

CAPITOLO I

CARATTERI GENERALI E FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO: 1. La nozione e la pluriforme funzione dell'obbligazione. – 1.1. L'obbligazione in funzione traslativa e di scambio. – 1.2. L'obbligazione come mezzo di tutela: la funzione risarcitoria e indennitaria. – 1.3. L'obbligazione come reazione a uno spostamento patrimoniale non giustificato: la funzione restitutoria. – 1.4. La serie aperta delle funzioni dell'obbligazione: la protezione. – 2. La teoria generale: i caratteri strutturali e le dinamiche evolutive dell'obbligazione. – 3. Le fonti dell'obbligazione. – 3.1. L'atipicità. – 3.2. Il contratto. – 3.3. Il fatto illecito e il fatto lecito. – 3.4. I rapporti contrattuali di fatto. – 3.5. Il contatto sociale qualificato. – 3.6. La buona fede oggettiva: cenni e rinvio. – 4. Obbligazione e giuridicità. L'intento giuridico negativo. – 5. L'obbligazione naturale. – 5.1. La rilevanza giuridica dell'obbligazione naturale.

1. La nozione e la pluriforme funzione dell'obbligazione

Il termine “obbligazione” deriva dal vocabolo latino *obligatio*, la cui etimologia racchiude l'essenza stessa dell'istituto: *ob* (verso) e *ligare* (legare). Secondo la definizione contenuta nel *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano (“*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”) l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale un soggetto (debitore) è tenuto a effettuare una prestazione di dare, fare o non fare nei confronti di un altro soggetto (creditore). L'obbligazione, in quanto vincolo, “costringe” il debitore a tenere il comportamento in essa dedotto, per soddisfare l'interesse creditorio, e correlativamente attribuisce al creditore rimasto insoddisfatto il diritto di agire in giudizio per la realizzazione coatta del proprio credito.

L'obbligazione può allora essere definita come lo specifico dovere giuridico in forza del quale un soggetto, detto debitore, è tenuto ad una determinata prestazione patrimoniale per soddisfare l'interesse di un altro soggetto, detto creditore.

Oltre a designare la posizione debitoria, il termine obbligazione indica anche il rapporto che intercorre tra debitore e creditore. Questo rapporto prende il nome di rapporto obbligatorio.

Il rapporto obbligatorio è costituito dalla situazione attiva in capo al creditore (denominata diritto di credito) e da quella passiva del debitore (denominata debito, ovvero obbligazione in senso stretto); l'oggetto dell'obbligazione consiste nella prestazione, cioè nel comportamento al quale è tenuto il debitore.

1.1. L'obbligazione in funzione traslativa e di scambio

Il codice del 1865, ad imitazione del modello francese, includeva l'obbligazione tra i modi di acquisto della proprietà, attribuendole un ruolo centrale nell'ambito degli strumenti individuati dall'ordinamento per realizzare la funzione traslativa del diritto di proprietà. Il ruolo dell'obbligazione, nel previgente codice, rispecchiava il contesto socio-economico del tempo, in cui la ricchezza coincideva con la proprietà e, quindi, con il diritto di proprietà: l'obbligazione, costituendo il mezzo principale di trasferimento del diritto dominicale, era deputata ad assolvere una funzione strumentale e ancillare rispetto al diritto di proprietà.

Il codice civile vigente non include più le obbligazioni tra i modi di acquisto della proprietà. L'innovazione sistematica rispetto al codice del 1865 merita di essere sottolineata, poiché denota il nuovo ruolo e la diversa funzione che il legislatore ha conferito all'obbligazione, in un mutato contesto socio-economico che giustifica la scelta innovatrice del legislatore.

Lo sviluppo industriale e finanziario, infatti, ha determinato una trasformazione del concetto stesso di ricchezza, incentrato non più sulla proprietà, ma sul bene-denaro e sulle attività economiche e finanziarie idonee a produrlo. La ricchezza ha così perduto la sua originaria dimensione statica, assumendone una dinamica (c.d. mobilizzazione della ricchezza). Anche l'obbligazione, di conseguenza, ha assunto una configurazione nuova: non più strumento di trasferimento della proprietà, ma forma di esplicazione dell'attività economica e finanziaria, basata sul credito e sui rapporti obbligatori.

La rinnovata funzione economica dell'obbligazione si incentra sullo scambio di beni, servizi e utilità: una funzione, quindi, distributiva e allocativa della ricchezza (obbligazione di scambio o contrattuale).

La nuova dimensione assunta dall'obbligazione si è riflessa nella sistematica del codice civile vigente, il quale, a differenza del codice del 1865, disciplina l'obbligazione non più in relazione (e in funzione) della proprietà, ma in maniera autonoma (artt. 1173-1320).

L'autonomia conquistata dall'obbligazione, sotto il profilo sistematico, è il chiaro segno che il rapporto obbligatorio costituisce la forma tipica dei rapporti privati.

