni correttamente così come il consumatore si aspetterebbe. Una siffatta responsabilità è totalmente slegata dalle pattuizioni contrattuali ed è imposta dalla legge. L'impossibilità del produttore di sottrarsi alla responsabilità per prodotti difettosi ha dato luogo a due ipotesi circa la natura di tale responsabilità. Una prevede la sussistenza di una "implicita garanzia contrattuale", l'altra di una "*strict liability* extracontrattuale", ed è proprio quest'ultima che si è imposta nella dottrina e giurisprudenza maggioritarie⁵⁴⁷.

Sulla base della simmetria tra produzione e assicurazione di massa sopra evocata, e delle aspettative del consumatore circa il corretto funzionamento dei beni acquistati, quest'ultimo si attende che il contratto assicurativo copra i danni dedotti in contratto, anche se la sua formulazione testuale non li prevede espressamente o chiaramente⁵⁴⁸. Nella fattispecie particolare, il superamento della logica per la quale il contratto vincola le parti soltanto a quanto vi è espressamente contenuto è dovuta al

546M.O. TOBRINER, *Retrospect: Ten Years on The California Supreme Court*, cit., p. 7.

547Il Giudice Traynor nel caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, in 59 Cal. 2d 57, 63, 377 P.2d 897, 901, 27 Cal. Rptr. 697, 701 (1963), ha espresso il proprio convincimento in base al quale sarebbe il modello di *strict liability* ad essersi imposto nella dottrina e giurisprudenza maggioritarie. Al riguardo, v. anche *infra*, cap. III, pr. 5.

548Il noto principio per il quale una clausola scritta in modo equivoco deve essere interpretata in favore del consumatore e *contra proferentem* è stato applicato alle polizze assicurative, dove si è estesa la copertura anche in casi non specificamente menzionati nel contratto di assicurazione: v. *Steven v. Fidelity & Casualty Co.*, in 58 Cal. 2d 862, 377 P.2d 284, 27 Cal. Rptr. 172 (1962), dove un passeggero aereo aveva stipulato un contratto standardizzato per danni che fossero occorsi durante il viaggio, restando poi ucciso in occasione di un volo privato. L'assicurazione sosteneva di non dover corrispondere il premio perché il passeggero non si era avvalso di servizi aerei di linea che erano gli unici ricompresi nel contratto di assicurazione. Il Giudice ha rilevato che il contratto non era scritto chiaramente, ed ha esteso la copertura assicurativa anche a questo caso. Nello stesso senso si esprime anche *Gray v. Zurich Insurance Co.*, in 65 Cal. 2d 263, 419 P.2d 168, 54 Cal. Rptr. 104 (1966), dove l'assicurato era stato ferito a seguito di una rissa. In tal caso l'assicurazione si rifiutava di pagare il premio poiché nel contratto era detto che le "lesioni volontariamente auto-inflitte" non sarebbero state coperte. Il Tribunale ha sottolineato che il concetto di autolesionismo contenuto nel contratto non poteva essere ragionevolmente esteso anche al caso di specie. Il caso è stato oggetto di accurata analisi dottrinale, in F. KESSLER, *Contracts of Adhesion*, 43 *Colum. L. Rev.* 629, 637 (1943).

carattere “quasi-pubblicistico” delle assicurazioni. Le speciali obbligazioni di pubblica utilità sono sorte dall'imposizione della responsabilità derivante dall'attività di imprese toccate dal pubblico interesse.

Il mondo assicurativo è regolamentato a livello governativo perché riguarda un interesse pubblico ed offre servizi di natura quasi pubblica⁵⁴⁹. Un assicuratore instaura con il suo assicurato una *special relationship*, e su di lui gravano degli obblighi legali di tutela dell'assicurato. L'ambito di applicazione di tale *special relationship* e dei suddetti obblighi è correlato alla gravità del divario economico e di contrattazione tra assicuratore ed assicurato. Maggiore è lo stato di soggezione del contraente debole, più intensamente verranno considerati la *special relationship* e gli obblighi legali.

Lo squilibrio tra le due posizioni è particolarmente evidente nel caso delle polizze sanitarie, ambito nel quale si registrano gli esempi più estremi dell'approfittamento della propria posizione di forza da parte delle assicurazioni che giustifica il ricorso alla dottrina del *tortious breach of contract*. In questo genere di contratti, il rischio assicurato presuppone che “se” e “quando” una richiesta di risarcimento danni viene formulata, l'assicurato si trova nella particolare condizione di debolezza caratterizzata dalla disabilità fisica e dalle relative difficoltà finanziarie che ne derivano, come ad esempio la perdita del posto di lavoro e simili. Lo stato di estrema vulnerabilità dell'assicurato lo espone a tattiche oppressive da parte del soggetto economicamente più forte, che rifiutandosi di pagare il premio può dar luogo ad una situazione di estrema ingiustizia⁵⁵⁰.

Dal suo canto, l'assicurazione deve, nei limiti delle sue possibilità, accertarsi della veridicità delle informazioni che l'assicurato gli fornisce al momento della conclusione del contratto. Nel particolare caso dell'assicurazione sulla salute, essa dovrebbe svolgere delle indagini circa le reali condizioni di salute dell'assicurato. Mancando questa attività preliminare, l'assicuratore non può successivamente addurre di non essere stato portato a conoscenza di tali informazioni per negare o limitare il risarcimento del danno dovuto. La sua attività economica gli impone di calcolare in

549Il carattere pubblicistico dell'industria assicurativa è stato enfatizzato dalla natura e dalle responsabilità che essa riveste all'interno della società, cfr. *Gruenberg v. Aetna Insurance Co.*, 9 Cal. 3d at 575, 510 P.2d at 1036, 108 Cal. Rptr. At 486.

550Interessanti considerazioni sulla diffusione del *tortious breach of contract* nei contratti di assicurazione si ritrovano in *Egan v. Mutual of Omaha Insurance Co.*, Supreme Court of California, In Bank 24 Cal.3d 809, 169 Cal.Rptr. 691, 620 P.2d 141 (1979).

concreto il rischio che sta assicurando svolgendo tutti gli accertamenti del caso⁵⁵¹.

Sulla scorta di tale ragionamento, è stata sanzionata la violazione della ragionevole aspettativa di essere tutelati che gli assicurati ripongono in capo all'assicurazione. Il *leading case* che ha per primo applicato la teoria del *tortious breach of contract* è stato deciso dalla *Supreme Court* della California⁵⁵². Nella fattispecie, una assicurazione non solo si era ingiustamente rifiutata di pagare il risarcimento del danno causato dal suo assicurato, ma aveva anche rifiutato di stipulare con lo stesso una transazione entro i limiti della polizza assicurativa nonostante sapesse che addivenendo ad una sentenza sarebbe stata condannata oltre il massimale. Nel rifiutare illecitamente la copertura per il pagamento del danno, l'assicurazione non ha considerato l'interesse dell'assicurato ad avere una transazione che circoscrivesse il limite del risarcimento entro il massimale della polizza.

Tale responsabilità è il naturale portato della regola per la quale c'è una implicita obbligazione di buona fede e correttezza in ogni contratto, tale per cui nessuna delle parti deve compiere alcuna azione che violi il diritto dell'altro di ricevere i benefici dell'accordo⁵⁵³. Nei contratti assicurativi è statuito che i diritti

551Per questo motivo la giurisprudenza non ha esonerato dalla responsabilità un'assicurazione per circolazione stradale il cui assicurato aveva mentito in ordine a precedenti revoche della patente di guida, cfr. *Barrera v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company*, 71 Cal. 2d 659, 456 P.2d 674, 79 Cal. Rptr. 106 (1969).

552*Comunale v. Traders & General Insurance Company*, 50 Cal. 2D 654; 328 P.2d 198. Nei fatti gli attori, i coniugi Comunale, erano stati investiti da un tale, Mr. Sloan. Quest'ultimo si era rivolto alla compagnia assicuratrice, la Traders and General Insurance Company, affinché pagasse il risarcimento del danno ai Comunale. L'assicurazione rispose dicendo che il danno in oggetto non era coperto dalla polizza perché stava guidando un veicolo che non era di sua proprietà. Così, quando i Comunale promossero la causa di risarcimento del danno, la Traders si rifiutò di resistere in giudizio, e l'assicurato si dovette rivolgere personalmente ad un avvocato che lo difendesse nella controversia. Alla seconda udienza del processo, Sloan informò la Traders che i Comunale avrebbero transato la causa dietro il compenso di 4.000 \$, ma lui non aveva sufficiente denaro per soddisfare la loro pretesa, e che era altamente probabile che la giuria avrebbe emesso un verdetto che avrebbe obbligato il pagamento di una cifra di denaro superiore al massimale della polizza. Nonostante la Traders fosse obbligata a risarcire ogni danno alla persona coperti dalla polizza, ma aveva il diritto di concludere un accordo del genere se fosse stato conveniente. Sloan chiese ancora una volta alla Traders di assumere la difesa del caso, ma essa rifiutò. La sentenza condannò il danneggiante al risarcire al signor Comunale 25.000 \$, e alla signora Comunale 1.250 \$. Sloan non pagò il risarcimento del danno perché non era economicamente in grado di far fronte all'obbligazione risarcitoria, ed i signori Comunale agirono nei confronti dell'assicurazione grazie ad una clausola del contratto che permetteva al danneggiato di rivalersi nei confronti dell'assicurazione nel caso in cui l'assicurato fosse stato dichiarato responsabile. Il signor Comunale vinse anche questo processo ottenendo un risarcimento del danno di 10.000 \$, ovvero la somma del massimale della polizza, e 1.250 \$ per la moglie. Raggiunto tale verdetto, egli intentò un'altra causa direttamente contro la Traders per vedersi corrisposto l'ammontare eccedente la polizza assicurativa, ovvero i restanti 15.000 \$.

553La norma proviene direttamente dal *Restatement (Second) of Contracts*, che al § 205, rubricato *Duty of Good Faith And Fair Dealing*, sancisce che “Every contract imposes upon each party a

dell'assicurato vanno oltre la mera superficie formale della lettera contrattuale predisposta dall'assicurazione, e che pertanto il contenuto del contratto deve essere integrato con le obbligazioni implicite di buona fede e correttezza ricavabili dalla natura dell'accordo⁵⁵⁴.

È fatto notorio che in un'ampia percentuale di richieste di risarcimento danni rivolte alle assicurazioni si perviene ad una soluzione stragiudiziale, e che questo è uno dei metodi usuali coi quali l'assicurato riceve protezione⁵⁵⁵. In virtù di questa prassi, l'obbligo implicito di buona fede e correttezza richiede all'assicuratore di accordarsi col danneggiato in un elevato numero di casi nonostante i termini letterali della polizza non gli impongano un obbligo del genere. L'assicuratore, nel decidere se una richiesta risarcitoria debba essere soddisfatta, deve obbligatoriamente prendere in considerazione l'interesse dell'assicurato e concedergli almeno la stessa considerazione che farebbe coi suoi interessi⁵⁵⁶. Quando c'è un elevato rischio che il risarcimento del danno ecceda il massimale assicurato, il modo più ragionevole di soddisfare la richiesta risarcitoria è quello di accordarsi per una somma entro i limiti del massimale. Il diniego di assecondare tale richiesta costituisce una violazione dell'obbligo implicito di buona fede e correttezza⁵⁵⁷.

In tale contesto, c'è una importante differenza tra la responsabilità di un assicuratore che esegue la sua prestazione e quella dell'assicuratore che viola il contratto. I limiti fissati dal massimale della polizza assicurativa restringono solo la quantità di denaro che l'assicuratore deve corrispondere nell'esecuzione del contratto per risarcire il danno alla persona del terzo che l'assicurato ha cagionato. Essi non limitano i danni che l'assicurato può domandare in caso di inadempimento del contratto dell'assicuratore.

duty of good faith and fair dealing, in its performance and its enforcement". In giurisprudenza, per tutti v. *Brown v. Superior Court*, 34 Cal.2d 559, 564 (212 P.2d 878).

554 *Hilker v. Western Automobile Ins. Co.*, 204 Wis. 1 (231 N.W. 257, 258).

555 *Douglas v. United States Fidelity & Guaranty Co.*, 81 N.H. 371 [127 A. 708, 712]; *Hilker v. Western Automobile Ins. Co.*, cit.

556 *Ivy v. Pacific Automobile Ins. Co.*, 156 Cal.App.2d 652, 659 [320 P.2d 140].

557 Le corti hanno più volte ribadito che il tortious breach of contract non deriva dal semplice inadempimento contrattuale, ma richiede che ad esso avvenga contro le regole di buona fede e correttezza, v. *California State Automobile Association Inter-Insurance Bureau*, 15 Cal.3d 9, 17-18, 123 Cal.Rptr. 288, 538 P.2d 744 (1975); *Gray v. Zurich Insurance Company*, 65 Cal.2d 263, 280, 54 Cal.Rptr. 104, 419 P.2d 168 (1966); *Comunale v. Traders & General Insurance Company*, 50 Cal.2d 654, 659, 328 P.2d 198 (1958); *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Allstate Insurance Company*, 9 Cal.App.3d 508, 529, 88 Cal.Rptr. 246 (1970); *San José Production Credit Association v. Old Republic Life Insurance*, 723 F.2d 700.

In virtù di questi elementi, il fattore decisivo nel determinare la sussistenza del *tortious breach of contract*, e con esso l'estensione della responsabilità dell'assicuratore oltre i limiti della polizza, non è il rifiuto di difendere l'assicurato, ma il rifiuto di accettare un'offerta di transazione ragionevole entro i limiti del massimale⁵⁵⁸. Infatti, quando non c'è nessuna possibilità di addivenire ad un accordo sulla richiesta di risarcimento inoltrata dal danneggiato, e l'unica attività dell'assicuratore consiste nel rifiuto di pagare la richiesta non negoziabile, la responsabilità dell'assicuratore è generalmente limitata a quanto stabilito dalla polizza⁵⁵⁹. Infatti, il rifiuto di pagare dell'assicurazione non mette l'assicurato in una posizione più svantaggiosa di quella che lo stesso otterrebbe rivolgendosi ad un legale. Infatti, se egli si rivolge personalmente ad un avvocato, questi lo difenderà nel giudizio allo stesso modo in cui lo avrebbe difeso l'assicuratore⁵⁶⁰. Non ci sono ragioni per ritenere che l'intervento dell'assicurazione avrebbe prodotto una condanna a pagare una minor somma di denaro. Di conseguenza, l'assicurato non soffre alcun detrimento perché il mancato intervento dell'assicurazione non incide sull'entità del risarcimento da corrispondere⁵⁶¹.

La questione è diversa nel caso in cui l'assicuratore illecitamente (*wrongfully*) rifiuti di accettare un accordo ragionevole col danneggiato entro i limiti della polizza. La teoria del *tortious breach of contract* ha superato l'orientamento secondo il quale l'assicuratore non risponde oltre il massimale nel caso in cui si rifiuti

⁵⁵⁸*Samson v. Transamerica Ins. Co.*, 30 Cal.3d 220, 237, 178 Cal.Rptr. 343, 636 P.2d 32 (1981); *Murphy v. Allstate Insurance Company*, 17 Cal.3d 937, 941, 132 Cal.Rptr. 424, 553 P.2d 584 (1976).

⁵⁵⁹L'assicurazione è responsabile solo se abbia pregiudicato una ragionevole soluzione transativa, secondo la massima per la quale "*Where there is no risk to the insured there is no duty to settle*", v. *Scheuch v. Western World Insurance Company*, 82 Cal.App.3d 31, 37, 145 Cal.Rptr. 294 (1978); *Shapero v. Allstate Insurance Company*, 14 Cal.App.3d 433, 438, 92 Cal.Rptr. 244 (1971); *Mannheimer Bros. v. Kansas Casualty & Surety Co.*, 149 Minn. 482 (184 N.W. 189, 191).

La Corte Suprema della California non ha invece preso una posizione chiara sulla condanna alle spese legali in caso di comportamento in mala fede dell'assicurazione, cfr. *Austero v. Washington National Insurance Company*, 132 Cal.App.3d 408, 182 Cal.Rptr. 919 (1982); *Twentieth Century-Fox Film Corporation v. Harbor Insurance Company*, 85 Cal.App.3d 105, 149 Cal.Rptr. 313 (1978); *Mustachio v. Ohio Farmers Insurance Company*, 44 Cal.App.3d 358, 118 Cal.Rptr. 581 (1975); *Dinkins v. American National Insurance Company*, 92 Cal.App.3d 222, 154 Cal.Rptr. 775 (1979).

⁵⁶⁰I termini della questione sono diversi nel caso in cui l'assicurazione assuma il controllo delle trattative e della difesa processuale dell'assicurato, e lo faccia rifiutando in mala fede un accordo con il danneggiato. In tale caso, essa sarà responsabile per l'intero ammontare della condanna, anche se questa eccede il massimale stabilito dalla polizza. In questo senso, v. *Brown v. Guarantee Ins. Co.*, 155 Cal.App.2d 679, 682 (319 P.2d 69); *Ivy v. Pacific Automobile Ins. Co.*, 156 Cal.App.2d 652, 659 (320 P.2d 140).

⁵⁶¹*Lane v. Storke*, 10 Cal.App. 347, 350 (101 P. 937).

ingiustificatamente di comporre la controversia⁵⁶². Quando un assicuratore oppone un rifiuto del genere, lo fa a suo rischio e pericolo. Se il diniego di addivenire ad una transazione è illecito, egli è responsabile per l'intero ammontare del danno e deve compensare l'assicurato per tutto il pregiudizio sofferto a causa della violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza implicita nel contratto. La *ratio* di tale impostazione trova fondamento nella ingiustizia che si verrebbe a determinare se l'assicurazione potesse rigettare illecitamente una proposta di risarcimento ragionevole entro i limiti fissati dal contratto assicurativo, senza che questo la ponga in una condizione peggiore di quella che ricoprirebbe se si comportasse correttamente. Insomma, all'assicuratore non dovrebbe essere permesso di trarre vantaggio dai suoi stessi comportamenti illeciti⁵⁶³.

Il fondamento giuridico di tale politica risiede negli obblighi impliciti del contratto. Essi vengono resi parte integrante del contratto dalla legge stessa, anche se in realtà non sono espressamente previsti dalla lettera del contratto⁵⁶⁴. Perché possa compiersi tale operazione logica, è necessario che la loro presenza sia desumibile dalla interpretazione in buona fede dell'insieme degli accordi già scritti intercorrenti tra le parti⁵⁶⁵.

Una volta accertato che l'ingiusto rifiuto dell'assicurazione di accettare una ragionevole proposta transattiva configura un illecito, ci si trova di fronte ad una condotta che riguarda sia il *contract* che il *tort*⁵⁶⁶. L'assicurato ha la facoltà di scegliere se tutelare i suoi interessi sperando i rimedi contrattuali (in *contract*) oppure extracontrattuali (in *tort*)⁵⁶⁷. In particolare, questa regola opera quando l'inadempimento illecito produce solo dei danni di natura economica⁵⁶⁸. Questa regola subisce una eccezione quando il danno riguarda l'integrità psico-fisica delle persone,

562La giurisprudenza precedente si era espressa in questi termini in *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Skaggs*, 251 F.2d 356, 359; *Fidelity & Casualty Co. of New York v. Gault*, 196 F.2d 329, 330.

563 *Comunale v. Traders & General Insurance Company*, cit.

564 *O'Brien v. King*, 174 Cal. 769, 774-775 (164 P. 631); *Tanzola v. De Rita*, 45 Cal.2d 1, 9 (285 P.2d 897); *Gardner v. Basich Bros. Construction Co.*, 44 Cal.2d 191, 194 (281 P.2d 521); *Lawrence Barker, Inc. v. Briggs*, 39 Cal.2d 654, 661 (248 P.2d 897); *Scrivner v. Woodward*, 139 Cal. 314, 316 (73 P. 863).

565 *Thomas v. Pacific Beach Co.*, 115 Cal. 136 (46 P. 899); *Sunset Pac. Oil Co. v. Los Angeles etc. R. Co.*, 110 Cal.App. Supp. 773 (290 P. 434).

566 KEETON, *Liability Insurance and Responsibility for Settlement*, 67 *Harv. L. Rev.* 1136, 1138.

567 *Eads v. Marks*, 39 Cal.2d 807, 811 (249 P.2d 257).

568 *County of Santa Clara v. Hayes Co.*, 43 Cal.2d 615, 619 (275 P.2d 456); *Jones v. Kelly*, 208 Cal. 251, 255 (280 P. 942).

poiché in tal caso prevale l'azione extracontrattuale⁵⁶⁹.

La facoltà del danneggiato di scegliere il rimedio da esperire secondo la sua convenienza, è un elemento estraneo all'ordinamento italiano e proprio per questo di grande interesse comparatistico. Nel nostro ordinamento il tipo di responsabilità per la quale si è responsabili dipende dalla fonte dell'obbligazione: se si viola un contratto si risponderà ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c., se invece si commette un fatto illecito si sarà assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 2043 ss. c.c. La scelta statunitense di far prevalere i rimedi extracontrattuali in caso di danno alla salute si spiega con l'importanza del bene leso, e quindi con la necessità di accordargli una protezione più intensa. Generalmente, l'ordinamento statunitense offre maggiori tutele con l'azione in *tort* perché con essa si possono domandare anche il risarcimento del danno morale e la comminazione di danni punitivi, istanze improponibili se si agisce in *contract*.

D'altro canto, anche in caso di inadempimento doloso di una obbligazione non derivante da contratto è previsto un regime particolare. L'art. 3294 del *Civil Code* della California, ad esempio, dispone che in casi del genere, oltre all'ordinaria azione per il risarcimento dei danni effettivamente subiti, è concessa un'ulteriore azione di risarcimento del danno di natura punitiva contro il contraente che agisce abusando maliziosamente della sua posizione di supremazia contrattuale⁵⁷⁰. La *ratio* dell'articolo

569Huysman v. Kirsch, 6 Cal.2d 302, 306 (57 P.2d 908); Krebenios v. Lindauer, 175 Cal. 431 (166 P. 17).

570Il testo originale dell'art. 3294 del Civil Code recita così: “*In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, express or implied, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant*”.

Il dichiarato intento di corrispondere un risarcimento del danno per punire la condotta di chi violi le obbligazioni non derivanti dal contratto non solo è estraneo al nostro ordinamento, ma è addirittura rigettato in virtù della funzione re-integratrice del nostro sistema aquiliano. È altresì pacifica l'irricoscibilità in Italia di sentenze straniere che accordino danni punitivi. In dottrina v. E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3, 2007, pp. 383-406; S. CORONGIU, *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *Int'l List*, 2004, 89 ss.; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. Priv.*, 1999, pp. 493 ss.; C. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Nuovi problemi di dir. proc. civ. internaz.*, Milano, 2002. In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, III, 2007, 777 ss., dove viene sancito che, nell'ordinamento italiano, l'estraneità al risarcimento del danno della finalità punitiva è sanzionatoria determina la contrarietà all'ordine pubblico dell'istituto dei *punitive damages* e giustifica il diniego di riconoscimento del provvedimento straniero; Cass. civ. sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183 con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. Giur.*, IV, 2007, 498; App. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2002, 1021, con nota di CRESPI, REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a Punitive Damages*, 977 ss.; vedi anche

risiede nello scoraggiare politiche aziendali che perpetrino atti ritenuti socialmente inaccettabili attraverso dei risarcimenti “esemplari”⁵⁷¹. Sul piano della tutela, la circostanza che l'obbligazione implicita derivi solo mediamente dal contratto scritto comporta che il suo termine prescrizione è di due anni, in luogo del termine quadriennale che attende ai rimedi tipici in *contract*⁵⁷².

Riepilogando in estrema sintesi la dottrina del *tortious breach of contract* elaborata con il caso Comunale, si può affermare che l'assicurazione che rifiuta ingiustamente di chiudere una transazione entro il valore del massimale fissato nella polizza, risponde dell'intero risarcimento che venga successivamente concesso, anche se questo eccede i limiti stabiliti dal contratto di assicurazione. Tale principio è stato accolto dalla giurisprudenza successiva, che ha esteso la responsabilità delle assicurazioni anche ai danni conseguenti dall'illecito inadempimento. Così, se dal comportamento illecito dell'assicurazione sono derivati ulteriori danni economici o morali in capo all'assicurato, l'assicurazione è chiamata a rispondere anche di questi ultimi⁵⁷³.

in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 765 con nota di CAMPEIS – DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*. La sentenza della Corte di Appello di Venezia a sua volta richiama Cass. civ., 30 maggio 1983, n. 3709, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2002, 371 che conferma l'opinione secondo la quale i danni punitivi sono contrari all'ordine pubblico.

571V. *Ferraro v. Pacific Fin. Corp.* (1970) 8 Cal.App.3d 339, 355, 87 Cal.Rptr. 226.

572Il fondamento normativo di tale differente regime prescrizione risiede nel primo comma dell'art. 337 del *Code of Civil Procedure*, che statuisce letteralmente che la prescrizione quadriennale si applica alle azioni poste a fondamento di “*any contract, obligation or liability founded upon an instrument in writing...*”. Al contrario, l'art. 339 del *Code of Civil Procedure* prevede la prescrizione di due anni per le azioni fondate “*upon a contract, obligation or liability not founded upon an instrument of writing...*”. Ne consegue che l'appartenenza al gruppo delle obbligazioni contrattuali o di quelle implicite, che derivano solo indirettamente dalla lettera espressa del contratto, ha delle ripercussioni di grande rilevanza nella tutela concreta, ed in particolare in ordine al diverso regime prescrizione. Tale differenza trova delle similitudini nell'ordinamento italiano che prevede la prescrizione decennale per la responsabilità contrattuale, e quinquennale per quella extracontrattuale.

573*Crisci v. Security Insurance Co.*, 66 Cal. 2d 425, 426 P.2d 173, 58 Cal. Rptr. 13 (1967). L'inquilino della casa di proprietà della signora Crisci aveva riportato delle gravi lesioni personali a causa di una caduta dalle scale di casa, a seguito della quale aveva sviluppato anche numerose psicosi. Nonostante la compagnia assicuratrice sapesse che in caso di sentenza di condanna sarebbe stata costretta a pagare una somma di gran lunga superiore rispetto a quella stabilita con il massimale della polizza, fissato in 10.000 \$, essa rifiutò una transazione per 9.000 \$. Il verdetto della giuria quantificò il danno in complessivi 101.000 \$, dei quali l'assicurazione pagò solo i 10.000 \$ fissati dal massimale, rimanendone 91.000 a carico della signora Crisci. Il pagamento di una somma tanto elevata mandò completamente in crisi le finanze della signora Crisci, e le preoccupazioni economiche la distrussero psicologicamente causandole delle gravi turbe mentali. Essa fece causa alla compagnia assicuratrice per *tortious breach of contract*, ottenendo la condanna della convenuta al pagamento dei 91.000 \$ derivanti dal primo risarcimento, e condannandola anche al pagamento di 25.000 \$ a titolo di danno morale (*mental distress*).

Sin qui si è vagliata l'ipotesi in cui l'assicurazione si rifiuta di pagare un terzo danneggiato dal suo assicurato. La soluzione finale rimane sostanzialmente invariata se l'assicurazione adotta lo stesso comportamento quando è il suo assicurato ad essere danneggiato. Pertanto, se l'assicurazione in mala fede non paga il risarcimento del danno, essa è assoggettabile alla responsabilità in *tort*⁵⁷⁴.

Sulla base di tali elementi, il giurista italiano è portato ad indagare quale sia la giustificazione giuridica del risarcimento del danno che eccede il massimale assicurativo, e capire se le dinamiche del *common law* possono avere una corrispondenza anche nel suo sistema giuridico di appartenenza. Pertanto, se il contratto assicurativo pone un limite al danno risarcibile, bisogna chiarire a quale titolo venga corrisposta differenza tra il massimale e l'intero risarcimento. Per riuscire a dare una risposta a tale interrogativo è utile scomporre singolarmente gli episodi che danno luogo alla responsabilità. Nel momento in cui viene stipulato il contratto di assicurazione che prevede un limite al danno risarcibile, l'assicurazione non può essere chiamata a rispondere per le somme che eccedono il massimale convenzionalmente stabilito. Il risarcimento sarà corrisposto al danneggiato, sia esso l'assicurato o un terzo, a titolo di esecuzione del contratto di assicurazione, che ha per oggetto proprio il risarcimento del danno causato dall'assicurato. In questo caso non si può neanche parlare dell'esistenza di una responsabilità contrattuale perché ci si trova di fronte all'esecuzione della prestazione tipica del contratto assicurativo.

Il quadro muta se l'assicurazione rifiuta illecitamente di adempiere la prestazione, poiché ci troviamo di fronte ad un inadempimento, che come tale è fonte di responsabilità contrattuale. Tuttavia, la circostanza che l'inadempimento configuri contemporaneamente anche un illecito civile fa sorgere anche la responsabilità extracontrattuale. Nella concorrenza delle due responsabilità, ci si trova davanti al dilemma di decidere quale delle due prevalga, o se piuttosto esse concorrano. Il sistema statunitense risolve il problema lasciando il danneggiato libero di azionare la tutela che più gli conviene. Dunque, egli può optare per l'azione in *tort* se mira alla corresponsione di tutti i danni, anche di quelli imprevedibili al momento della stipulazione del contratto⁵⁷⁵. Se invece egli sarà interessato ad usufruire dei rimedi

574L'assunto è ampiamente motivato dal giudice Sullivan in *Gruenberg v. Aetna Insurance Co.*, 9 Cal. 3d 575, 510 P.2d 1036, 108 Cal. Rptr. 486.

575Nel sistema di *common law* vige lo stesso principio del sistema italiano per il quale il risarcimento del danno contrattuale è limitato ai soli danni prevedibili al momento della conclusione del

contrattuali, ad esempio per godere della prescrizione quadriennale in luogo di quella biennale, proporrà un'azione in *contract*. Così configurato, il risarcimento del danno corrisposto dall'assicurazione è di tipo compensativo, e dunque proponibile anche nel sistema italiano.

Una peculiarità tutta statunitense è invece il riconoscimento di danni punitivi, che vengono espressamente comminati dalla giurisprudenza americana a partire dai primi anni '70⁵⁷⁶. La *ratio* di tale decisione risiede nella natura quasi pubblica delle assicurazioni, che pertanto devono tenere in seria considerazione l'interesse pubblico, anche ponendolo innanzi all'interesse privatistico della massimizzazione del profitto. Per i soggetti che erogano un servizio di pubblica utilità, l'obbligazione privatistica va oltre l'adempimento della prestazione letteralmente dedotta in contratto ed il soddisfacimento del suo interesse individuale, per soddisfare ragionevoli aspettative ulteriori a quelle espressamente pattuite. L'obbligazione eseguita secondo buona fede e correttezza soddisfa anche esigenze di convivenza sociale ed umanitarie basate sulla fiducia. Gli assicuratori assumono un ruolo fiduciario nei confronti degli assicurati, e tale fiducia pubblicistica comporta una responsabilità privatistica, che si concretizza con il risarcimento del danno⁵⁷⁷.

contratto ex art. 1223 c.c., mentre tale limite non opera in caso di responsabilità extracontrattuale.

576 *Gruenberg v. Aetna Insurance Co.*, cit., che stabilisce la natura punitiva del danno sulla scorta di due precedenti in giudizi di appello. Cfr. *Wetherbee v. United Insurance Co. of America* (in 265 Cal. App. 2d 921, 71 Cal. Rptr. 764 (1st Dist. 1968), dove una signora di mezza età aveva stipulato una polizza assicurativa che copriva la sua eventuale disabilità. Tuttavia, leggendo meglio le condizioni del contratto, aveva inteso che l'assicurazione potesse revocare a sua discrezione la concessione dei benefici e pertanto chiedeva la risoluzione del contratto e la restituzione di quanto già versato. L'assicurazione le rispose che non vi era motivo di preoccuparsi perchè in caso di malattia i benefit sarebbero stati corrisposti a vita. 4 anni dopo la signora ebbe un infarto che la costrinse a letto per circa due anni, a seguito dei quali riprese a deambulare pur con l'aiuto di un bastone e di assistenza continua. L'assicurazione, informata della circostanza, revocò il pagamento del premio alla donna. All'esito del processo ottenne il pagamento della cifra pattuita nel contratto di assicurazione oltre a 200,000 \$ di *punitive damages* per *fraudulent misrepresentation*. Nello stesso senso si esprime anche *Fletcher v. Western National Life Insurance Co* (in 10 Cal. App. 3d 376, 89 Cal. Rptr. 78 (4th Dist. 1970). In questo caso un operaio aveva stipulato una polizza che avrebbe coperto la disabilità permanente per 2 anni se la inabilità fosse derivata da una malattia, 30 anni se causata da trauma. A seguito di un infortunio sul lavoro era stato sottoposto ad intervento chirurgico, tornando infine a lavorare. Tuttavia, le sue cattive condizioni di salute lo costrinsero di lì a poco a congedarsi definitivamente dal lavoro. L'assicurazione inizialmente si rifiutò di pagare alcunché sostenendo che si trattasse di malattia congenita, finendo per accordare all'assicurato un risarcimento biennale. Anche in questo caso la giuria condannò l'assicurazione al pagamento di *punitive damages* per *tortious interference with its insured's protected property interests*.