1.2. L'obbligazione come mezzo di tutela: la funzione risarcitoria e indennitaria

Nella sistematica del codice civile l'obbligazione costituisce anche mezzo di tutela della persona e dei suoi beni contro atti illeciti, lesivi dell'altrui sfera giuridico-patrimoniale: è l'obbligazione risarcitoria.

L'obbligazione assume qui una funzione conservativa, insieme riparatoria e ripristinatoria: tende a preservare l'assetto preesistente all'ingiusta lesione, attraverso la rimozione delle conseguenze dannose derivanti dall'altrui illecita interferenza.

All'obbligazione risarcitoria con funzione conservativa si affianca l'obbligazione indennitaria, con una funzione solo in parte analoga alla prima: quella indennitaria, a differenza dell'obbligazione risarcitoria, origina da un fatto dannoso non avente carattere di illecito. Nel nostro ordinamento, infatti, il danno non necessariamente è la conseguenza di un atto non consentito dall'ordinamento. Vi sono conseguenze dannose che derivano da atti autorizzati dall'ordinamento, e quindi leciti. Si verifica, allora, questa precisa situazione: il danno, pur lesivo della sfera giuridica altrui (e, quindi, *contra ius*) non è cagionato da un comportamento illecito (*non iure*), ma, al contrario, è conseguenza di un atto autorizzato dall'ordinamento (*iure*). L'autorizzazione a compiere l'atto lecito dannoso, tuttavia, non esclude la necessità di tutelare la sfera giuridica del soggetto danneggiato. La tutela si realizza attraverso lo strumento dell'indennizzo: l'ordinamento compensa il danno obbligando l'autore a corrispondere un indennizzo al danneggiato.

L'obbligazione indennitaria, a differenza di quella risarcitoria, è finalizzata a ristabilire una situazione di equilibrio dopo che si è verificato il sacrificio dell'interesse altrui mediante un atto consentito dall'ordinamento.

La *ratio* dell'obbligazione indennitaria, a differenza di quella risarcitoria, si può rinvenire in un fondamento etico ed equitativo: il principio di giustizia distributiva, che mira a riequilibrare una situazione di disequilibrio tra danneggiato e danneggiante legittimata dall'ordinamento.

1.3. L'obbligazione come reazione a uno spostamento patrimoniale non giustificato: la funzione restitutoria

All'obbligazione è assegnata un'ulteriore funzione, correlata al duplice principio della necessaria causalità degli spostamenti patrimoniali (art. 2041 c.c.) e della ripetibilità delle prestazioni adempite senza essere dovute (art. 2033 c.c.): l'ordinamento non ammette trasferimenti di ricchezza che non siano sorretti da una giustificazione causale o che siano stati effettuati indebitamente. In relazione a tali tipologie di spostamenti patrimoniali, l'obbligazione assolve una funzione correttiva, sostanziandosi: i) nel dovere del soggetto

arricchitosi senza causa di indennizzare il soggetto danneggiato (in questo caso l'obbligazione continua ad assolvere una funzione indennitaria); ii) nel dovere del soggetto che ha ricevuto la prestazione indebita di restituirla (in questo caso, l'obbligazione assolve una funzione tipicamente e strettamente «restitutoria»).

1.4. La serie aperta delle funzioni dell'obbligazione: la protezione

La tassonomia delle diverse funzioni (scambio, risarcimento, indennizzo, restituzione) che l'obbligazione può assolvere è destinata inevitabilmente ad assumere valenza relativa e solo descrittiva. E ciò in quanto le obbligazioni costituiscono una serie «aperta», essendo altrettanto aperta la loro fonte. Esse, infatti, possono derivare da ogni fatto a atto idoneo a produrle secondo l'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.). L'elasticità della formula utilizzata dal legislatore nell'individuare la fonte dell'obbligazione si riflette sulla funzione dell'obbligazione stessa, che tende anch'essa all'atipicità. Ciò rende l'obbligazione un istituto plastico, adattabile alle diverse esigenze poste dalla prassi economica e dalle trasformazioni del tessuto sociale.

L'esempio più evidente è rappresentato dall'obbligazione con funzione di protezione: su un determinato soggetto può gravare un obbligo il cui contenuto si sostanzia nell'utilizzo di un'adeguata diligenza nell'espletamento della propria attività tecnica o professionale, tale da evitare il verificarsi di pregiudizi in capo ad un altro soggetto con cui si sia instaurata una relazione, anche al di fuori di un rapporto contrattuale.

Da una situazione di fatto può sorgere un dovere di protezione: il soggetto è obbligato a proteggere. È ciò che si verifica nel caso di contatto sociale qualificato (v. *amplius infra*).

2. La teoria generale: i caratteri strutturali e le dinamiche evolutive dell'obbligazione

Nella teoria generale delle obbligazioni, il rapporto obbligatorio si compone dei seguenti elementi: i) i soggetti (debitore e creditore); ii) il contenuto, rappresentato dal diritto del creditore nei confronti del debitore e dal correlato obbligo del debitore nei confronti del creditore (debito); iii) l'oggetto, ossia la prestazione, che si sostanzia in un comportamento di contenuto positivo (dare o fare) o negativo (non fare).