577 *Silberg v. California Life Insurance Co.*, L.A. 30144, Cal. Sup. Ct., 9 Maggio 1973; *Canaday v. Superior Court*, 34 Cal. App. 3d 467, 110 Cal. Rptr. 59 (5th Dist. 1973). Si esprime nel senso che un semplice inadempimento non può dar luogo a danni punitivi, che invece richiedono di aver posto in essere condotte maliziose o fraudolente, *Sawyer v. Bank of America, NT & SA*, 83 Cal.App.3d 135, 139, 145 Cal.Rptr. 623 (1978). Contrariamente all'ammissibilità dei danni punitivi, cfr. *Toole v.*

3. La controversa espansione del “*Tortious breach of good faith and the covenant of fair dealing*”

Una volta introdotta la dottrina del *tortious breach of contract* nell'ambito dei contratti assicurativi, essa ha conosciuto un processo espansivo anche in altri tipi di contratti⁵⁷⁸. L'argomentazione giuridica che ha portato a tale risultato muove le mosse dall'assunto per il quale in ogni contratto, e dunque non solo in quello di assicurazione, c'è un obbligo implicito di comportarsi secondo buona fede e correttezza⁵⁷⁹. In sostanza, nessuna delle due parti deve compiere alcuna attività che privi la controparte dei benefici derivanti dal contratto⁵⁸⁰. La violazione degli obblighi contrattuali impliciti di buona fede e correttezza legittima la vittima ad agire sia con l'azione contrattuale (*in contract*), sia con quella extracontrattuale (*in tort*)⁵⁸¹.

Con il caso *Seaman's Direct Buying Service, Inc. v. Standard Oil Co.*⁵⁸², la Corte Suprema della California ha sancito l'applicazione del *tortious breach of good faith and fair dealing* anche al di fuori dei contratti assicurativi. La Corte, nel giungere a tale conclusione, ricorda che l'inadempimento del contratto può essere tutelato con l'azione in *tort* solo quando sussista una “*special relationship*” caratterizzata da uno squilibrio tra la forza contrattuale ed economica delle parti, dalla rilevanza pubblicistica degli interessi, e da uno stretto legame fiduciario che conferisca al contratto la funzione di assicurare “*peace of mind*” al contraente

Richardson – Merrell, Inc., 241 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 (1st Dist. 1967); *Barth v. B.F. Goodrich Tire Co.*, 265 Cal. App. 2d 228, 71 Cal. Rptr. 306 (1st Dist. 1968).

578Una dettagliata analisi del fenomeno è dovuta a S. CHUTORIAN, *Tort remedies for breach of contract: the expansion of tortious breach of the implied covenant of good faith and fair dealing into the commercial realm*, 86 *Colum. Law. Rev.*, 377 (1986). Per le prime decisioni della giurisprudenza di merito in questo senso, v. *Cleary v. American Airlines, Inc.* (1980) 111 Cal.App.3d 443, 455 [164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330]; *Wagner v. Benson* (1980) 101 Cal.App.3d 27, 33 [161 Cal.Rptr. 516]; *Glendale Fed. Sav. & Loan Assn. v. Marina View Heights Dev. Co.* (1977) 66 Cal.App.3d 101, 135, fn. 8 [135 Cal.Rptr. 802].

579L'obbligo di buona fede e correttezza è per sua natura incondizionato ed indipendente, e non è suscettibile di modifiche nel suo contenuto in ragione delle condizioni di fatto esistenti, così *Universal Sales Corp. v. Cal. etc. Mfg. Co.* (1942) 20 Cal.2d 751, 771 [128 P.2d 665]; *Gruenberg v. Aetna Ins. Co.*, cit.

580Si richiama in questa sede la giurisprudenza analizzata nel paragrafo precedente. Per tutti, cfr. *Egan v. Mutual of Omaha Ins. Co.* (1979) 24 Cal.3d 809; *Gruenberg v. Aetna Ins. Co.* (1973) 9 Cal.3d 566; *Comunale v. Traders & General Ins. Co.* (1958) 50 Cal.2d 654; *Crisci v. Security Ins. Co.* (1967) 66 Cal.2d 425.

581*Comunale v. Traders & General Ins. Co.*, cit.; *Crisci v. Security Ins. Co.*, cit.

582686 P.2d 1158 (Cal. 1984). Nel caso di specie, tra due società operanti nel settore petrolifero erano intercorsi degli accordi, ma una delle due aveva negato l'esistenza del contratto, rifiutandosi di adempiere la sua prestazione.

debole⁵⁸³. Tutte le volte che un contratto soddisfi tali requisiti, esso potrà essere tutelato con la doppia azione in sede giudiziale⁵⁸⁴.

Pertanto, l'applicabilità della dottrina ad oggetto deve essere oggetto di un vaglio particolarmente attento nei contratti che vedono coinvolti soggetti con la stessa forza. Infatti, nei contratti d'impresa la libertà contrattuale è fisiologicamente meno compressa di quelli predisposti per clausole generali, tanto che il loro contenuto è mediamente articolato ed al loro interno è frequente l'inserimento di caparre e clausole penali frutto di contrattazione individuale⁵⁸⁵. In tali contratti può risultare difficile distinguere tra semplice inadempimento contrattuale, che da luogo ad *action in contract*, e violazione dell'obbligo di correttezza, che è tutelata con il *tortious breach of good faith and fair dealing*⁵⁸⁶. Il rischio concreto è di applicare la *tort law* anche laddove bisognerebbe esperire i soli rimedi contrattuali, con una sua conseguente interferenza con le aspettative delle parti.

Nel caso di specie, una parte ha negato in mala fede l'esistenza del contratto, al fine di sottrarsi totalmente all'adempimento. Questa ipotesi è distinta da quella in cui una parte si rende semplicemente inadempiente, poiché la contrapposizione creata con la negazione dell'esistenza del contratto ha carattere netto. Non lasciando spazio ad una soluzione di compromesso, la parte che nega l'esistenza del contratto costringe l'altra a subire gli effetti della sua condotta maliziosa, comportamento che eccede il mero inadempimento e costituisce condotta contraria all'etica degli affari⁵⁸⁷. I rimedi

583L'insegnamento risale al caso *Egan v. Mutual of Omaha Ins. Co.*, cit.

584Il principio è stato applicato anche in *Tameny v. Atlantic Richfield Co.* (1980) 27 Cal.3d 167, 179 [164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330], dove è stabilito che "*breach of the covenant of good faith and fair dealing in the employment relationship might give rise to tort remedies*", poiché la relazione tra datore e prestatore di lavoro presenta delle caratteristiche analoghe a quella tra assicurato ed assicuratore. Per un'analisi dottrinale, v. C. M. LOUDERBACK – T. W. JURIKA, *Standards for Limiting the Tort of Bad Faith Breach of Contract*, (1981) 16 *U.S.F. L.Rev.* 187, 220-226.

585Nella pratica degli affari, gli operatori commerciali hanno delle conoscenze medie superiori rispetto alla generalità dei consociati, che assieme alla loro forza contrattuale li rende meno vulnerabili nei confronti dell'altra parte. Nel *Commercial Code* della California, section 1102, è fatto divieto di esonerarsi dalla buona fede, così come dalla diligenza, ragionevolezza, poiché è previsto che "*the parties may by agreement determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable*".

586In dottrina, dopo una dettagliata disamina delle posizioni giurisprudenziali, si esprimono concordemente in questo senso, G. O. KORNBLUM, *Recent Cases Interpreting the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing*, (1981) 30 *Def.L.J.* 411, 431-432; C. M. LOUDERBACK – T. W. JURIKA, *Standards for Limiting the Tort of Bad Faith Breach of Contract*, cit., 207.

587Cfr. *Jones v. Abriani*, (1976) 169 Ind. 556 è350 N.E.2d 635], secondo cui l'utilizzo di un rimedio in tort per comportamento contrario all'etica degli affari non costituisce una intromissione nella relazione contrattuale, nè incide sulle aspettative che il contratto ingenera nelle parti.

contrattuali paiono insufficienti per censurare simili comportamenti opportunistici, poiché la loro logica ripristinatoria non sortisce un adeguato effetto deterrente, che invece sarebbe più propriamente conseguito con la disciplina della *tort law*. Il fatto che la violazione degli obblighi impliciti di correttezza avvenga per mezzo di una condotta dolosa e speculativa dell'altrui debolezza legittima dunque l'applicazione di entrambi i rimedi attraverso la dottrina del *tortious breach of good faith and fair dealing*⁵⁸⁸.

La scelta di allargare l'applicabilità di tale dottrina anche ai contratti commerciali ha destato subito delle perplessità⁵⁸⁹. In primo luogo si è osservato che i contratti assicurativi hanno delle caratteristiche intrinseche tali per cui non possono essere accomunati coi contratti tra imprese. Ad esempio, i consumatori sono indotti a stipulare i contratti assicurativi per proteggersi dalle calamità, e non per ottenere un vantaggio commerciale⁵⁹⁰. È proprio lo scopo del contratto a creare una “*special relationship*” tra assicuratore ed assicurato che va oltre il valore economico dell'operazione. In tale contesto, le ragionevoli aspettative delle parti aiutano l'interprete nel determinare la natura e l'estensione del dovere di buona fede vigente tra di loro⁵⁹¹.

Nei contratti commerciali generalmente gli interessi non patrimoniali mancano, o sono comunque meno rilevanti, e dunque le aspettative ed i propositi delle parti differiscono da quelle di assicuratore ed assicurato. Così, la buona fede nei contratti commerciali assume delle caratteristiche peculiari e diverse rispetto a quelle

588La violazione del dovere di buona fede e correttezza (*duty of good faith and fair dealing*) può essere scientemente finalizzata per sottrarsi alla responsabilità contrattuale, v. T. A. DIAMOND, *The Tort of Bad Faith Breach of Contract: When, If At All, Should It Be Extended Beyond Insurance Transactions?*, (1981) 64 *Marq.L.Rev.*, p. 447. Nello stesso senso si esprime anche W. P. KEETON, *Liability Insurance and Responsibility for Settlement*, (1954) 67 *Harv.L.Rev.* 1136, 1139, secondo il quale la mala fede è generalmente definita come il disprezzo intenzionale degli interessi economici dell'altra parte, nella speranza di sfuggire completamente la responsabilità.

589Le prime critiche sono venute direttamente dalla *dissent opinion* del giudice C.J. Bird all'interno delle motivazioni della sentenza *Seaman's Direct Buying Service, Inc. v. Standard Oil Co.*, cit.

590Il punto era già chiaramente espresso in *Egan v. Mutual of Omaha*, cit.

591*Egan v. Mutual of Omaha*, cit.; *Austero v. National Cas. Co.*, (1978) 84 *Cal.App.3d* 1, 27-32 [148 *Cal.Rptr.* 623]. Tale principio pare essere assimilabile all'interesse non patrimoniale dell'obbligazione di cui all'art. 1174 c.c. italiano, ragion per cui la valutazione degli interessi che sottendono la stipulazione del contratto deve essere ricercata anche al di fuori del beneficio meramente economico per le parti. Nel caso del contratto di assicurazione, tale beneficio “extraeconomico” è quello di fornire “*peace of mind*” all'assicurato, che trae soddisfazione dall'idea che in caso di calamità (es. malattia, infortunio, danneggiamento a terzi nella attività professionale o circolazione stradale etc.) egli sarà sollevato dalla responsabilità risarcitoria, coperta dall'assicurazione.

del contratto assicurativo, poiché essa non svolge quel ruolo integrativo e correttivo (imposto dall'esterno) per riequilibrare il contratto.

La conclusione di un contratto implica la prevedibilità, e quindi l'accettazione, che l'altra parte possa rendersi inadempiente. L'assoggettabilità della parte alla responsabilità contrattuale, e quindi ai soli danni risarcibili *in contract*, è un elemento imprescindibile della *contract law*, del quale le parti sono avvertite e devono tenere conto in sede negoziale⁵⁹². Per esempio, una parte potrebbe decidere di non adempiere se il mercato gli offre un prezzo superiore a quello pattuito, ancor di più se esso copre anche l'eventuale risarcimento del danno contrattuale verso il primo contraente. L'esercizio di tale prassi è generalmente accettata nei contratti d'impresa, sicché l'inadempimento costituisce una libera scelta della parte da intendersi in senso "neutro", senza cioè che sia connotata da un giudizio di riprovevolezza. Questa visione si contrappone a quella dell'illecito, dove si è in presenza di un comportamento ritenuto socialmente inaccettabile, e come tale punito con i più severi rimedi forniti dalla *tort law*⁵⁹³. Essa è principalmente votata al perseguimento di obiettivi di ordine pubblico (*public policy*), col fine ultimo di ottenere la pace sociale più che il soddisfacimento degli interessi dei singoli individui⁵⁹⁴.

Ad ogni modo, l'applicabilità della teoria del *tortious breach of contract* nei casi in cui viene negata l'esistenza di un contratto commerciale non implica automaticamente il rischio che essa venga applicata indistintamente ad ogni inadempimento di tale genere di contratti. Infatti, la gran parte delle violazioni contrattuali non riguarda questo tipo di condotte in mala fede.

592Esemplamente, v. E. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen-New York, 1972, p. 55, il quale fornisce una lettura in chiave di analisi economica dell'inadempimento efficiente, statuendo che "[It] is not the policy of the law to compel adherence to contracts, but only to require each party to choose between performing in accordance with the contract and compensating the other party for injury resulting from a failure to perform. This view contains an important economic insight. In many cases it is uneconomical to induce the completion of the contract after it has been breached".

593L'inadempimento è efficiente non è solo accettabile, ma addirittura desiderabile ed incoraggiato. Tale principio è accettato con ancora maggior naturalezza nei contratti tra imprese. Per tutti, v. T. A. DIAMOND, *The Tort of Bad Faith Breach of Contract: When, If At All, Should It Be Extended Beyond Insurance Transactions?*, cit., 438. La visione estremamente pragmatica degli affari tipica degli Stati Uniti ha portato un commentatore a ritenere che "Every morning the businessmen of America learn to their chagrin that their suppliers will not be delivering what they want when they want it. The goods will not arrive on time, they will be short count, and the only ones in stock are avocado green. If that were not bad enough, the same businessmen discover daily that their customers will not take and pay for what the businessmen think they ordered", così A. I. ROSSETT, *Contract Performance: Promises, Conditions and the Obligation to Communicate*, (1975) 22 *UCLA L.Rev.* 1083.

594Egan v. Mutual of Omaha Ins. Co., cit., 24 Cal.3d 809.

Riepilogando la situazione vigente nello Stato della California, è pacifico che se un'azione sorge dalla violazione di una *promise*, l'azione è *ex contractu*, mentre la violazione di un obbligo esterno al contratto innesca l'azione *ex delicto*⁵⁹⁵. Così, la responsabilità in *tort* non è imposta per via dell'inadempimento volontario del contratto, bensì per l'inosservanza dolosa dell'obbligo implicito di buona fede e correttezza⁵⁹⁶.

Oltre che ai contratti commerciali, la dottrina del *tortious breach of contract* è stata applicata anche ai contratti di lavoro⁵⁹⁷. Essi, infatti, condividerebbero le necessarie similitudini con i contratti assicurativi per poter beneficiare di tale estensione applicativa. In primo luogo, vi è analogia riguardo la disegualianza di potere contrattuale ed economico tra le parti, poiché è indubitabile che il lavoratore ha una posizione di debolezza rispetto al datore di lavoro. Tale disegualianza mette il lavoratore in una posizione di vulnerabilità, che consente al datore di lavoro a conoscenza di tale condizione di sfruttarla a proprio vantaggio. In secondo luogo, il contratto di lavoro non garantisce solo un compenso economico per l'attività prestata, ma garantisce anche una certa stabilità finanziaria che rassicura il lavoratore circa il futuro suo e della sua famiglia (*peace of mind*). Il terzo elemento concerne la inadeguatezza dei rimedi contrattuali, che non garantiscono una sufficiente funzione deterrente per comportamenti opportunisti. Infatti, se il datore di lavoro fosse condannato a pagare un risarcimento equivalente alla somma che avrebbe dovuto comunque corrispondere, egli sarà incentivato a porre in essere condotte illecite⁵⁹⁸.

Basandosi su tali premesse, nei primi anni '80 le Corti californiane applicano

⁵⁹⁵*Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, (1980) 27 Cal.3d 167 [164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330]. Tale ripartizione ricorda molto da vicino quella tipica dell'ordinamento italiano con la bipartizione codicistica 1218-2043 c.c.

⁵⁹⁶La violazione dell'obbligo implicito di buona fede e correttezza legittima la parte danneggiata all'azione extracontrattuale in *tort* per mala fede, nonostante i comportamenti lamentati potrebbero anche costituire un semplice inadempimento contrattuale sanzionabile in *contract*. In questo senso, cfr. *Crisci v. Security Ins. Co.*, cit.; *Fletcher v. Western National Life Ins. Co.*, cit.; *Jarchow v. Transamerica Title Ins. Co.*, cit. Oltre alla condotta in mala fede è anche richiesto l'inadempimento del contratto per poter esperire l'azione in *tort*. In tal senso cfr. *Sawyer v. Bank of America*, (1978) 83 Cal.App.3d 135, 139 [145 Cal.Rptr. 623], secondo cui "[The] tort of breaching an implied covenant of good faith and fair dealing consists in bad faith action, extraneous to the contract, with the motive intentionally to frustrate the obligee's enjoyment of contract rights".

⁵⁹⁷Il *leading case* sul punto pare essere *Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, (1980) 27 Cal.3d 167 [164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330], in cui il giudice Mathew O. Tobriner contempla la possibilità di esperire una *tort action* per *breach of the implied covenant* nei contratti di lavoro.

⁵⁹⁸Tale decalogo è stato elaborato dalla *Court of Appeal of California*, 4th Appellate District, nel caso *Wallis v. Superior Court of San Bernardino County (Kroehler Manufacturing Co.)*, (1984) 160 Cal. App. 3d 1109 [207 Cal. Rptr. 123].

la figura *de qua* anche ai contratti di lavoro subordinato. Le ipotesi più frequenti riguardano i casi di contratti di lavoro stipulati senza la fissazione della durata⁵⁹⁹. Negli Stati Uniti, tale genere di contratto è risolvibile in ogni momento a discrezione di ciascuna delle due parti⁶⁰⁰. Al contrario, in presenza di un contratto a tempo indeterminato il datore di lavoro può licenziare i dipendenti soltanto per una ragione che nel nostro ordinamento è assimilabile alla giusta causa o al giustificato motivo⁶⁰¹. Nella prassi accade che i lavoratori prestino servizio presso il datore di lavoro per decenni, periodo di tempo sufficiente per indurre il dipendente a considerarsi, secondo buona fede ed alla luce delle politiche della società, assunto a tempo indeterminato⁶⁰². Tuttavia, la società datrice di lavoro agisce secondo la disciplina dei contratti a tempo determinato, licenziando in tronco il lavoratore. Quest'ultimo impugna il licenziamento sostenendo la sua illegittimità, e adducendo che tale condotta costituisce allo stesso tempo una violazione contrattuale ed un *tort*, in virtù del quale vengono chiesti sia i danni compensativi, sia quelli punitivi⁶⁰³. Le corti, ricordando che il datore di lavoro deve agire in buona fede nei confronti dei suoi sottoposti⁶⁰⁴, ha applicato anche al contratto di lavoro la dottrina del *tortious breach of good faith and fair dealing*⁶⁰⁵.

599 Per tutti, v. *Cleary v. American Airlines, Inc.*, 111 Cal. App. 3d 443; 168 Cal. Rptr. 722.

600La disposizione normativa dalla quale si trae tale regola è il § 2922 del *Labor Code* della California (così come emendato da Stats. 1971, ch. 1580, § 1, p. 3186; Stats. 1971, ch. 1607, § 2, p. 3459), il quale prevede espressamente che "*An employment, having no specified term, may be terminated at the will of either party on notice to the other. Employment for a specified term means an employment for a period greater than one month*". In giurisprudenza il principio è applicato pacificamente. *Ex multis*, cfr. *Marin v. Jacuzzi*, (1964) 224 Cal.App.2d 549, 553, in 36 Cal.Rptr. 880; *Ruinello v. Murray*, (1951) 36 Cal.2d 687 [227 P.2d 251]; *Swaffield v. Universal Ecsco Corp.*, (1969) 271 Cal.App.2d 147, 167 [76 Cal.Rptr. 680].

601L'onere della prova circa la sussistenza di motivi occulti per effettuare il licenziamento ricade comunque sul lavoratore, così *Escamilla v. Marshburn Brothers*, (1975) 48 Cal.App.3d 472 [121 Cal.Rptr. 891].

602In senso contrario all'applicabilità del principio di buona fede nei contratti di lavoro senza termine, v. *Parnar v. Americana Hotels, Inc.*, 65 Haw. 370, 652 P.2d 625 (1982).

603Si ricorda che l'ammissibilità della richiesta di danni punitivi in presenza del *tortious breach of good faith and fair dealing* è stata accettata a partire dal caso *Egan v. Mutual of Omaha Ins. Co.*, (1979) Cal.3d 809.

604*Coats v. General Motors Corp.*, (1934) 3 Cal.App.2d 340, 348 [39 P.2d 838]; *Zimmer v. Wells Management Corporation*, (S.D.N.Y. 1972) 348 F.Supp. 540.

605Si esprimono concordemente, *Cleary v. American Airlines, Inc.*, cit; *Smithers v. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.*, 189 Cal. Rptr 20 (Ct. App. 1983); *Wallis v. Superior Court (Kroehler Manufacturing Co.)*, 160 Cal.App. 3D 1109, 207 Cal. Rptr. 123 (1984).

4. Critiche alla teoria del “*Tortious breach of good faith and covenant of fair dealing*”

La creazione della figura del *tortious breach of good faith and fair dealing* ha rinnovato l'interesse per la distinzione tra *contract* e *tort*⁶⁰⁶. Le nuove riflessioni hanno portato la giurisprudenza di numerosi Stati americani ad un ripensamento dei due sistemi di responsabilità prendendo spunto dalla figura ibrida *de qua*. Tra le decisioni più significative, si ricorda il caso *Francis v. Lee Enterprises, Inc.* deciso dalla Corte Suprema delle Hawaii che, ribaltando un suo precedente orientamento, ha statuito chiaramente l'inammissibilità del *tortious breach of contract*⁶⁰⁷.

Nel motivare tale decisione, la Corte ha ripercorso la distinzione che tradizionalmente intercorre tra la responsabilità in *contract* e quella in *tort*, che vale la pena riproporre qui brevemente. Nell'ambito contrattuale, il ruolo principale della Corte è quello di dare piena efficacia alla volontà delle parti, mentre la *tort law* ha lo scopo di perseguire obiettivi di politica sociale (*social policy*)⁶⁰⁸. Sulla base di tali distinti propositi, le corti hanno storicamente tutelato in modo diverso i danni *in tort* ed *in contract*: questi ultimi sono risarcibili solo se erano prevedibili al momento della conclusione del contratto, rimanendo pertanto esclusi i danni consequenziali eccedenti tale limite⁶⁰⁹. La prevedibilità dei costi contrattuali, ivi compresi quelli risarcitori, gioca un ruolo determinante nel mondo degli affari moderno. La certezza del rischio finanziario che si corre con ogni singola operazione commerciale incentiva le parti a stipulare contratti, con evidenti ricadute benefiche sull'intero sistema economico⁶¹⁰.

606Per tutti, v. *Francis v. Lee Enterprises, Inc.*, 971 P.2d 707 (Hawaii 1999); *Erlich v. Menezes*, 21 Cal. 4th 543, 981 P.2d 978 (Cal. 4th 1999).

607In un primo momento, la Corte Suprema delle Hawaii aveva accettato la dottrina del *tortious breach of contract*, v. *Dold v. Outrigger Hotel*, 54 Haw. 18, 501 P.2d 368 (1972). Tale posizione è stata oggetto di un espresso *overruling* da parte del medesimo organo giudicante in *Francis v. Lee Enterprises, Inc.*, cit., statuendo che “*the rule was improvidently created, and today we abolish it*”.

608*Brown v. KFC Nat'l Management Co.*, 82 Haw. 226, 240, 921 P.2d 146, 160. In dottrina, v. W. P. KEETON – D. B. DOBBS – R. E. KEETON – D. G. OWEN, *Prosser and Keeton on torts*, St. Paul, Minn., 1984, pp. 4-5.

609*Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil Co.*, 11 Cal. 4th 85, 900 P.2d 669, 682 (Cal. 1995); *Amfac, Inc. v. Waikiki Beachcomber Inv. Co.*, 74 Haw. 85, 120 n.11, 839 P.2d 10, 29 n.11; *Silva v. Albuquerque Assembly & Distribution Freeport Warehouse Corp.*, 106 N.M. 19, 738 P.2d 513, 514 (N.M. 1987); *Applied Equipment Corp. v. Litton Saudi Arabia Ltd.*, 7 Cal. 4th 503, 869 P.2d 454, 464 (Cal. 1994). *Contra*, cfr. *Leong v. Kaiser Foundation Hospitals*, 71 Haw. 240, 788 P.2d 164 (1990).

610*California Federal Sav. and Loan Ass'n v. Bell*, 6 Haw. App. 597, 606, 735 P.2d 499, 506 (1987); *Berschauer - Phillips Const. Co. v. Seattle School Dist. No. 1*, 124 Wash. 2d 816, 881 P.2d 986, 992 (Wash. 1994).

D'altro canto, i danni extracontrattuali non hanno tale limitazione, sicché è possibile agire anche per l'ottenimento dei danni consequenziali non prevedibili e per i danni punitivi.

Poste queste giuste premesse, a giudizio della Corte la creazione della figura del *tortious breach of contract* determina il malinteso concettuale di applicare la disciplina dell'illecito doloso ad una fattispecie contrattuale. Chi accoglie tale figura, infatti, non distingue debitamente i presupposti che danno luogo alle due figure, ed in particolare dimentica che la risarcibilità dei danni consequenziali e di quelli punitivi è una prerogativa esclusiva dell'illecito extracontrattuale doloso, che pertanto non può essere applicata ai casi contrattuali⁶¹¹. Infatti, molte corti non distinguono espressamente il *tort of bad faith* dal *tortious breach of contract*, mentre operano tale distinzione con gli altri tipi di azioni contrattuali, tanto che non applicano la disciplina extracontrattuale in caso di inadempimento premeditato o ingiustificato⁶¹². Pertanto, l'idea di applicare il regime in *tort* a questo particolare inadempimento contrattuale è dovuta ad una interpretazione poco rigorosa dei principi di *common law*, e rappresenta una aberrazione del diritto statunitense. In altre parole, il “*tortious breach of contract* mina i principi base che fondano la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”⁶¹³.

Su posizioni analoghe si attesta anche la Corte Suprema del Wisconsin⁶¹⁴. Essa specifica che la locuzione “*tortious breach of contract*”, nel tentativo di essere un modo succinto di definire la situazione in cui la parte contrattuale si rende dolosamente inadempiente, è in realtà inappropriata ed ingenera confusione dogmatica, perché potrebbe autorizzare a pensare che “illecito” sia sinonimo di “inadempimento”. Così ragionando, non si tiene in debita considerazione che la

611Il principio è accettato in numerose giurisdizioni. Ad esempio, v. *Story v. City of Bozeman*, 242 Mont. 436, 791 P.2d 767, 775-76 (Mont. 1990), che limita la configurabilità dell'illecito commesso in mala fede a circostanze eccezionali, quali ad esempio *fraud, fraudulent inducement, and tortious interference with contract*; *ARCO Alaska, Inc.*, 753 P.2d 1153, secondo cui i danni punitivi possono essere accordati solo dove la violazione del contratto costituisca un tort indipendente per il quale sono ammessi i danni punitivi; *Anderson v. Continental Ins. Co.*, 85 Wis. 2d 675, 271 N.W.2d 368, 374 (Wis. 1978), che considera inappropriata e fonte di confusione l'utilizzo della categoria del *tortious breach of contract* per descrivere il *tort of bad faith*, poiché i danni punitivi possono essere chiesti solo con un'azione *in tort* e non *in contract*.

612*Francis v. Lee Enterprises, Inc.*, cit.

613*Francis v. Lee Enterprises, Inc.*, cit.

614*Pum v. Wisconsin Physicians Service Insurance Corporation*, 727 N.W.2d 346 (Wis.App.,2006); *Accord Motorists Mut.*, 590 N.E.2d at 695, n.2; *Anderson v. Continental Ins. Co.*, 85 Wis.2d 675, 686, 271 N.W.2d 368, 374 (1978).

condotta in mala fede posta in essere da una parte contrattuale nei confronti dell'altra è un illecito separato, che come tale prescinde dal fatto che esso costituisca inadempimento. Ne consegue che tale condotta costituisce un illecito doloso e non un *tortious breach of contract*⁶¹⁵. Diversamente, si dimenticherebbe che i danni risarcibili in via contrattuale ed extracontrattuale sono assoggettati ad una disciplina diversa, finendo per creare una ingiustificata commistione di responsabilità. Alla luce di tali considerazioni, il mancato pagamento di quanto dovuto in base al contratto di assicurazione costituisce un semplice inadempimento. Pertanto, il risarcimento di ulteriori danni, come ad esempio quelli consequenziali e punitivi, che non facciano parte dell'originaria pattuizione delle parti è giustificato solamente se sussiste un illecito indipendente, e quindi diverso dall'inadempimento, al quale applicare la disciplina *in tort*⁶¹⁶.

Col passare del tempo sono sempre più numerosi gli Stati che si sono dichiarati contrari alla recezione dell'istituto del *tortious breach of contract*⁶¹⁷. Tra i casi più significativi si segnala quello deciso dalla Corte Suprema dello Utah, la quale supera con forza e chiarezza l'ambiguità concettuale che anima il dibattito, riconducendo la fattispecie dannosa nell'alveo contrattuale⁶¹⁸. Esaminando un rapporto contrattuale tra assicuratore ed assicurato, essa sancisce che i doveri impliciti di buona fede e correttezza devono essere considerati una promanazione del contratto⁶¹⁹. È quindi logico che la loro violazione venga sottoposta al regime contrattuale, e che il danneggiato debba sempre fondare le sue pretese risarcitorie su una *action in*

615 *Pum v. Wisconsin Physicians Service Insurance Corporation*, cit.

616 *Francis v. Lee Enterprises, Inc.*, cit.; *Pum v. Wisconsin Physicians Service Insurance Corporation*, cit.

617 Tra gli Stati contrari si segnalano i seguenti: Alabama, *Vincent v. Blue Cross-Blue Shield of Alabama, Inc.*, 373 So.2d 1054 (Ala. 1979); Idaho, *White v. Unigard Mutual Insurance Co.*, 730 P.2d 1014 (Idaho 1986); Indiana, *Bartlett v. State Farm Mut. Auto. Ins.*, 2002 WL 31741473 (S.D. Ind. 2002); Michigan, *Schaeffer v. Potter*, 2007 WL 1153013 (E.D. Mich. 2007), che molto esplicitamente chiarisce che "*The concept of "tortious" breach of contract is not well accepted. Certainly, no Michigan court has ever recognized such a claim*"; Ohio, *Motorists Mutual Insurance Company v. Said*, 590 N.E.2d 1228 (Ohio 1992); South Carolina, *Payne v. FMC Corp.*, 1991 WL 352415 (D.S.C. 1991), secondo cui "*Plaintiff's claim for tortious breach of contract ... is not cognizable under South Carolina law*"; Florida, *Opperman v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, 515 So.2d 263, 267 (Fla. Dist. Ct. App. 1987).

618 *Beck v. Farmers Insurance Exchange*, 701 P.2d 795 (1985).

619 Tale visione sembra superare la tradizionale distinzione tra gli obblighi impliciti desumibili dalla volontà delle parti (*implied term fixed by the parties themselves*) e quelli fissati dalla legge (*fixed by the law*). In precedenza si è detto che la distinzione teorica tra essi è più netta di semplice di quando non sia l'applicazione pratica, che in concreto si trova in difficoltà nell'attribuire un obbligo alla volontà indiretta delle parti piuttosto che alla legge, v. *infra*, pr. 1.

contract, con le relative limitazioni risarcitorie⁶²⁰.

Ciononostante, esso continua ad esercitare il suo influsso e a far discutere, senza che prevalga nettamente la sua accettazione o il suo rigetto. In questo panorama di estrema incertezza si aggiunge anche la voce di chi considera “*tortious breach of contract*” un'utile espressione per intendere la condotta intenzionale in mala fede di una parte, al fine di sfuggire all'adempimento delle sue obbligazioni contrattuali. Dunque, a differenza di tutte le ricostruzioni sinora riportate, si ritiene che il regime di responsabilità più idoneo per disciplinare l'ipotesi *de qua* sia quello contrattuale piuttosto che quello extracontrattuale⁶²¹.