È in relazione ai primi due elementi (i soggetti e il contenuto) che si percepisce il carattere della relatività dell'obbligazione: il rapporto giuridico che si instaura è incentrato su un diritto di credito del soggetto attivo, avente natura di pretesa, cui corrisponde un obbligo a carico del soggetto passivo,

ossia il dovere di tenere un certo comportamento. La relatività indica la direzione del diritto e dell'obbligo che lega due soggetti determinati: la pretesa del creditore è rivolta verso il debitore, e solo verso il debitore; solo questi, e non altri, è tenuto all'adempimento dell'obbligazione. In caso di inadempimento, la relatività consente l'attuazione coattiva della pretesa solo nei confronti del soggetto passivo.

Il connotato della relatività tende a svanire quando il diritto di credito è leso da atti o comportamenti di soggetti terzi. La tutela del diritto di credito, in questo caso, può essere azionata *erga omnes*, cioè nei confronti di qualunque soggetto che abbia pregiudicato l'esercizio utile di quel diritto. In ciò si sostanzia la tutela aquiliana del credito, attraverso l'obbligazione risarcitoria.

È, infine, con riguardo al terzo elemento (l'oggetto) che si percepisce un'ulteriore caratteristica dell'obbligazione. L'oggetto non si esaurisce nell'obbligo primario di prestazione, espressamente previsto e finalizzato alla realizzazione dell'interesse creditorio, o nel corrispondente diritto-pretesa del creditore dedotto in obbligazione. L'oggetto comprende anche doveri secondari di comportamento, strumentali rispetto al dovere primario.

Ma, soprattutto, l'obbligazione si estende a quei doveri, non espressamente dedotti nel rapporto, che derivano dalla clausola generale e precettiva di buona fede di cui all'art. 1175 c.c.. Tale clausola, imponendo alle parti del rapporto di comportarsi correttamente, sancisce un obbligo di buona fede oggettiva che opera come fonte di obbligazioni e che conseguentemente determina un'integrazione del contenuto originario del rapporto giuridico, tramite l'emersione di obblighi ulteriori rispetto a quelli che già formano oggetto di quel rapporto.

Buona fede oggettiva è sinonimo di reciprocità: il creditore, nel soddisfare il proprio interesse, deve tenere in considerazione l'interesse del debitore; il debitore, nell'eseguire la propria prestazione, deve mirare a soddisfare l'interesse del creditore. Si impone, in questo modo, una interrelazione dell'interesse del creditore con quello del debitore. In ciò si compendia la clausola di reciprocità, che dà attuazione, sul piano civilistico, al principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e che dà contenuto alla clausola generale di buona fede e correttezza. Essa pone in capo al debitore tutti quegli obblighi idonei a soddisfare l'interesse del creditore; al contempo, la reciprocità è fonte per il creditore di obblighi necessari a tutelare l'interesse del debitore. Tutto ciò in ossequio a un principio cardine dell'ordinamento, che vieta la soddisfazione egoistica dei propri interessi.

Dalla buona fede, intesa come fonte di obbligazioni, possono sorgere, ad esempio, obblighi di esecuzione di prestazioni non previste, di modifica del comportamento durante l'esecuzione della prestazione, di tolleranza rispet-

to a modifiche della prestazione che non ne compromettano la sostanziale utilità, di avviso e di informazione, nonché di corretto esercizio di poteri discrezionali. Dalla buona fede può derivare perfino l'inesigibilità della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione.

Si percepisce, così, la natura plastica dell'oggetto dell'obbligazione, che si modella sulla specificità del singolo rapporto giuridico che vincola il debitore al creditore.

La buona fede, oltre a integrare e modificare un rapporto obbligatorio già sorto, può divenire essa stessa fonte originaria ed esclusiva di un'obbligazione. Il riferimento principale è agli obblighi di protezione e, in particolare, all'istituto, di origine tedesca, del contatto sociale qualificato. Tale istituto si iscrive nel più ampio contesto di valorizzazione della clausola generale di buona fede e nella lettura del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, volta a superare la semplicistica linearità dello schema creditore-debitore incentrato sul solo obbligo di prestazione.

Per contatto sociale qualificato si intende la relazione, priva di fonte contrattuale, che si instaura tra due soggetti, il primo dei quali confida nell'adempimento di un dovere di diligenza gravante sul secondo in ragione delle sue qualità tecnico-professionali. Il rapporto concretamente instauratosi tra i due soggetti e l'affidamento che legittimamente il primo ripone nei confronti del secondo integrano un fatto idoneo a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1173 c.c. e, in particolare, a generare un obbligo di protezione. Il contenuto di tale obbligo si sostanzia nell'utilizzo di un'adeguata diligenza nell'espletamento della propria attività tecnica o professionale, tale da evitare il verificarsi di pregiudizi in capo al soggetto con cui sia venuto in contatto. Pur in assenza di un sia pur tacito vincolo contrattuale, il soggetto gravato da obblighi di protezione può essere chiamato a rispondere dei danni cagionati dall'inadempimento di quegli obblighi, secondo la disciplina di cui all'art. 1218 c.c..

3. Le fonti dell'obbligazione

L'art. 1173 c.c. individua un trittico di fonti dell'obbligazione: i) il contratto; ii) il fatto illecito; iii) ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico.

La formulazione della norma evoca la tripartizione delle fonti di Gaio e si distingue invece dalle Istituzioni di Giustiniano e dall'omologa disposizione del codice del 1865 (art. 1097).

L'indicazione delle fonti dell'obbligazione nel contratto, nell'illecito e nelle altre varie fattispecie richiama quasi alla lettera la tripartizione di Gaio (*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio*

quodam iure ex variis causarum figuris) “. Nelle Istituzioni di Giustiniano troviamo invece una quadripartizione delle fonti, in quanto le varie figure diverse dal contratto e dall’illecito sono classificate in quasi-contratti e quasi-delitti. Tale classificazione fu recepita dal codice francese (art. 1101 s., 1371 s., 1382 s.), e passò nel codice italiano del 1865. Questo codice indicava come fonti dell’obbligazione anzitutto la legge e poi il contratto, il delitto, il quasi-contratto e il quasi-delitto (art. 1097).

Il codice previgente operava una pentapartizione delle fonti delle obbligazioni e adottava una terminologia fedele ad un modello di obbligazione che cercava di ricondurre alla volontà privata tutti i vincoli alla libertà individuale. Di qui le ambigue categorie, ignote al diritto romano classico, dei quasi-contratti e dei quasi-delitti, che racchiudevano le obbligazioni derivanti da fonte diversa dalla legge, dal contratto o dell’illecito.

Il quasi-contratto era definito come un fatto volontario e lecito dal quale risulta un’obbligazione verso un terzo o un’obbligazione reciproca tra le parti (art. 1140) Quale fatto volontario lecito il quasi-contratto comprende gli atti giuridici in senso stretto, ossia gli atti giuridici non negoziali (gestione di affari altrui, pagamento d’indebito, ecc.).

Il quasi-delitto, sempre nella concezione accolta dal codice abrogato, è la fattispecie di danno della quale il soggetto risponde pur non integrando un fatto proprio (danno arrecato dai dipendenti, danno derivante da cose in custodia, ecc.).

Il codice civile vigente, adottando un modello tripartito delle fonti, ha ripudiato le categorie “spurie” del quasi-contratto e del quasi-delitto. La Relazione al Re giustifica il ripudio di quelle categorie anzitutto per la mancanza di una loro base storica, oltre che per l’intrinseca inadeguatezza di una formulazione normativa affidata alla parola «quasi», nonché per la considerazione che, fuori dei territori del contratto e dell’illecito, i rapporti obbligatori, sul piano delle fonti, resistono a rigidi schemi di classificazione.

Nell’elenco delle fonti contenuto nel codice abrogato compariva, per prima, anche la legge. L’ideologia ed il linguaggio del codice del secolo passato, con il richiamo alla legge nella norma sulle fonti delle obbligazioni, non intendevano esaltare la legge come fonte dei rapporti obbligatori, degradando la volontà dei soggetti dell’autonomia negoziale o dell’autore del fatto dannoso a semplice presupposto di obbligazioni pur sempre legali. Né il legislatore del 1865 aveva inteso istituire una graduatoria delle fonti, con l’intento di collocare la legge, citata per prima dalla norma, al vertice delle fonti stesse. Anche se la legge figurava all’inizio dell’elenco, doveva piuttosto attribuirsi a quella menzione il carattere inverso di una norma «di chiusura», nel senso che trovava giustificazione nella legge ogni vincolo obbligatorio non derivante da contratto o da delitto, né dalle contigue figure del quasi-contratto e del quasi-delitto.

Nella prospettiva del codice civile vigente, che abbandona l'idea garantista delle libertà private, il riferimento alla legge tra le 'fonti' delle obbligazioni avrebbe potuto avere il senso di proclamarne il primato, o di assorbire in essa tutte le altre 'fonti', in termini di valutazione politica. Il legislatore si è allora astenuto dal riproporre una formula che avrebbe potuto prestarsi a letture pericolosamente cariche di implicazioni.

L'esclusione della legge dall'elenco delle fonti di cui all'art. 1173 c.c. non significa che un'obbligazione non possa essere imposta dalla legge. Al contrario, l'obbligazione *ex lege* deve ritenersi implicita nel sistema (e anche per questo una sua previsione espressa nell'art. 1173 sarebbe stata ridondante). Sono numerose, del resto, le ipotesi in cui la legge impone un'obbligazione: si pensi, ad esempio, all'obbligazione degli alimenti (art. 433 ss.), solitamente indicata come figura paradigmatica di obbligazione legale.

Nell'eliminare il riferimento alla legge tra le fonti delle obbligazioni, il legislatore ha menzionato, affianco al contratto e al fatto illecito, ogni altro fatto o atto idoneo a costituire validi vincoli obbligatori «in conformità dell'ordinamento giuridico».