A tali contributi si affianca l'interessante caso sottoposto all'attenzione della Corte d'Appello del Mississippi, col quale si chiede alla Corte di pronunciarsi sulla ammissibilità dell'azione per *tortious breach of contract* in Florida⁶²². La richiesta era orientata a capire se spettassero danni punitivi nei confronti di un'assicurazione che si era comportata in modo gravemente negligente, pur non soddisfacendo i requisiti di mala fede statuiti dalla legislazione della Florida⁶²³. La Corte d'Appello riconosce che nella legislazione della Florida non è previsto uno specifico *tort* per l'assicuratore che rifiuti di pagare il premio all'assicurato o al terzo danneggiato. In assenza di tale figura indipendente di *tort*, l'assicurato non può richiedere danni punitivi. Pertanto, anche un deliberato rifiuto di pagare la richiesta di risarcimento del danno non giustifica la condanna ai danni punitivi⁶²⁴, poiché per ottenere tale condanna è necessario che l'assicurazione realizzi una condotta disonesta⁶²⁵. Il Giudice conclude con l'affermazione in Florida i danni extracontrattuali sono solo quelli espressamente previsti dalla legge come illeciti di mala fede, o altri illeciti indipendenti elaborati dal *common law*, come ad esempio quelli di *fraud*, *misrepresentation*, o *intentional infliction of emotional distress*. Da ciò si deduce che la Florida non riconosce espressamente una azione per tutelare il *tortious breach of contract*, anche se la Corte

620Il principio è stato seguito dalla successiva giurisprudenza di merito, v. *Billings v. Union Bankers Insurance Co.*, 918 P.2d 461 (Utah 1996).

621La posizione è espressa nella decisione del caso *Pickett v. Lloyd's*, 621 A.2d 445 (N.J. 1993).

622*Bellemere v. Geico General Insurance Company*, So.2d, 2007 WL 1412955, (Miss.App., May 15, 2007), la quale a sua volta cita *T.D.S. v. Shelby Mutual Insurance Co.*, 760 F.2d 1520 (11th Cir.1985).

623La disposizione è contenuta in Fla. Stat. § 624.155.

624*Bellemere v. Geico General Insurance Company*, cit.; *Indus. Fire & Casualty Ins. Co. v. Romer*, 432 So.2d 66, 68 (Fla. Dist. Ct. App. 1983), le quali si rifanno alla previsione legislativa già menzionata di cui al Fla. Stat. § 624.155.

625*Smith v. Std. Guar. Ins. Co.*, 435 So.2d 848, 849 (Fla. Dist. Ct. App. 1983).

del Mississippi evita di esprimere una posizione chiara sul punto.

Sullo stesso piano pare porsi la posizione della Corte Suprema del Connecticut, che chiamata a giudicare su un caso di *tortious breach of contract* assicurativo lascia aperta la possibilità della sua generica ammissibilità, ma senza chiarire in modo inequivocabile la sua posizione⁶²⁶.

Il quadro estremamente frastagliato e contraddittorio che emerge dall'analisi delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali statunitensi appena compiuta induce qualche riflessione. Appare evidente che l'individuazione del confine tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale presenta delle difficoltà in Italia così come negli Stati Uniti d'America. L'analisi di due categorie limite, come gli obblighi di protezione italiani e il *tortious breach of contract* americano, mostra che gli obblighi contrattuali impliciti che derivano dalla buona fede e correttezza sono di difficile catalogazione. La caratteristica di derivare dal contratto, inteso come incontro delle volontà, solo in via mediata determina la difficoltà di ascriverli all'area contrattuale piuttosto che a quella extracontrattuale. Tali incertezze affondano le loro radici principalmente nella commistione tra volontà implicita di derivazione pattizia e integrazione legale del contenuto contrattuale per mezzo della buona fede oggettiva, fattore che rende indistinguibile la vera fonte di tali obblighi. Non essendo chiaramente determinata la fonte dell'obbligazione, ne consegue che anche il relativo regime applicativo non può essere certo.

Il problema diventa ancora più evidente quando si passi al piano risarcitorio, poiché le due responsabilità differiscono in modo significativo su elementi pratici quali la prescrizione, il *quantum debeatur* e danni correlati richiedibili (es. morali, conseguenti, punitivi). Tali difficoltà dogmatiche e sistematiche hanno indotto la giurisprudenza ad accordare il rimedio che pareva più equo nel caso di specie. Tuttavia, questo modo di operare ha di fatto aumentato le incertezze perché fornisce una soluzione a valle senza aver risolto il problema a monte. Anzi, poiché gli stessi orientamenti giurisprudenziali sono contraddittori e instabili, si verifica l'effetto negativo di mettere ancora più in crisi la distinzione teorica tra i due sistemi di responsabilità, col rischio di implosione dell'intero sistema.

⁶²⁶*Lawrence v. Harrington*, 2005 WL 1758619 (Conn.Super. 2005); *Barry v. Posi-Seal Int'l*, 40 Conn. App. 577, 587-88 (1996).

CONCLUSIONI

Riassumendo in estrema sintesi l'elemento che maggiormente distingue la responsabilità contrattuale da quella extracontrattuale, possiamo dire che la prima sorge all'interno di un rapporto obbligatorio già esistente, mentre la seconda nasce ex novo tra due soggetti che non sono legati da nessuna precedente obbligazione.

Tuttavia, lo sforzo distintivo e classificatorio operato sul piano dogmatico non regge ad una verifica dei criteri effettivamente applicati. L'ammissibilità del concorso di azioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale costituisce, da sola, il sintomo più evidente della difficoltà – o dell'iniquità nel caso concreto – della distinzione tra i due sistemi di responsabilità. Ammettere il concorso significa “ricorrere ad un *escamotage* di chiusura: si tratta quasi di una confessione finale dell'impossibilità di distinguere”⁶²⁷.

Ancora più emblematiche della crisi della netta distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sono le ipotesi in cui, in presenza di un rapporto obbligatorio, vi sia incertezza sulla riconducibilità al rapporto stesso del danno subito dal creditore. Come ampiamente documentato in precedenza, la materia è oggetto di evoluzione⁶²⁸. In alcuni casi del genere la giurisprudenza tende a configurare una responsabilità extracontrattuale a carico del debitore quando sia violato un diritto del creditore considerato estraneo al contenuto dell'obbligazione. In altri la dottrina affronta il problema in termini di più ampio respiro, muovendo le mosse sin dalla definizione stessa del rapporto obbligatorio. Nella descrizione del contenuto dell'obbligazione, nel disegno del suo profilo, nella determinazione dei suoi limiti e dei suoi confini, gioca un ruolo primario la creazione o la negazione di obblighi integrativi, intesi da alcuni come strumenti di attrazione all'interno del rapporto obbligatorio di una problematica da altri ritenuta naturale appannaggio della responsabilità extracontrattuale.

In una prospettiva storico-evolutiva, l'individuazione dei presupposti della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale appare collegata all'esigenza prioritaria di individuare l'interesse protetto dalle norme che introducono l'una o l'altra figura di responsabilità. Proprio la sussistenza di un interesse

627F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, pp. 10 ss.

628V. *infra*, cap. I, pr. 1.

meritevole di tutela ha indotto sovente la dottrina a forzare l'inquadramento all'interno di una fonte dell'obbligazione piuttosto che dell'altra⁶²⁹.

In virtù di questo, pare potersi compiere qualche riflessione conclusiva. Mettendo a confronto le esperienze italiane e statunitensi, risulta evidente che ci si trova di fronte allo stesso fenomeno, che solo apparentemente viene risolto in modo opposto. Infatti, entrambi i sistemi sono basati su una distinzione piuttosto marcata tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'art. 1173 del codice civile italiano indica tra le fonti delle obbligazioni il contratto, il fatto illecito ed ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità con l'ordinamento giuridico. Aderendo all'orientamento maggioritario per il quale questa ultima categoria è in realtà un numero chiuso che si esaurisce con le ipotesi di *negotiorum gestio* e arricchimento senza causa, consegue che la responsabilità è contrattuale o extracontrattuale a seconda che vi sia un preesistente rapporto contrattuale tra le parti o meno. Allo stesso modo, il sistema statunitense distingue tra azione *in contract* ed *in tort* sulla base alla esistenza di un accordo contrattuale o di una imposizione legislativa che crea un *duty* a tutela di un determinato bene o interesse. Seguendo fedelmente la logica liberale, il contratto consiste solo in ciò che le parti hanno espressamente esternato e reso parte del regolamento negoziale, esulando ogni altro aspetto dalla responsabilità contrattuale.

Le similitudini proseguono se si considera che in entrambi gli ordinamenti tale separazione viene messa in crisi da fattispecie che si collocano nella labile linea di confine tra le due responsabilità, che nell'indagine condotta nel presente lavoro sono rappresentati dagli obblighi di protezione e dal *tortious breach of contract*. In entrambi i casi ci troviamo di fronte ad obblighi accessori alla prestazione principale dedotta in contratto, la cui fonte è la buona fede e correttezza implicita nel contratto. Infatti, attraverso la buona fede oggettiva si ottiene l'integrazione del contenuto contrattuale così come sarebbe ragionevole aspettarsi che fosse integrato dal contraente individuato secondo il parametro dell'uomo medio.

È proprio questo passaggio logico ad essere il vero pomo della discordia, poiché l'integrazione del contratto avviene attraverso un processo di oggettivazione che parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene estraneo all'ambito contrattuale

629F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, ult. op. cit., p. 22.

perché è solo indirettamente riconducibile alla volontà delle parti. A ben considerare, infatti, si verifica un intervento del legislatore che, facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento, inserisce nel contratto elementi che esulano dalla volontà esplicitamente esternata dalle parti. In particolare, introduce nel contratto elementi di politica del diritto basati sulla equità degli scambi, sulla tutela del soggetto debole del rapporto e sulla correttezza del comportamento dei contraenti⁶³⁰. Tutte queste finalità hanno carattere “sovraindividuale”, e come tali sono tradizionalmente tutelate dalla responsabilità extracontrattuale o *in tort*, che ha lo scopo di perseguire scopi di pacificazione sociale e di ordine pubblico (*public policy*)⁶³¹. Arrivati a questo punto si arriva ad un bivio in cui la scelta della strada determina di conseguenza la soluzione finale: se si fanno rientrare tali obblighi nel contratto ne discende l'applicazione della responsabilità contrattuale, mentre se li si inquadra come esterni al contratto ne deriva la responsabilità aquiliana⁶³².

Il liberalismo estremo che aveva caratterizzato il XIX secolo è stato superato a beneficio di una nuova visione del diritto privato, influenzato dall'avvento del *welfare state*⁶³³. Nel particolare campo del diritto contrattuale questo passaggio epocale si concretizza con la caduta del dogma della volontà delle parti, inteso come elemento inviolabile posto a fondamento del contratto⁶³⁴. La nozione di contratto come incontro delle volontà è stato superato dalla presa di coscienza che nella società moderna,

630N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, pp. 114 ss., il quale sottolinea l'emersione di doveri di solidarietà come criteri conformatori della libertà d'iniziativa economica all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Fondamentale è anche il contributo di G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, pp. 57 ss, il quale mette in luce l'esistenza di inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale, previsti dal combinato disposto degli artt. 2 e 41, 2° e 3° comma della Costituzione.

631 Tale inquadramento dogmatico comporta che il contratto non riguarda solo la volontà delle parti, ma anche altri elementi connessi con valore di stampo collettivo o sociale, e con valenze di carattere distributivo. In questo senso, v. A. KRONMAN, *Contract law and distributive justice*, 89 *Yale L. J.* (1980), p. 472, per il quale non è contrario alla finalità redistributiva, ma avverte dei rischi connessi a tale operazione poiché i beneficiari potrebbero non essere quelli desiderati. V. anche D. KENNEDY, *Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargain power*, 41 *Md. L. Rev.* (1982), pp. 563 ss.

632 Sul problema della libertà di contrattare in relazione ai nuovi sviluppi sociali, v. P. S. ATIYAH, *Freedom of Contract and the New Right*, Stockholm, 1989, *passim*.

633 L'analisi della crisi del contratto a seguito dell'avvento del Welfare State, e della possibilità di un ritorno ad un nuovo *laissez-faire*, è affrontata analiticamente in T. WILHELMSSON, *Questions for a Critical Contract Law and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation*, in *Perspectives of Critical Contract Law* a cura di T. Wilhelmsson, Aldershot – Brookfield USA, 1993, pp. 9-54.

634 Per un approfondimento sul punto, v. P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, *passim*.

caratterizzata dalla contrattazione di massa e dalla disparità di forza giuridica ed economica tra i contraenti, spesso non esiste una espressione di volontà priva di condizionamenti esterni, e che pertanto serve un intervento eteronomo per bilanciare questo squilibrio⁶³⁵.

In sostanza, si verifica quel fenomeno per il quale il singolo contraente esce dalla sfera prettamente individuale per assumere lo *status* di contraente, che comporta l'applicazione di una particolare disciplina proprio in virtù del suo *status* ed a prescindere dalle caratteristiche concrete della contrattazione. L'esempio più clamoroso di questo fenomeno è rappresentato dalla figura del consumatore, che per il fatto di essere tale è assoggettato al codice del consumo, che dispone nei suoi riguardi una disciplina più protettiva e speciale rispetto a quella contenuta nella teoria generale del contratto ed applicabile alla generalità dei contratti. In altri termini, l'ordinamento reputa meritevoli di particolare tutela certe categorie di soggetti deboli, e dispone in loro favore delle statuizioni normative che incidono nella libertà di autodeterminazione. La *ratio* di tale intervento nel rapporto contrattuale è quella di evitare che la libertà ed eguaglianza formale, di fatto inesistenti, si tramutino in sicuro pregiudizio fattuale per il contraente debole. L'esempio appena riportato è il caso più estremo di una tendenza generalizzata da parte del legislatore moderno di intervenire per dettare una normazione dispositiva in ambito contrattuale.

Questo fenomeno ha indotto autorevole dottrina a parlare di “morte del contratto”, e del suo assorbimento nell'area della responsabilità civile⁶³⁶. In realtà, è interessante notare come la convivenza tra contratto e torto oscilli, in virtù dei rapporti di forza del particolare momento storico, dando l'impressione che l'uno sia generato o soffocato dall'altro. Ad esempio, l'*assumpsit*, al quale può farsi risalire la genesi della teoria di contratto, costituisce di per sé stesso un distacco dall'azione in *tort* denominata *trespass on the case*⁶³⁷. La derivazione del contratto dall'illecito lascia intuire l'incapacità di fare una chiara distinzione fra le due figure. Tale situazione di

635N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 103; ID., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, pp. 69 ss.; ID., *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1992, pp. 37 ss.; L. RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, 1960, ora ID., *Il compito del diritto privato*, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990, pp. 73 ss.

636Fondamentale è l'opera di G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. italiana a cura di A. Fusaro, Milano, 1999. V. anche C. DALTON, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale L. J.*, 1985, pp. 997-1114.

637V. *infra*, cap. II, pr. 3.

incertezza viene diradata solo dalla dottrina ottocentesca, che si fa carico di tracciare i rispettivi confini. Essa lo fa principalmente approfondendo gli studi sul contratto che rapidamente assurge a categoria di riferimento, relegando l'illecito nella posizione di categoria residuale. Il già citato passaggio dallo stato liberale a quello sociale manda in crisi la teoria del contratto basato sui requisiti formali di offerta, accettazione e *consideration*, con ovvie ricadute sull'area del danno risarcibile.

È a questo punto che si verifica l'*escalation* che porterà alla “morte del contratto”, poiché lo sviluppo dei concetti di quasi-contratto e arricchimento senza causa minano le fondamenta della *consideration* in favore della logica del vantaggio ottenuto⁶³⁸. Si arriva al punto in cui “per impedire un arricchimento senza causa, qualsiasi vantaggio ricevuto deve essere pagato, a meno che non sia chiaramente inteso come donazione, ed in cui deve essere risarcito qualsiasi danno sofferto ragionevolmente per aver fatto affidamento su delle promesse. Giunti a questo punto non vi è più alcuna distinzione rilevante tra responsabilità contrattuale e non”⁶³⁹. L'odierna indistinguibilità tra contratto ed illecito chiude il ciclo secolare che si era aperto con l'artificiosa separazione dell'*assumpsit* dal *trespass on the case*, dando luogo ad una fusione delle due responsabilità.

D'altro canto, il declino della tesi ottocentesca secondo cui la responsabilità civile si basa sulla negligenza o comunque sulla colpa, va di pari passo col declino della teoria della *consideration*⁶⁴⁰. L'esplosione della responsabilità si è manifestata più marcatamente sul versante dell'illecito rispetto a quello contrattuale, tanto da

638Il concetto di quasi-contratto adoperato dalla dottrina americana non era parte della teoria dell'ottocento. Il quasi-contratto è immaginato come una sorta di terra che giace tra il contratto e l'illecito. All'inizio del secolo il concetto servì ad attutire le asperità della teoria del contratto e di quella dell'illecito. Era, come ammisero le corti, una finzione giuridica: il quasi-contratto non era affatto un contratto, ma introdurre questo espediente era funzionale, o almeno così si pensava, al perseguimento di obiettivi di giustizia, cfr. *Cotnam v. Wisdom*, 83 Ark. 601, 104 S.W., 164 (1907); *Crisam Estate*, 362 Mich. 569, 107 N.W. 2D 907 (1961).

639G. GILMORE, *La morte del contratto*, cit., p. 79.

640Nonostante la oggettivazione dei modelli di responsabilità, non può dirsi che essi siano diventati il luogo per l'applicazione coercitiva di responsabilità in capo al soggetto, indipendentemente dalla sua volontà o dalle sue azioni, poiché anche i comportamenti sono riconducibili alla sua volontà. Questo accade sia in contract con la *consideration* che in tort con la responsabilità fondata sulla colpa. Anche la dottrina italiana si è interessata della questione, v. M. BESSONE, *Svolgimento storico della Law of contract, il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 491 ss.; G. ALPA, *La “morte” del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del “common law”*, in *Pol. dir.*, 1976, pp. 726 ss.; N. SCANNICCHIO, *Ages of American Law. Dalla storia della giurisprudenza alla giurisprudenza come storia: riflessioni sul viaggio in Italia della dottrina americana del contratto*, in *Pol. dir.*, 1981, pp. 319 ss.

indurre illustre dottrina nordamericana ad ipotizzare un assorbimento del contratto nell'illecito, o che entrambi si fondano per dare luogo ad una teoria generale delle obbligazioni civili così come accade nei sistemi di *civil law*⁶⁴¹.

Focalizzando l'attenzione sugli aspetti del fenomeno che maggiormente interessano in questa sede, può rilevarsi che il XX secolo è caratterizzato dalla emersione di obblighi sociali di protezione, contrariamente a quanto accadeva in precedenza quando trionfava l'esaltazione dell'individualismo e della cura dei propri interessi a scapito degli altri⁶⁴². Il declino e la caduta della teoria generale del contratto e, su scala più ampia, della economia del *laissez-faire* può essere considerata come un riflesso indiretto della transizione dall'individualismo ottocentesco al *welfare state*.

Nel mondo di *common law* questa tendenza si sostanzia nella creazione e sviluppo del concetto di *promissory estoppel*, che viene usato a protezione del soggetto che risulterebbe leso dall'applicazione rigida della *consideration*. Attraverso questo strumento, si garantisce un intervento protettivo precontrattuale o extracontrattuale in favore del soggetto che abbia fatto affidamento sul comportamento in buona fede dell'altro, e ancora di più nel caso di un contratto in cui uno dei soggetti abbia conferito il vantaggio della prestazione, senza aver beneficiato della controprestazione⁶⁴³. Similmente, nel nostro sistema si registra una estensione del concetto di contratto, che approda alla struttura complessa dell'obbligazione⁶⁴⁴. A ben vedere, queste novità nel panorama contrattuale non soffocano l'esistenza del contratto, ma costituiscono piuttosto dei correttivi per una sua più compiuta e completa applicazione nel nuovo panorama politico, culturale ed economico.

Alla teoria classica del contratto come creatore di relazioni economicamente

641G. GILMORE, *La morte del contratto*, cit., p. 85.

642È opportuno dare conto del tentativo, a nostro giudizio utopico, di attribuire al contratto la funzione di stimolare il consumo attuale e futuro, minimizzando i costi sociali di una attività dannosa ma socialmente utile, passando attraverso la solidarietà che induca gli individui a fidarsi uno dell'altro, v. J. RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge, U.S.A., 1973. Per una visione critica delle relazioni contrattuali come fonti di legami solidaristici tra le parti, v. D. KENNEDY, *Form and substance in private law adjudication*, 78 *Harv. L. Rev.* (1975), pp. 1685 ss.; R. M. UNGER, *Critical legal studies*, 96 *Harv. L. Rev.* (1983), pp. 561 ss.

643S. KOSTINSKY, *A new theory of assent-based liability emerging under the guise of promissory estoppel: an explanation and a defense*, 33 *Wayne L. Rev.* (1987), pp. 895 ss., secondo il quale in assenza di un vincolo contrattuale (*bargain*) le corti tendono a ricostruirlo sulla base dell'affidamento. Il concetto viene approfondito da R. E. BARNETT – M. E. BECKER, *Promissory estoppel, contract formalities and misrepresentation*, 15 *Hofstra L. Rev.* (1987), pp. 443 ss., in cui si sottolinea la progressiva sostituzione di una generica *reliance* con la *detrimental reliance*.

644V. *infra*, cap. I, pr. 3.

produttive si sostituisce il *new social contract*, che si contraddistingue per le funzioni di regolazione e conservazione di relazioni economiche di lungo termine e di coordinamento nelle relazioni sociali⁶⁴⁵. Tale espansione verso finalità pubblicistiche ha stimolato la concezione gilmoriana a dichiarare la morte del contratto in quanto assorbito nell'area tradizionalmente appartenente al *tort*. In realtà, a nostro giudizio lo stesso fenomeno può essere interpretato in modo diametralmente opposto, ovvero individuando nelle nuove prerogative svolte dal contratto il sintomo della sua vitalità, se non addirittura dell'ingresso in una nuova fase espansiva⁶⁴⁶. Il contratto pare essere al centro di un più ampio processo di definizione della obbligazione contrattuale che non significa assorbimento nel *tort*, ma piuttosto trasformazione dell'obbligazione contrattuale in rapporto complesso. Gli sforzi profusi dalla dottrina per creare una nuova struttura dell'obbligazione contrattuale, possono essere interpretati come la risposta concreta alle istanze di teoria generale di dare luogo ad una nuova teoria contrattuale sociale (*Social Contract Law*)⁶⁴⁷.

Alla stessa conclusione si arriva anche per altra via, ovvero attraverso l'analisi economica del diritto. Secondo tale strumento di indagine, negli inevitabili casi di

645I. R. MACNEIL, *The new social contract*, New Heaven, 1980, *passim*; ID, *Values in contract: internal and external*, 78 *Nw. U.L. Rev.* [1983], p. 340; ID, *Efficient breach of contract: circles in the sky*, 68 *Va. L. Rev.* [1982], pp. 947 ss., nei quali si offre un contributo fondamentale per la creazione del *new social contract*. Per una più puntuale spiegazione del ruolo dei contratti a lungo termine nella nuova teoria contrattuale, tra i molti, v. D. CAMPBELL – D. HARRIS, *Flexibility in Long-Term Contractual Relationship: the Testing of Extra-Legal Strategies*, in *Paper at the conference of the European Association of Law and Economics in Rome*, 1990, *passim*; T. DAINITH, *The Design and Performance of Long-Term Contracts*, in *Contract and Organisation*, Berlin-New York, 1986, pp. 164-189; I. R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law*, in *Northwestern University Law Review*, (1978) 72, pp. 854-905.

646È singolare osservare che allo stato attuale ogni ordine giuridico viene dato in crisi, in un nichilismo giuridico all'interno del quale pare potersi sostenere tutto ed il suo contrario. Infatti, se la teoria gilmoriana della morte del contratto trae spunto dall'avanzare del *welfare state*, appare logica conseguenza sostenere la sua salute ed espansione alla luce della crisi dello Stato sociale, professata da P. BARCELLONA e V. E. CANTELMO, *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, in *Atti del Convegno di Camerino*, 25-27 maggio 1982, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1983, pp. 87 ss, e 1 ss. V. anche R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 1987, pp. 328 ss.; G. ZACCARIA, *Stato sociale*, in *Lessico della politica*, a cura di ID., Roma, 1987, pp. 633 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di C. CAMARDI, Napoli, 1996, pp. 101 ss., 145 ss.

647A dimostrazione che la problematica è condivisa da più ordinamenti, è interessante la lettura di U. REIFNER, *The Vikings and the Romans – Contract Law and Social Economy*, in *Perspectives of Critical Contract Law*, a cura di T. Wilhelmsson, Aldershot – Brookfield USA, 1992, pp. 169 ss.; ID, *The Lost Penny, Social Contract Law and Market Economy*, in *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, a cura di T. Wilhelmsson e S. Hurri, Aldershot – Brookfield USA, 1999, pp. 117 ss.

convergenza tra contratto ed illecito è il contratto a riassorbire la responsabilità civile⁶⁴⁸. Al centro di tale elaborazione concettuale risiedono i costi transattivi: in presenza di un contratto i costi transattivi sono evitabili, mentre con l'illecito essi rimangono indispensabili. Tuttavia, i costi transattivi non si prestano sempre ad una contrapposizione così netta. È possibile che in un settore tradizionalmente collegato ad un'area contrassegnata da elevati costi transattivi, come l'illecito civile, si verifichi la presenza di una relazione fra i soggetti, determinando così l'esigenza di modificare la disciplina che normalmente si applica in tale ipotesi⁶⁴⁹. È dunque frequente che vi siano posizioni intermedie che passano da un'area ad un'altra, in ragione della flessibilità delle categorie e delle qualificazioni dogmatiche di tali forme di responsabilità nei vari ordinamenti⁶⁵⁰. Alla luce di quanto sin qui detto, appare evidente che il punto nodale risiede nella possibilità di utilizzare proficuamente la relazione tra i protagonisti della vicenda dannosa⁶⁵¹.

Le argomentazioni appena svolte in punto di struttura delle responsabilità sono strumentali al momento decisivo, ovvero la tutela risarcitoria, dove ciascun sistema sottende un diverso regime applicativo. In una visione comparatistica, si può osservare che in Italia il sistema più conveniente per il danneggiato è quello contrattuale, mentre negli Stati Uniti è quello *in tort*. Infatti, nel nostro ordinamento l'onere della prova per il danneggiato è molto più conveniente nella responsabilità contrattuale, giacché è sufficiente dare prova del titolo in ragione del quale si agisce e dell'inadempimento. Sarà onere della controparte dimostrare che l'inadempimento non dipende da cause a lui imputabili, rimanendo a suo carico anche le ipotesi in cui la

648 L'assorbimento dell'illecito avviene attraverso lo schema degli accordi ipotetici sulla base del teorema di Coase, cfr. P. BELL, *Analyzing tort law: the flawed promise of neocontract*, in 74 *Minn. L. Rev.*, (1990), pp. 1177 ss. Il modello coasiano è in questo caso valido ed utile, perché non presuppone l'assenza dei costi transattivi per funzionare, ma si prefigge di studiare il modo migliore per sconfinare la loro presenza. In tal senso, v. R. COASE, *The nature of the firm*, in 4 *Economica* (1937), ora in R. COASE, *The firm, the market, and the law*, 1988.

649 Un esempio della figura de qua può essere individuato nella responsabilità precontrattuale, che si viene a creare tra due soggetti predeterminati, cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360.

650 Sul punto è esemplare l'insegnamento di P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989, pp. 293 ss., che distingue i vari tipi di responsabilità in base alla diversa lunghezza del termine di prescrizione.

651 Il fenomeno della oggettivazione è analizzato nel senso che qui interessa in A. M. SPENCE, *Consumer misperceptions, product failure and producer liability*, in 44 *Rev. Ec. St.* (1977), pp. 561 ss.; S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, U.S.A., 1988. Nella letteratura italiana, per tutti v. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, pp. 107 ss.

causa del danno rimanga sconosciuta. Al contrario, in caso di risarcimento a titolo extracontrattuale, incombe sul danneggiato la prova del danno, della sua ingiustizia, del nesso di causa e dell'elemento psicologico del danneggiante. Inoltre, la prescrizione decennale e non quinquennale è un altro grosso vantaggio, che nella pratica fa propendere i giudici per la tutela contrattuale del danneggiato. Poi, il risarcimento del danno morale è ormai pacificamente accordato anche in caso di inadempimento contrattuale. L'unico elemento di minor favore per il danneggiato riguarda l'ammontare dei danni risarcibili, che devono essere limitati a quelli prevedibili al momento della stipulazione del contratto e non a quelli che in concreto si sono generati.

Negli Stati Uniti la situazione è opposta, poiché nella maggior parte dei casi per il danneggiato è più conveniente esperire l'azione aquiliana. In primo luogo, come d'altra parte in Italia, l'ammontare dei danni risarcibili con l'azione *in tort* coincide con i danni effettivamente subiti, non operando il principio, proprio invece della responsabilità contrattuale, che limita i danni risarcibili a quelli prevedibili alla conclusione del contratto. Ancor più decisivo appare poi il fatto che in via extracontrattuale possano essere richiesti danni punitivi e per *emotional distress*, che nella prassi sono molto elevati, e spesso molto superiori al risarcimento patrimoniale compensativo. D'altro canto, la prescrizione più breve, due anni contro i quattro dell'azione contrattuale, non pare essere incidere in modo così netto come nel nostro sistema.

In definitiva, si osserva che generalmente in Italia il danneggiato tenderà ad esperire l'azione contrattuale, mentre negli USA agirà *in tort*. E non pare un caso se le figure di confine dei due ordinamenti vengono assorbite nell'area che assicura un risarcimento maggiore. La storia ci ha insegnato che l'evoluzione dei costumi e della sensibilità sociale ritiene ingiuste ed intollerabili lesioni che qualche decennio prima non apparivano tali. È stato così per la tutela aquiliana dei diritti di credito, definitivamente accettata negli anni '70⁶⁵²; lo stesso fenomeno si è ripetuto con la risarcibilità degli interessi legittimi sancita dalla storica sentenza della Cassazione n. 500 del 1999⁶⁵³. Al di là delle motivazioni giuridiche che sottendono tale evoluzione,

652Il riferimento è al caso Meroni, Cass., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giust. it.*, 1971, I, 1, 680, con nora di G. VISINTINI, e in *Foro it.*, 1971, I, 1284, con nota di A. C. JEMOLO. V. anche *infra*, cap. I, pr. 2.

653Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con osservazioni di A. PALMIERI –

negare la risarcibilità di tali posizioni giuridiche soggettive appare oggi insopportabile e contraria ad ogni logica di giustizia ed equità.

Allo stesso modo, la dottrina e la giurisprudenza odierne si affannano per assicurare il massimo risarcimento possibile al contraente-danneggiato. Entrambi i sistemi si indirizzano verso un obiettivo comune, che è quello di accordare il massimo risarcimento possibile ed al contempo sostenibile dal sistema. Nel muovere i primi passi in un territorio nuovo esse trovano difficoltà, ed elaborano delle teorie particolarmente elaborate e sofisticate che talvolta non riescono ad essere perfettamente coerenti con la lettera della legge o con il *common law*. La nostra sensazione è che con il trascorrere del tempo verranno affinati i ragionamenti e le teorie sino a trovare le motivazioni tecniche più lineari ed idonee per dare una veste giuridica appropriata al comune senso di giustizia proprio del nostro tempo, in un fenomeno di democratizzazione ed ammodernamento del diritto indispensabile per la sua stessa sopravvivenza. Infatti, è impensabile l'imposizione di un diritto percepito dalla maggioranza dei consociati come ingiusto o iniquo perché contrario alla natura dell'uomo e del suo vivere in società. La dimostrazione di questo è fornita dal fatto che tale risultato è incessantemente e faticosamente ricercato in ogni sistema giuridico, anche se ha radici storiche, struttura, categorie concettuali, strumenti di tutela e logiche diverse come nel caso dell'ordinamento di *civil law* italiano e di *common law* statunitense.

R. PARDOLESI.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione* a cura di E. Navarretta, Milano, 2004

AA.VV., *Il “nuovo” danno non patrimoniale* a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004

AA. VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 2005

ACETO DI CAPRIGLIA S., *Ingiustizia del danno e interessi protetti. Un confronto tra modelli*, Napoli, 2003

ADDISON C. G., *Wrongs and their Remedies, being the Law of Torts*, New York, 1860

ALDRIGE P., *Precedent in the Court of Appeal, Another View*, in *Mod. L. Rev.*, 1984, pp. 187 ss.

ALESSI R. - GALASSO A. – MAZZAMUTO S., *Manuale ipertestuale del diritto privato*, Torino, 2002

ALLEN C. K. , *Law in the Making*, Oxford, 1964

ALPA G., *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975

ALPA G., *La “morte” del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del “common law”*, in *Pol. dir.*, 1976, pp. 726 ss

ALPA G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979

ALPA G. – BESSONE M., *I fatti illeciti*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 14, Torino, 1982

ALPA G. - BESSONE M. (a cura di) *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1987

ALPA G., *I “valori” nel diritto contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 661 ss.