La formula utilizzata dall'art. 1173 c.c. («in conformità dell'ordinamento giuridico») ricorre anche in altre norme del codice, in relazione agli istituti più significativi della disciplina dei rapporti privati, delle prerogative, dei vincoli e dell'attività. Quella stessa formula, infatti, si ritrova nella definizione del contenuto della proprietà con riguardo ai limiti e agli obblighi (art. 832) e nel regime dei contratti atipici per il giudizio sulla meritevolezza degli interessi perseguiti (art. 1322).

La formula «in conformità dell'ordinamento giuridico» – se, all'epoca della codificazione, verosimilmente si risolveva nel riconoscere scarsi spazi a limitati fenomeni di produzione normativa al di fuori della legge, ed in buona sostanza alle norme corporative – in una lettura aggiornata, consente di ricomprendere, nel novero delle fonti delle obbligazioni, principi, soprattutto di rango costituzionale, che non si esauriscono o che trascendono singole proposizioni legislative: gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale, la rimozione delle diseguaglianze di fatto, la funzione sociale della proprietà, la sicurezza, la libertà e la dignità della persona umana. Principi come quelli menzionati, nell'esemplificazione tratta dall'ordinamento ricostruito nella sua coerente interezza, possono assurgere a fonte non solo di una nuova obbligazione, ma anche di modificazione di un'obbligazione già sorta per effetto di altra fonte.

3.1. L'atipicità

La caratteristica che accomuna le fonti delle obbligazioni, considerate nel

loro insieme e nelle singole tipologie enunciate dall'art. 1173 c.c., è l'atipicità.

3.2. *Il contratto*

Il contratto è una fonte atipica di obbligazioni. Oltre ai contratti tipici, infatti, le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, possono stipulare contratti atipici, con il solo limite della meritevolezza dell'interesse perseguito in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.). Non è un caso – e merita sottolinearlo di nuovo – che sia la prima (il contratto), sia la terza delle fonti delle obbligazioni individuate dall'art. 1173 c.c. (ogni altro fatto o atto idoneo a produrle) attribuiscono alla “conformità all'ordinamento giuridico” forza produttrice di obbligazioni.

L'obbligazione contrattuale è disciplinata dalle norme sull'obbligazione, ma anche dalle disposizioni del contratto in generale e dalla normativa del singolo tipo di contratto (es., appalto).

L'obbligazione che nasce da contratto è un effetto del contratto stesso, un rapporto attraverso il quale si realizza il programma contrattuale.

Anche se derivante dal contratto il rapporto obbligatorio non deve comunque essere confuso con il rapporto contrattuale. Rapporto obbligatorio e rapporto contrattuale esprimono nozioni distinte: l'obbligazione indica in generale il vincolo per cui una prestazione è dovuta da un soggetto ad un altro; il rapporto contrattuale, invece, indica il complesso unitario delle posizioni scaturenti dal contratto.

L'obbligazione derivante dal contratto fa quindi parte del rapporto contrattuale. Ma il contratto, oltre che di effetti obbligatori, può essere fonte di altri effetti: effetti reali, effetti estintivi, soggezioni, poteri.

3.3. *Il fatto illecito e il fatto lecito*

Atipica è anche la seconda delle fonti delle obbligazioni: l'illecito. La materia dei fatti illeciti è informata al principio dell'atipicità, che è implicito nella definizione dell'illecito come «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto» (art. 2043).

Atipica, infine, è anche la terza fonte di obbligazioni: ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. Traspare, già dai connotati messi in luce, l'estrema varietà delle obbligazioni che possono sorgere da tale fonte, in cui sembrano sopravvivono le «*variae causarum figurae*» menzionate dalle Istituzioni di Gaio.

L'attitudine di ogni fatto o atto a produrre obbligazione è riferita all'ordinamento giuridico (e non alla legge, come stabiliva il codice civile del 1865) nella sua complessità.

Così, al fianco di ipotesi di atti o fatti idonei a produrre obbligazioni che trovano una completa disciplina nel codice civile, si colloca un sistema di fonti atipico, in cui la volontà dei privati, idonea a realizzare i valori espressi nel sistema di diritto positivo, diviene fonte di obbligazioni anche al di là dello schema contrattuale.

La prima e più semplice lettura della formula finale dell'art. 1173 c.c. consente di ricomprendere tra gli atti e i fatti idonei a produrre obbligazioni gli istituti del libro quarto frapposti tra il regime generale del contratto e le norme sui fatti illeciti. Vi rientrano, cioè, le promesse unilaterali ed i titoli di credito e le figure che la vecchia sistematica inquadrava fra i quasi-contratti: gestione di affari, pagamento dell'indebito e ingiustificato arricchimento.

3.4 I rapporti contrattuali di fatto

Nella più moderna configurazione del sistema delle fonti anche i rapporti contrattuali di fatto sono ricompresi tra i fatti o atti idonei a produrre obbligazioni.

Si tratta di una categoria che risale alla dottrina tedesca di anni lontani e comprende i rapporti che vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice «contatto sociale qualificato» (secondo un'espressione che risale anch'essa alla dottrina tedesca, v. *amplius* par. successivo).