ALPA G., *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, pp. 155 ss.

AMES J. B., *History of Assumpsit*, in 2 *Harv. L. Rev.*, (1888), pp. 1 ss.

- AMES J. B., *Law and Morals*, 22 *Harv. L. Rev.*, (1908), pp. 97 ss.
- ANELLI F., *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990
- F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzi, artt. 1411-1413*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja -Branca, Bologna-Roma, 2004
- ANON, *Torts. Liability of negligent manufacturer to remote vendee. The Rule of Winterbottom v. Wright*, *University of Chicago Law Review*, (1936), 3, 4, pp. 673-674
- ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Il precedente giudiziario come fonte del diritto nell'esperienza inglese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, pp. 133 ss.
- ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977
- ARNOLD M. S., *Accident, Mistake, and Rules of Liability in the fourteenth-century law of torts*, *U. Pa. L. Rev.*, 128, 1979-80, pp. 361 ss.
- ARTERBURN N., *The Origin and First Test of Public Callings*, in 75 (1927) *U. Pa. L. Rev.*, pp. 411 ss.
- ASQUINI A., *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II, pp. 350 ss.
- ATIYAH P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979
- ATIYAH P. S., *Common Law and Statue Law*, in 48 *Mod. L. Rev.*, 1985, pp. 1 ss.
- ATIYAH P. S., *Freedom of Contract and the New Right*, Stockholm, 1989
- ATIYAH P. S., *An introduction to be the law of contract*, Oxford, 2006
- ATYAH P. S., *Accidents, Compensation and the Law*, London, 2006
- AYRES I. – GERTNER R., *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economy Theory of Default Rules*, 99 *Yale L.J.* (1989), pp. 87 ss.
- BAKER J. H., *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 1990
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948
- BARBOUR W. T., *The History of Contract in Early English Equity*, Oxford, 1914
- BARCELLONA M., *“Scopo della norma violata”, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 313 ss.
- BARCELLONA P. - CANTELMO V. E., *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo*

della proprietà, in *Atti del Convegno di Camerino*, 25-27 maggio 1982, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1983

BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di C. CAMARDI, Napoli, 1996

BARNES D. W. – STOUT L. A., *The Economic Analysis of Tort Law*, 35 *West Pub. Co.* 1992

BARNETT R. E. – BECKER M. E., *Promissory estoppel, contract formalities and misrepresentation*, 15 *Hofstra L. Rev.* (1987), pp. 443 ss.

BARNETT R. E., *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 *Va. L. Rev.* 821 (1992).

BAUER R. S., *Consequential Damages in Contract*, 1932, 80 *U. Pa. L. Rev.* 687

BELL P., *Analyzing tort law: the flawed promise of neocontract*, in 74 *Minn. L. Rev.*, (1990), pp. 1177 ss.

BELLINI V., *La tutela della salute nell'ambiente di lavoro*, Milano, 1984

BENATTI F., *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1342 ss.

BENATTI F., *Sulla deroga all'art. 1957 nella fideiussione bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, pp. 217 ss.

BENATTI F., *La buona fede nell'obbligazione e nei contratti*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988

BENATTI F., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 221

BENNION F., *Statutory Interpretation*, London, 1984

BERNSTEIN L., *Social Norms and Default Rules Analysis*, 3 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 59, 62-63 (1993).

BESSONE M., *Svolgimento storico della Law of contract, il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 491 ss

BESSONE M., *Tutela aquiliana del credito e responsabilità per i danni causati dalla temporanea invalidità del prestatore di lavoro*, in *Giur. mer.*, 1982, I, pp. 1189 ss.

BESSONE M. – D'ANGELO A., voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988

- BESSONE M. (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2000
- BETTI E., *Diritto romano, Parte generale*, I, Padova, 1935
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953
- BIANCA C. M., voce *Negligenza (dir. priv.)*, in *Nuovissimo Dig.*, XI, Torino, 1968, pp. 191 ss
- BIANCA C. M., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile diretto da Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980
- BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 ss
- BIANCA C. M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1987
- BIANCA C. M., *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994
- BIANCHI D'URSO F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede (dir. civ.)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.
- BLACK H., *Law of Judicial Precedent*, St. Paul, 1912
- BLACKSTONE W., *Commentaries*, 5th edn., Philadelphia, 1773
- BOHLEN F. H., *The Basis of Affirmative Obligation in the Law of Torts*, in 53 (1905) *Am. L. Reg.*, N.S. pp. 20ss.9
- BOHLEN F. H., *Studies in the Law of Torts*, Indianapolis, 1926
- BOHLEN F. H., *Misrepresentation as Deceit, Negligence or Warranty*, 1929, 42 *Harv.L.Rev.* 733
- BRANCA G., *Morte di chi convive "more uxorio" e risarcimento*, in *Foro it.*, 1970, IV, 40
- BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1973
- BRASIELLO U., *Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale. Svalutazione monetaria. Trasporto merci*, in *Giur. compl. cass. civ.*, p. 300
- BRASIELLO U., *In tema di circolazione di veicoli, e di trasporti sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito. Concorso di azioni per responsabilità aquiliana e contrattuale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, III, pp. 749 ss.

BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991

BROGGINI G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. Priv.*, 1999, pp. 493 ss.

BUCKLAND W. W. – Mc NAIR A. D., *Roman Law and the Common Law*, Cambridge, 1936 (2° ed. a cura di F.H. LAWSON, Cambridge, 1974)

BURTON S. J., *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 *Harv. L. Rev.* 369 (1980)

BURTON S. J., *Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 67 *Iowa L. Rev.* 1 (1981)

BURTON S. J., *Principles of Contract Law*, St. Paul, Minn., 1995

BURTON S. J. – ANDERSEN E. G., *Contractual Good Faith*, Boston, 1995

BUSNELLI F. D., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964

BUSNELLI F. D., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 283 ss.

BUSNELLI F. D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 826 ss

CALABRESI G., *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970

CALABRESI G. – HIRSCHOFF J., *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, in 81 *Yale L.J.* 1055, 1972

CALABRESI G. – MELAMED A. D., *Property rules, Liability Rules and Inalienability: One view on the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.*, 1089, 1972

CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982

CALUSI V. E., *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 470 ss

CAMPBELL D. – HARRIS D., *Flexibility in Long-Term Contractual Relationship: the Testing of Extra-Legal Strategies*, in *Paper at the conference of the European Association of Law and Economics in Rome*, 1990

CANARIS C. W., *Schutzesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, *passim*, tradotto in italiano (senza note) in *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, a cura di A. DI MAJO – M. R. MARELLA, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 567 e 793 ss.

CANNATA C. A. – GAMBARO A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1989

CANNATA V., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1999, pp. 42 ss.

CARBONE P. L., *Tutela civile del mercato e insider trading*, Padova, 1993

CAPPELLETTI M., *The Doctrine Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or No Difference at All?*, *Fest. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 381 ss.

CARPENTER A., *Responsability for Intentional, Negligent and Innocent Misrepresentation*, 1930, 24 *Ill.L.Rev.* 749

CARUSI F., voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, pp. 709 ss.

CASTRONOVO C., *Inattuazione della prestazione di lavoro e responsabilità del terzo danneggiante*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, pp. 370 ss.

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.

CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979

CASTRONOVO C., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 593 ss.

CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995

CASTRONOVO C., *Art. 1176*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Cendon, Torino, 1997

CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, pp. 76 ss.;

CASTRONOVO C., *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 237 ss.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006

CATTANEO G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

1977, pp. 613 ss.

CENDON P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974

CENDON P., *Non di sola salute vive l'uomo. Il danno esistenziale*, in *Nuova categoria della responsabilità civile* a cura di P. Cendon – P. Ziviz, Milano, 2000

CENDON P., *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, pp. 1324 ss.

CENDON P. – ZIVIZ P., *Vincitori e vinti*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 1777 ss

CENDON P. – ZIVIZ P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003

CERDONIO CHIAROMONTE G., *La responsabilità del professionista*, Padova, 2008

CHARLESWORTH J., *On Negligence* (a cura di R. A. Persy), London, 1962

CHECCHINI A., *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977

CHINDEMI D., *Il danno esistenziale “esiste”*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, pp. 1455 ss.;

CIAN G., *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 491 ss.

CICARELLO S., *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988

COASE R., *The Problem of Social Cost*, 3 *J.L.&Econ.* 1 (1960)

COASE R., *The nature of the firm*, in 4 *Economica* (1937), ora in R. COASE, *The firm, the market, and the law*, 1988

COGGIN R. G., *Attorney Negligence – A Suit Within a Suit*, 1958, 60 *W. Va. L. Rev.*, pp. 225 ss.

CONSOLO C., *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Nuovi problemi di dir. proc. civ. internaz.*, Milano, 2002

CORONGIU S., *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *Int'l List*, 2004, 89 ss.

COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 127 ss.

CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 709 ss

- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 2000
- CROSS R. – HARRIS J. W., *Precedent in English Law*, London, 1991
- CUPP Jr. L., *Redesigning Successor Liability*, 1999 *U.Ill.L.Rev.* 845
- D’ALESSANDRO E., *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3, 2007, pp. 383-406
- D’AMICO G., voce *Negligenza*, in *Dig. civ.*, XII, Milano, 1995
- D’AMICO G., *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006
- D’ANGELO A., *La buona fede e l’esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, IV, 2, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 765 ss
- DAINTITH T., *The Design and Performance of Long-Term Contracts*, in *Contract and Organisation*, Berlin-New York, 1986
- DALTON C., *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale L. J.*, 1985, pp. 997-1114
- DAVID R., *Droit commun et “common law”*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1968, pp. 345-363
- DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980
- DAVID R., *Sources of Law*, in *International Encyclopedya of Comparative Law*, II, Tubingen – Boston - London, 1984
- DE CUPIS E., *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963, pp. 249 ss
- DE CUPIS E., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 785 ss.
- DEL FANTE A., *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rassegna dir. civ.*, 1993, pp. 152 ss.
- DeTURCK M. A., GOLDHOBER G. M., RICETTO G. M., *Effectiveness of Alcohol Beverage Warning Labels: Effects of Consumer Information Processing Objections and Color of Signal Word*, 17 *J. Prod. & Tox Liab.* 187 (1995)
- DIAMOND T. A., *The Tort of Bad Faith Breach of Contract: When, If At All, Should It Be Extended Beyond Insurance Transactions?*, (1981) 64 *Marq.L.Rev.*, 447

- DIAS R. V. M., *The Breach Problem and the Duty of Care*, in 30 (1956) *Tulane L.Rev.*, 377
- DI CIOMMO F., *Evoluzione tecnologica e regola di responsabilità civile*, Napoli, 2003
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993
- DI MAJO A., *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993
- DI MAJO A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, pp. 1 ss.
- DI MAJO A., *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 2002
- DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003
- DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1706 ss.
- DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967
- DI MARTINO P., *La responsabilità del terzo complice dell'inadempimento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 1357 ss.
- DICEY A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitutions*, London, 1915
- DOBBINS T. J., *Losing Faith: Extracting the Implied Covenant of Good Faith from (Some) Contracts*, 84 *Or. L. Rev.* 227 (2005)
- DODGE W. S., *The Case for Punitive Damages in Contracts*, 48 *Duke Law Journal*, 1999, pp. 629-700.
- DONDI G., *Atto illecito, lesione o morte del prestatore e tutela aquiliana dei crediti del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, pp. 113 ss.
- DUBROFF H., *The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic*, 80 *St. John's L. Rev.* 559 (2006)
- EDGERTON H. W., *Negligence, Inadvertence and Indifference*, 1926, 39 *Harv.L.Rev.* 849
- EISENBERG M. A., *The Principle of Consideration*, 67 *Cornell L. Rev.* 640, 649-651

(1982)

EPSTEIN R., *A Theory of Strict Liability*, 2 *J. Leg. Studies* 151 (1973)

EVANGELISTA S., *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984

FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947

FARNSWORTH E. A., *Legal remedies for Breach of Contract*, 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 1145, 1147.

FARNSWORTH E. A. – YOUNG W. F. – SANGER C., *Contracts: Cases and Materials*, New York, 1995

FARNSWORTH E. A., *Contracts*, New York, 1998

FEENSTRA R. C., *Théories sur la responsabilité civile*, Paris, 1959

FELDMAN E., *Actions in Contract Resulting from Aircraft Crashes*, 1963, 12 *Cleve. Marsh. L. Rev.*, p. 472

FEINMAN J. M., *Relational Contract and Default Rules*, 3 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 43 (1993)

FIFOOT C. H. S., *English law and its background*, Holmes Beach, Fla., 1993

FILES, *On Treatment of Negligence*, in *Digest English Civil Law*, s.l., 1910, pp. 545 ss.

FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1999, I, pp. 661 ss

FRANKLIN M. A. - RABIN R. L. - GREEN M. D., *Torts Law and Alternatives, Cases and Materials*, New York, 2006

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto. Volume II – Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999

FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, in E. GABRIELLI (a cura di) *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, Torino, 1999

FRANZONI M., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impresa*, 2003, pp. 1193 ss.

- GABRIELLI E. (a cura di) *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, Torino, 1999
- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, pp. 1 ss.
- GALGANO F., *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006
- GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. Impr.*, 2008, pp. 91 ss.
- GALLO P., *L'elemento oggettivo del Tort of negligence*, Milano, 1988
- GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 239 ss.
- GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: il "quantum"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 487 ss.
- GAMBARO S. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* a cura di R. Sacco, Torino, 2008
- GAROFALO L. a cura di, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Padova, 2003
- GAZZANIGA J. L., *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000
- GAZZONI F., *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.e prev.*, 2003, pp. 1292 ss
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993
- GIARDINA F., *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del Contratto* a cura di E. Del Prato, Milano, 2003
- GILLES S. G., *The Invisible Hand Formula*, 80 *Va. L. Rev.* 1015 (1994)
- GILMORE G., *The Death of Contract*, Columbus, 1974
- GILMORE G., *La morte del contratto*, Milano, 1988
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*. Milano, 1968
- GIORGIANNI M., *Buon padre di famiglia*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988
- GOODHART A. L., *Rescue and Voluntary Assumption of Risk*, (1935) 5 *Comb. L.J.*

- GORDLEY J., *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, Oxford, 1995
- GREEN L., *The duty problem in Negligence Cases* (pts. 1-2), 28 *Colum. L. Rev.* 1014, 29 *Colum. L. Rev.* 255 (1929)
- GREEN L., *The Negligence Issue*, 1928, 37 *Yale L.J.* 1029, ristampato in *Judge and Jury*, 1930
- GREEN L., *Deceit*, 1930, 16 *Va.L.Rev.* 749
- GREEN L., *The Reasonable Man: Legal Fiction or Psychosocial Reality?*, 1968, 2 *L. & Soc.Rev.* 241
- GREEN L., *Successor Liability: The Superiority of Statutory Reform to Protect Products Liability Claimants*, 72 *Cornell L.Rev.* 17 (1986)
- GREGORY C. O., *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 (1951) *Va. L. Rev.*, pp. 359 ss
- HARPER H., JAMES F., GRAY JR., & O., 3 *The law of Torts*, Boston, 1986
- HEINITZ W., *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana*, in *Foro it.*, 1936, I, 1566
- HEUSTON M. A., *Salmond on the Law of Torts*, London, 1973, p. 197;
- HOUH E. M. S., *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?*, 2005 *Utah L. Rev.* 1 (2005)
- HILLIARD F., *Law of Torts, or Private Wrongs*, Boston, 1859
- HOLDSWORTH W. S., *Some makers of English law*, Cambridge, 1938
- HOLDSWORTH W. S., *History of English Law*, Boston, 1922-1966
- HOLMES O. W. Jr, *The Common Law*, Boston, 1881
- IRTI N., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004
- JAMES F., *Limitations on Liability for Economics Loss caused by Negligence*, in 25 (1972) *Vand. L. Rev.*, pp. 43 ss.
- KAHN-FREUND O., *English Law and American Law. Some comparative Reflections*, in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, 1962, pp. 362

- KEETON W. P., *Fraud – Concealment and Non-Disclosure*, 1936, 15 *Tex. L. Rev.* 1
- KEETON W. P., *Liability Insurance and Responsibility for Settlement*, (1954) 67 *Harv.L.Rev.* 1136
- KEETON W. P., *Fraud: The Necessity for an Intent to Deceive*, 1958, 5, *U.C.L.A.L.Rev.* 216.
- KENNEDY D., *Form and substance in private law adjudication*, 78 *Harv. L. Rev.* (1975), pp. 1685 ss
- KENNEDY D., *Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargain power*, 41 *Md. L. Rev.* (1982), pp. 563 ss.
- KESSLER F., *Contracts of Adhesion*, 43 *Colum. L. Rev.* 629, 637 (1943)
- KIRALFY A. K., *Tjhe Humber Ferryman and the Action on the Case*, *Cambridge Law Journal*, 11, 1953, pp. 420 ss.
- KNAPP C. L. – CRYSTAL N. M. – PRINCE H. G., *Problems in Contract Law, Cases and Materials*, New York, 2007
- KORNBLUM G. O., *Recent Cases Interpreting the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing*, (1981) 30 *Def.L.J.* 411
- KOSTINSKY, *A new theory of assent-based liability emerging under the guise of promissory estoppel: an explanation and a defense*, 33 *Wayne L. Rev.* (1987), pp. 895 ss
- KÖTZ H., *Taking the Civil Code Less Seriously*, in 50 *Mod. L. Rev.*, 1987, pp. 1 ss.
- KRONMAN A., *Contract law and distributive justice*, 89 *Yale L. J.* (1980), 472
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007
- LAWSON F. H. – MARKESINIS B. S., *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and in the Civil Law*, Cambridge, 1982
- LOUDERBACK C. M. – JURIKA T. W., *Standards for Limiting the Tort of Bad Faith Breach of Contract*, (1981) 16 *U.S.F. L.Rev.* 187
- LUMINOSO A., *La lesione dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972
- LUMINOSO A., *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, pp. 197 ss.
- LUMINOSO A., *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Cont. Impr.*, 1988, pp. 792 ss.