Si tratta di rapporti contrattuali nella loro dimensione effettuale e, cioè, «rapporti contrattuali nei loro effetti», regolati dalle norme sulle obbligazioni di fonte contrattuale, pur non essendo originati da un contratto. È esclusa quindi l'applicazione delle norme che disciplinano la conclusione dell'accordo (e quindi anche delle norme inerenti la capacità di agire e i vizi della volontà, essendo sufficiente, per l'insorgere dell'obbligazione, la consapevolezza dell'atto che la genera).

L'obbligazione sorge da una fonte innominata, distinta dal contratto, ma produttiva di effetti simili, «in conformità dell'ordinamento giuridico». I presupposti in presenza dei quali sorge questa atipica e «anomala» obbligazione sono: i) l'inizio, tra due parti, di una relazione, consistente nell'accettazione volontaria, da parte di uno dei soggetti, di una prestazione, volontariamente offerta dall'altro; ii) un obbligo alla controprestazione che sorge sulla base di «criteri di tipicità sociale», nel senso che l'opinione comune deve percepire che l'accettazione di una certa prestazione ingenera, nell'*accipiens*, l'obbligo di fornire la controprestazione, eventualmente anch'essa determinabile secondo criteri di tipicità sociale.

La ricostruzione originaria dell'istituto raggruppa nell'ambito dei rapporti contrattuali di fatto tre distinte sottocategorie: 1) il c.d. «contatto sociale qualificato» (v. par. successivo), comprensivo del rapporto precontrattuale;

2) i rapporti «derivanti da inserzione in un'organizzazione comunitaria» (e cioè la società di fatto e/o la società nulla ed il rapporto di lavoro di fatto e/o nullo, in parte direttamente codificati dalla legge,); 3) i rapporti derivanti da un «obbligo sociale di prestazione» e cioè da un'offerta al pubblico di un bene o servizio di interesse generale e per il quale è previsto un obbligo legale a contrarre.

La categoria dei rapporti contrattuali di fatto non è andata esente da critiche, soprattutto per il fatto di compendiare, nella stessa formula, due termini tra loro antitetici: il contratto e il fatto. Il che è apparso contraddittorio, alla luce dei criteri generali in forza dei quali si distinguono i fatti, gli atti in senso stretto e i negozi a seconda della rilevanza assunta dalla volontà umana nel compimento dell'atto. Ma il significato e la validità della categoria dei rapporti contrattuali di fatto e della relativa formula, al di là delle riserve terminologiche, può cogliersi in altra direzione: parlando di «rapporti contrattuali di fatto», si riassume in una breve espressione una duplice prospettiva del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (ed è allora decisiva la considerazione del fatto in senso stretto), sia in ragione del rapporto che ne scaturisce e del relativo regime (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto).

Nel senso che si è cercato di chiarire, la categoria dei rapporti contrattuali di fatto consente di mettere in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 c.c. – e l'obbligazione che ne scaturisce: la fonte dell'obbligazione non è il contratto, eppure la disciplina applicabile è quella dell'obbligazione contrattuale. Quest'ultima è sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale pur se il fatto generatore non sia il contratto¹.

3.5. Il contatto sociale qualificato

Nella categoria dei rapporti contrattuali di fatto si riconduce il c.d. «contatto sociale qualificato»². Si tratta di un rapporto obbligatorio atipico riconducibile alla terza delle fonti menzionate dall'art. 1173 c.c. («atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico»).

¹ P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit.

² Il primo contributo scientifico alla teoria del contatto sociale qualificato lo si deve al tedesco Günter Haupt, che nel 1941 ne teorizzò l'origine affermando che «nella prassi moderna del commercio giuridico su larga scala i rapporti contrattuali si costituiscono diversamente da come era stato concepito secondo le regole del codice civile al di fuori dell'accordo di volontà: tali rapporti contrattuali non si costituiscono mediante la conclusione del contratto ma attraverso fattispecie di fatto, attraverso contatti sociali».

Il contatto sociale qualificato si configura in presenza di una relazione specifica tra due soggetti non vincolati da un preesistente contratto; e comporta l'esecuzione, da parte di uno a favore dell'altro, di prestazioni che sono caratteristiche di un rapporto contrattuale e che incidono nella sfera personale e/o patrimoniale dell'altro.

In presenza di questi presupposti (esecuzione di una prestazione e istituzione di una «relazione qualificata») si instaura tra i soggetti un rapporto di tipo obbligatorio. Il rapporto non ha origine in un contratto e, quindi, non è caratterizzato da un obbligo primario di prestazione (di qui la locuzione frequentemente impiegata di «obbligazioni senza prestazione»). Ciò nel senso che il soggetto non ha volontariamente assunto l'obbligo di effettuare la prestazione, ma, una volta intraprese spontaneamente l'esecuzione, è obbligato a portarla ad esecuzione.

L'obbligazione, quindi, sorge solo dopo avere iniziato la prestazione. Quest'ultima resta fuori dal contenuto del rapporto obbligatorio, il cui oggetto è costituito invece dalla corretta e diligente esecuzione della prestazione stessa, nella prospettiva della protezione della controparte.

Il contatto sociale qualificato è dunque fonte dell'obbligo di portare a esecuzione la prestazione. Con l'inizio dell'esecuzione della prestazione si assiste ad un fenomeno di intervento di un soggetto nella sfera di un altro: a partire da questo momento la sfera del soggetto che riceve la prestazione è esposta al rischio di danno che potrebbe scaturire da un'inesatta esecuzione della prestazione stessa. L'ordinamento avverte l'esigenza di tutelare l'affidamento nella diligenza ed esperienza del «prestatore» (di solito, un professionista).

È, dunque, nell'intromissione volontaria nella sfera di un soggetto e nell'affidamento di quest'ultimo nelle capacità del prestatore che vanno individuati quegli elementi da cui sorge un contatto sociale qualificato che è fonte di un rapporto obbligatorio. Il contatto genera un obbligo di portare correttamente e diligentemente a compimento la prestazione, in modo tale da garantire la protezione del soggetto nella cui sfera si viene ad incidere con la prestazione stessa.

Dal contatto sociale qualificato, in altri termini, scaturisce un obbligo di portare a esecuzione una prestazione, in nome di un obbligo di protezione. Di qui ha origine la categoria delle «obbligazioni senza prestazione»: si tratta di una figura di conio dottrinale³, che si configura quando l'oggetto dell'obbligazione non è una prestazione, ma un dovere di protezione, sull'assunto che il proteggere e il *praestare* non coincidano. L'oggetto principale dell'ob-

³ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147.

bligazione è il proteggere: l'interesse del creditore non è a una prestazione specifica, ma a una protezione specifica.

La categoria delle obbligazioni senza prestazione presta il fianco a critiche. Ciò in quanto per soddisfare l'interesse protettivo è comunque necessaria una prestazione: non è possibile proteggere senza eseguire una prestazione. Allora, se è vero che l'oggetto dell'obbligo non è direttamente la prestazione, ma la protezione, è altrettanto vero che l'esecuzione della prestazione è comunque, almeno indirettamente, l'oggetto del rapporto obbligatorio. La prestazione da portare a compimento per proteggere l'interesse dell'altra parte è quella che, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, è funzionale alla protezione della controparte. Si tratta, quindi, di una prestazione strumentale, che da contenuto all'obbligo di protezione.

Sul piano patologico, la responsabilità che scaturisce dall'inadempimento di un'obbligazione «non contrattuale», ma da contatto sociale qualificato, è disciplinata alla stessa stregua dell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. c.c.. La disciplina applicabile non è quella della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.), ma quella della responsabilità da inadempimento ai sensi dell'art. 1218 ss. c.c.. L'inadempimento dell'obbligazione da contatto sociale qualificato è fonte di un obbligo risarcitorio «derivato», quale risposta dell'ordinamento alla lesione di una preesistente posizione di credito rimasta insoddisfatta.

Poiché, però, ad essere «contrattuale» è solo il rapporto, ma non la fonte di esso, ne discende come logica conseguenza l'inapplicabilità delle norme che disciplinano il contratto come «accordo» (e cioè le regole sulla conclusione del contratto), mentre risultano applicabili le regole che disciplinano il contratto come «rapporto»⁴. Si può concludere affermando che è la pre-

⁴ Tra le ipotesi in cui la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha fatto applicazione dell'istituto del contatto sociale qualificato possono essere menzionate quelle relative: i) alla responsabilità del medico nei confronti del paziente (prima della riforma introdotta dalla legge Gelli, v. *amplius infra*), per i danni verificatisi durante la degenza presso una casa di cura; b) alla responsabilità dell'insegnante in ipotesi di autolesioni dell'allunno minore; c) alla responsabilità della banca per il pagamento di un assegno a soggetto non legittimato all'incasso. La prima pronuncia sul tema ha avuto ad oggetto il caso di una donna ricoverata presso una struttura ospedaliera e sottoposta ad intervento chirurgico con esiti negativi. Il problema posto alla Corte era quello della determinazione del regime di responsabilità del medico chirurgo, dal momento che, mentre la donna aveva sicuramente instaurato un regolare rapporto obbligatorio con la struttura ospedaliera, il chirurgo era intervenuto solo per eseguire l'operazione e senza che in precedenza fosse stato concluso un contratto. La Corte è giunta alla conclusione «che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché

senza di una struttura obbligatoria a marcare la differenza tra la responsabilità