MACNEIL I. R., *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law*, in *Northwestern University Law Review*, (1978) 72, pp. 854-905

MACNEIL I. R., *The new social contract*, New Heaven, 1980

MACNEIL I. R., *Values in contract; internal and external*, 78 *Nw. U.L. Rev.* [1983], pp. 340 ss.

MACNEIL I. R., *Efficient breach of contract: circles in the sky*, 68 *Va. L. Rev.* [1982], pp. 947 ss.,

MAGGIOLO M., *Predisposizione e scambi senza accordo nei contratti bancari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, I, pp. 31 ss

MAITLAND F. W., *History of English Law*, Cambridge, 1898

MAITLAND F. W., *Equity and the Forms of Action*, Cambridge, 1910

MAITLAND F. W., *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1948

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958

MAJELLO U., voce *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 242

MANCINI G. F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957

MATTEI U., *Stare decisis*, Milano, 1988

MATTEI U., *Common law, Il diritto angloamericano*, in *Trattato di Diritto Comparato* diretto da Sacco, Torino, 1992

MATTEI U., *Il modello di common law*, in *Sistemi Giuridici Comparati* a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2004

MCCORMICK C. T., *The Contemplation Rule as a Limitation Upon Damages for Breach of Contract*, 1935, 19 *Minn. L. Rev.*, p. 497

MENGONI L., *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pp. 360 ss.

MENGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 518 ss.

- MENGONI L., *Responsabilità contrattuale*, (dir. vig.), voce in *Enc.dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.
- MESSINEO F., voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 935 ss.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da Cicu e Messineo, XXI, 1972
- MILLER A. J., *The Contractual Liability of Physicians and Surgeons*, 1953, *Wash. U. L. Q.* 413.
- MILLNER A. J., *Negligence in Modern Law*, London, 1971
- MILSOM S. F. C., *Trespass from Henry III to Edward III*, 1958, 74 *LQR*, pp. 571 ss.
- MILSOM S. F. C., *Historical Foundation of the Common Law*, Butterworths, Londra, 1981
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, 1958
- MONATERI P. G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989
- MONATERI P. G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998
- MONATERI P. G., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998
- MONATERI P. G., “*Alle soglie*”: *la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, pp. 836 ss.
- MONATERI P. G., *La responsabilità civile*, Torino, 2006
- MONTUSCHI L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986
- MONTUSCHI L., *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1996, 139 ss
- MONTUSCHI L., *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1994, pp. 317 ss.
- MOSCATI E., *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003
- MORRIS B., *Liability for Innocent Misrepresentation*, 1930, 64 *U.S.L.Rev.* 121
- MURAGLIA C., *La sicurezza del lavoro e la tutela penale*, Milano, 1974
- MURIS T. J., *Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts*, 65 *Minn. L. Rev.*

521 (1981)

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo, vol. XVI, t. 1, Milano, 1974

NAVARRETTA E., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, pp. 3 ss.

OPPO G., *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990

OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 602 ss

OSTI G., voce *Contratto*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1959, pp. 514 ss.

PACCHIONI G., *Diritto Civile Italiano*, II, vol. IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940

PACINI C., MARTIN M. J., HAMILTON L.: *At the Interface of Law and Accounting: An Examination of a Trend Toward a Reduction in the Scope of Auditor Liability to Third Parties*, 37 *Am.Bus. L.J.* 171 (2000)

PALMER V., *Why privity entered tort - an historical reexamination of Winterbottom v. Wright*, in *American Journal of Legal History*, 27, 1, pp. 85 ss.

PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973

PANZINI S., *Violazione dei doveri di informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. Imp.*, 2007, pp. 1002 ss

PARRIELLO C., *Medical Malpractice e regole di responsabilità civile*, Milano, 2008

PAYNE D., *The Tort of Negligence*, in 6 (1953) *Curr. Leg. Probl.*, pp. 236 ss.

PETRETTI GRIVA D. R., *In tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e d'azione di risarcimento per la morte di una persona*, in *Giur. Tosc.*, 1931, pp. 546 ss.

PLUCKNETT T. F. T., *A Coicise History of the Common Law*, Boston, 1956

POLLOCK F., *Law of Torts*, London, 1929

POLLOCK F., *The Snail in the Bottle, and Thereafter*, 1933, 49 *L. Q. Rev.*, pp. 22 ss.

PONZANELLI G., *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. Prev.*, 1984

- PONZANELLI G., *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992
- PONZANELLI G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 5 ss
- PORTALE G. B., *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007
- POSNER R. A., *A Theory of Negligence*, 1 *J. Legal Stud.* 29, 33 (1972)
- POSNER R. A., *Strict Liability: a Comment*, 2 *J. Leg. Studies* 205 (1973)
- POSNER R. A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publisher, New York, 1998
- POUND R., *Theory of Social Interests*, 4 *Pub. Am. Soc. Society*, 1920, p. 15
- POUND R., *The Deviation of American Law from English Law*, in *Law Quarterly Review*, 67, 1951, pp. 46 ss.
- PRICHARD M. J., *Trespass, Case and the Rule in Williams v. Holland*, (1964), *Cambridge Law Journal*, pp. 234 ss.
- PRICHARD M. J., *Scott v. Shepard (1773) and the Emergence of the Torst of Negligence*, London, 1976
- PROSSER W. L., *Palsgraf Revisited*, 1953, 52 *Mich. L. Rev.*, pp. 1 ss.
- PROSSER W. L., *The border land of tort and contract, Selected topics on the law of torts*, Hann Arbor, 1953
- PROSSER W. L., *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul – Minn., 1971
- PROSSER W. L. - KEETON W. P. – DOBBS D. B. – KEETON R. E. – OWEN D. G., *Prosser and Keeton on torts*, St. Paul, Minn., 1984
- RABITTI M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, pp. 340 ss.
- RAISER L., *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, 1960, ora ID., *Il compito del diritto privato*, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990
- RAWLS J., *A theory of justice*, Cambridge, U.S.A., 1973
- REIFNER U., *The Vikings and the Romans – Contract Law and Social Economy*, in *Perspectives of Critical Contract Law*, a cura di T. Wilhelmsson, Aldershot – Brookfield USA, 1992
- REIFNER U., *The Lost Penny, Social Contract Law and Market Economy*, in *From*

Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, a cura di T. Wilhelmsson e S. Hurri, Aldershot – Brookfield USA, 1999

REYNOLDS O. M. Jr., *The Reasonable Man of Negligence Law: A Health Report on the "Odious Creature"*, 1970, 23 *Okla. L. Rev.* 410

REYNOLDS O. M. Jr., *Limits on Negligence Liability: Palsgraf*, 50, 1979, 32 *Okla.L.Rev.* 63

RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979

RHEINSTEIN M., *Common Law – Equity* (voce), in *Enc. del diritto*, VII, Milano, 1960, pp. 916 ss.

RIVA SANSEVERINO L., *Lavoro, artt. 2060-2134, Commentario Scialoja -Branca*, Bologna-Roma, 1986, pp. 203 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969

RODOTÀ S., voce *Diligenza (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, p. 542

ROLFI F., *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. Merito*, 2007, 3, pp. 555 ss

ROGERS V. H., *Winfield & Jolowicz on Tort*, Melbourne, 2006

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2001

ROSSELLO C., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, pp. 317 ss.

ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impresa*, 1996, pp. 659 ss.

ROSSETT A. I., *Contract Performance: Promises, Conditions and the Obligation to Communicate*, (1975) 22 *UCLA L.Rev.* 1083

ROTONDI M., *Istituzioni di diritto civile*, Pavia, 1954

ROVELLI L., voce *Correttezza*, in *Dig. civ.*, Torino, 1989, pp. 423 ss.

RUSSO R., *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 962 ss.

SACCO R., *Colpa contrattuale e aquiliana. Concorso o incompatibilità*, in *Mon. Trib.*, 1926, p. 802

SACCO R., *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro padano*, 1960, I, p. 1439

SACCO R., *Concorso della azione contrattuale ed extracontrattuale*, in G.VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999

SADICA I., *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. imp.*, 2005, p. 101

SAFFIOTI M. T., *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999

SALERNO A., *La tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Padova, 1982

SALVI C., *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pp. 235 ss.

SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, 2005

SCALISI V., *Il danno esistenziale. La "svolta" della Suprema Corte di Cassazione avallata "quasi in simultanea" dalla Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 58 ss.

SCANNICCHIO N., *Ages of American Law. Dalla storia della giurisprudenza alla giurisprudenza come storia: riflessioni sul viaggio in Italia della dottrina americana del contratto*, in *Pol. dir.*, 1981, pp. 319 ss

SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p.1277 ss.

SCHMIDT F., *The Ratio Decidendi, A Comparative Study of a French, German and an American Supreme Court Decision*, Goteborg, 1965

SCHWARTZ G., *The vitality of Negligence and the ethics of strict Liability*, 15 *Georgia Law Review*, 1981, pp. 963 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1996

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, pp. 670 ss

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1970

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Bari, 2005

- SEAVEY W. A., *Review of Winfield, Province of the Law of Tort*, 1931, 45 *Harv. L. Rev.*, pp. 209 ss.
- SEAVEY W. A., *Negligence - Subjective or Objective*, 41 *Har. L. Rev.*, I, (1927), 1 ss.
- SEAVEY W. A., *Economic analysis of accident law*, Cambridge, U.S.A., 1988
- SHAPO M. S., *The Duty to Act, Tort Law, Power, and Public Policy*, Austin-London, 1977
- SHAPO M. S., *Basic Principles of Tort Law*, St. Paul – Minn., 1999
- SMITH J., *Liability for Negligent Language*, 1909, 14 *Harv.L.Rev.* 184
- SYMMONS E., *The Duty of Care in Negligence: Recent Policy Element*, I, in 34 *Mod. L. Rev.* (1971), pp. 394 ss
- SPENCE A. M., *Consumer misperceptions, product failure and producer liability*, in 44 *Rev. Ec. St.* (1977), pp. 561 ss.
- STAUB E., *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902, *passim*, tradotta in italiano da G. Varanese, col titolo di *Le violazioni positive del contratto*, con prefazione di R. Favale, Napoli, 2001
- STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, pp. 166 ss.
- STONE J., *Precedent and the Law*, Sidney, 1987
- STREET A. T., *The Foundations of Legal Liability*, I, N.Y. Northport, 1906
- STREET H., *The Law of Torts*, London, 1976
- SUMMERS R. S., *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67 *Cornell L. Rev.* 810 (1982)
- SUMMERS R. S., “*Good Faith*” in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, 54 *Va. L. Rev.* 195 (1983)
- SUMMERS R. S. – HILLMAN R. A., *Contract and related obligation: theory, doctrine, and practice*, St. Paul, Minn., 2006
- SUMNER MAINE H., *Dissertation on early law and custom*, London, 1883
- TALAMANCA M., voce *Obbligazioni* (dir. rom.), in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XXIX, pp. 2 ss
- TERRÉ F. – SIMLER P. – LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2002

- TESAURO P. – RECCHIA G., *Torts*, voce del *Noviss. dig. it.*, vol XIX, Torino, 1973, pp. 418 ss.
- TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2004
- THIEME H., *Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?*, in *La seconda scolastica ecc.*, Milano, 1973
- THODE E. W., *Tort Analysis: Duty-Risk v. Proximate Cause and the Rational Allocation of Functions Between Judge and Jury*, 1977 *Utah.L.Rev.*, 1 ss.
- TOBRINER M. O., *Retrospect: Ten Years on The California Supreme Court*, 20 *U.C.L.A. L. Rev.* (1972)
- TOSCANO A., *Responsabilità civile. Problema del cumulo o del concorso delle responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II
- TREITEL G. H., *Privity*, in *Chitty on Contracts*, London, 1999
- TREVES R., *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 1987
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1975
- TRIMARCHI P., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 217 ss.
- TULLINI P., *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 197, p. 870 ss, 878
- UDA G. M., *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, vol. I, pp. 318 ss.
- UDA G. M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, pp. 192 ss, 196
- UDA G. M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Padova, 2004
- UNDERHILL A., *Law of Torts, or Wrongs independent of Contract*, London, 1873
- UNGER R. M., *Critical legal studies*, 96 *Harv. L. Rev.* (1983), pp. 561 ss.
- VAN ALSTINE M. P., *Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith*, 40 *Wm. & Mary L. Rev.* 1223 (1999)
- VANCE W. R., *Insurance*, 1928, 14 *Corn.L.Q.*, 91
- VARALDO M., *La riscoperta dell'art. 2043 c.c.*, in *Or. giur. lav.*, 1984, pp. 648 ss.

VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, vol. I, Torino, 2006

VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Argomenti per un confronto civil law common law*, vol. II, Torino, 2003

VISINTINI G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979

VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1077 ss.

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1212-1222*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987

VISINTINI G., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1991, pp. 2 ss.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005

VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore, (Artt. 1218-1222), Il Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2006

WIGMORE J. H., *Responsability for Tortious Acts: Its History*, in 7 (1894) *Harv. L. Rev.*, pp. 315 ss.

WILHELMSSON T., *Questions for a Critical Contract Law and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation*, in *Perspectives of Critical Contract Law* a cura di T. Wilhelmsson, Aldershot – Brookfield USA, 1993

WILLIAMS G., *The aims of the Law of Torts*, in 4 (1951) *Curr. Leg. Probl.*, pp. 152 ss.

WILLISTON S., *Liability for Honest Misrepresentation*, 1911, 24 *Harv. L. Rev.* 415

WILSON E. H., *Concealment or Silence as a Form of Fraud*, 1895, 5

WINFIELD P. H., *The History of Negligence in the Law of Torts*, 1926, 42, *Law Quarterly Review* pp. 184 ss.

WINFIELD P. H., *Public Policy and the English Common Law*, 42 *Harv. L. Rev.*, 1928, p. 76

WINFIELD P. H., *Province of the Law of Tort*, New York – Cambridge, 1931

- WINFIELD P. H. – GOODHART A. L., *The Trespass and Negligence*, 1933, 49, *Law Quarterly Review*, pp. 359 ss.
- WINFIELD P. H., *Duty in Tortious Negligence*, (1934) 34, *Columbia Law Review*, p. 41 ss.
- WINFIELD P. H., – JOLOWICZ, *On Tort*, London, 1973
- WITKIN B. E., *California Procedure*, St. Paul, Minn., 1996
- WOODBINE G. E., *The Origins of the Action of Trespass*, in *Yale Law Journal*, 33, 1924, pp. 799 ss.
- ZACCARIA G., *Stato sociale*, in *Lessico della politica*, a cura di ID., Roma, 1987
- ZATTI P. – COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2003
- ZENO ZENCOVICH V., *Danni non patrimoniali e inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1999
- ZENO ZENCOVICH V., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pp. 177 ss.
- ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979
- ZIVIZ P., *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Scritti in onore di R. Sacco* a cura di P. Cendon, vol. II, 3, 1994, pp. 1322 ss.
- ZWEIGERT K. – KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, vol. I, Milano, 1998
- ZWEIGERT K. – KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato. Istituti*, vol. II, Milano, 1995