questa non nasce dalla violazione di obblighi, ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale». Ciò perché «nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da “un’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”, in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall’arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale» (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589). Questo orientamento giurisprudenziale può oggi ritenersi superato alla luce della legge n. 124 del 2017, che qualifica espressamente la responsabilità del medico nei confronti del paziente, in assenza di un contratto, come responsabilità aquiliana. Tale legge, quindi, sconfessa la teoria del contatto sociale tra medico e paziente. La giurisprudenza riconduce la responsabilità dell’insegnante in caso di danno arrecato dall’allievo a sé medesimo (c.d. autolesione dell’alunno) non già nell’ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all’art. 2043 c.c., bensì nell’ambito della responsabilità da inadempimento, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall’art. 1218 c.c. «Osta alla configurabilità di una responsabilità extracontrattuale il rilievo che tra precettore ed allievo si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell’ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l’allievo si procuri da solo un danno alla persona». La giurisprudenza riconduce nell’ambito della teoria del contatto sociale qualificato anche la responsabilità della banca che paga un assegno non trasferibile ad un soggetto diverso da quello legittimato all’incasso. Le regole di circolazione e di pagamento dell’assegno munito di clausola di non trasferibilità, pur svolgendo indirettamente una funzione di rafforzamento dell’interesse generale alla corretta circolazione dei titoli di credito, sono volte a tutelare i diritti di coloro che alla circolazione di quello specifico titolo sono interessati: ciascuno dei quali ha ragione di fidarsi sul fatto che l’assegno verrà pagato solo con le modalità e nei termini che la legge prevede e la cui concreta esecuzione è rimessa ad un soggetto, il banchiere, dotato di specifica professionalità al riguardo. La professionalità del banchiere si riflette necessariamente su tutta la gamma delle attività da lui svolte nell’esercizio dell’impresa bancaria, e quindi sui rapporti che in quelle attività sono radicati, per la cui corretta attuazione egli dispone di strumenti e di competenze che normalmente gli altri soggetti interessati non hanno: dal che, appunto, dipende, per un verso, l’affidamento di tutti gli interessati nel puntuale espletamento dei compiti inerenti al servizio bancario, e per altro verso, la specifica responsabilità in cui il banchiere incorre nei confronti di coloro che con lui entrano in contatto per avvalersi di quel servizio, ove, viceversa, non osservi le regole al riguardo prescritte dalla legge. Sulla scorta di tali considerazioni, la responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall’art. 43 legge assegni (R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736), l’incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha - nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno - natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazio-

aquiliana e quella da inadempimento: la prima sorge in assenza di un obbligo specifico per effetto della violazione del generico dovere di *alterum non laedere*, che è la proiezione – insita nel concetto stesso di responsabilità – sul danneggiante del diritto del danneggiato all’integrità della propria sfera giuridica, al di fuori di un preesistente rapporto tra le parti. Il “non rapporto” caratterizza, pertanto, la responsabilità extracontrattuale, nella quale la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l’obbligo del risarcimento.

L’estensione dell’area di applicazione della responsabilità da inadempimento anche agli obblighi derivanti da un contatto sociale qualificato è frutto di un’evoluzione nel modo di intendere la responsabilità civile, nella prospettiva di assicurare a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.. Quest’ultima resta limitata al solo ambito nel quale si riscontrino lesioni *ab extrinseco* a

ne, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l’incasso (Cass., Sez. un., 21 maggio 2018, n. 12477. In questo modo le Sezioni Unite hanno ricondotto la responsabilità della banca negoziatrice nell’alveo di quella contrattuale derivante da contatto qualificato-inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c. e dal quale derivano i doveri di correttezza e buona fede enucleati dagli artt. 1175 e 1375 c.c.. Importanti affermazioni in tema di responsabilità da contatto sociale qualificato si ritrovano nella giurisprudenza anche in relazione alla violazioni degli obblighi procedurali assunti dall’amministrazione nei confronti dei privati, in conseguenza dell’instaurazione di un procedimento amministrativo. La Corte di Cassazione, in proposito, ha da tempo affermato che la responsabilità della p.a. per la lesione degli interessi procedurali del privato si radica nella violazione dei canoni di correttezza e di buona fede. (Cass. 157/2003). La violazione delle regole procedurali dell’attività amministrativa costituisce inadempimento di obblighi nell’ambito del rapporto che si instaura con il privato e che si configura come contatto sociale qualificato. Dalla violazione di quelle regole consegue pertanto la responsabilità da inadempimento ai sensi dell’art. 1218 c.c.. Nella medesima prospettiva si è posta, peraltro, la giurisprudenza amministrativa. Il danno da provvedimento illegittimo, che abbia leso un interesse legittimo del privato con incidenza sul bene della vita finale, rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.): con la domanda di ristoro del danno subito, il cittadino non si duole dell’ottemperanza ad uno o più obblighi gravanti a carico della p.a., bensì dello scorretto esercizio del potere amministrativo. Per converso, la relazione che viene ad instaurarsi tra il privato e l’amministrazione nel procedimento amministrativo è ricostruibile in termini di “contatto sociale qualificato”, sicché i comportamenti positivi o negativi della p.a., parametrati sulle regole che governano il procedimento, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell’interesse del privato al bene della vita realizzabile mediante l’intermediazione del procedimento stesso. Ne deriva che il diritto al risarcimento del danno subito dal privato presenta una fisionomia *sui generis*, non riconducibile al modello aquiliano ex art. 2043 c.c.: la responsabilità della p.a. per violazione delle regole procedurali è connotata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente applicabilità delle norme in materia di responsabilità contrattuale.