

Contatto sociale qualificato e rapporti contrattuali di fatto

Profili dogmatici, evoluzione giurisprudenziale e prospettive sistematiche

A cura di Davide Nalin

1. La premessa metodologica: la zona grigia tra contratto e illecito

Il sistema delle fonti dell'obbligazione, nel codice civile italiano, si articola intorno alla disposizione dell'art. 1173 c.c., secondo cui *«le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico»*. La formulazione della norma, nell'evocare una clausola di chiusura accanto alle due fonti tipiche, lascia intendere che il legislatore abbia inteso riconoscere la possibilità che obbligazioni sorgano da atti o fatti diversi dal contratto e dall'illecito, purché conformi all'ordinamento. È in questo spazio normativo aperto che la riflessione dottrinale e l'elaborazione giurisprudenziale hanno collocato due figure dogmatiche di particolare rilievo: il rapporto contrattuale di fatto e il contatto sociale qualificato.

Le due categorie, frequentemente accostate e talora confuse, rispondono a logiche concettuali distinte e si prestano a coprire ambiti operativi diversi. Comune ad entrambe è l'esigenza di disciplinare quelle situazioni in cui, in difetto di un contratto formalmente concluso, sorgano nondimeno obbligazioni in capo ai soggetti che siano entrati in relazione, sulla base di affidamenti reciproci o di condotte socialmente tipiche.Coglierne le differenze strutturali significa apprezzare il modo in cui l'ordinamento ha progressivamente esteso l'area dei rapporti obbligatori al di là dello schema rigido dell'accordo negoziale, valorizzando la buona fede oggettiva quale clausola generale di integrazione e l'affidamento quale principio cardine della relazione giuridicamente rilevante.

2. I rapporti contrattuali di fatto: genesi e ricezione italiana

La categoria dei rapporti contrattuali di fatto trae origine dall'elaborazione tedesca della dottrina dei *faktische Vertragsverhältnisse*, sviluppatesi in Germania a partire dagli anni Quaranta del Novecento. Si tratta di situazioni nelle quali un rapporto sostanzialmente contrattuale viene instaurato per effetto di una condotta concludente, in assenza di una vera dichiarazione negoziale: l'esempio paradigmatico è offerto dall'utenza di un servizio pubblico, ossia dall'ipotesi del

soggetto che sale su un mezzo di trasporto e fruisce della prestazione, senza alcuna trattativa né manifestazione espressa di volontà. Il comportamento, socialmente tipico e standardizzato, produce nondimeno effetti analoghi a quelli del contratto. Analogamente è a dirsi per la fruizione di parcheggi custoditi, per l'utenza di servizi pubblici essenziali, per il pernottamento in rifugi non custoditi nei quali il prezzo si versa in cassetta.

L'idea di fondo, nella ricostruzione tedesca, è che la massificazione dei contratti renda la trattativa e l'accordo sullo scambio delle prestazioni un lusso impraticabile, sicché la qualificazione contrattuale della prestazione svolta a favore di altri e dell'appropriazione della prestazione altrui può essere sostituita, senza inconvenienti maggiori, dalla qualificazione contrattuale per pura attuazione.

In Italia la categoria ha avuto fortuna minore. La dottrina più sensibile ha rilevato come la nozione di contratto di fatto, importata dall'insegnamento germanico, faticò a integrarsi nel tessuto codicistico, posto che le fattispecie tipicamente addotte ad esempio possono essere agevolmente ricondotte a istituti già presenti: il contratto concluso per fatti concludenti, mediante manifestazione tacita di volontà; il contratto concluso mediante esecuzione prima della risposta dell'accettante ai sensi dell'art. 1327 c.c. (*«qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione»*); la disciplina dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. (*«chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale»*); o, ancora, le ipotesi tipiche disciplinate da norme specifiche, prima fra tutte l'art. 2126 c.c. in materia di prestazione di lavoro.

La giurisprudenza italiana, dal canto suo, ha mostrato un atteggiamento prevalentemente assorbente: anziché riconoscere autonomia dogmatica alla categoria, ha preferito ricondurre simili ipotesi al contratto concluso per fatti concludenti, ovvero al consenso tacito, valorizzando di volta in volta il dato normativo specifico applicabile. Si tratta di un'opzione coerente con la struttura del sistema, il quale non lascia spazio a una categoria generale di obbligazione contrattuale di fonte non consensuale, ma riconosce piuttosto fattispecie tipiche e nominate nelle quali l'attuazione di una prestazione produce effetti contrattuali per espressa volontà del legislatore.

3. La ricostruzione di R. Sacco: il contratto senza dichiarazioni

Una trattazione di particolare rilievo del tema è offerta da Rodolfo Sacco, il quale, nel capitolo dedicato al contratto senza dichiarazioni, riconduce il fenomeno entro coordinate sistematiche autonome rispetto alla matrice tedesca. L'Autore muove dalla considerazione che il legislatore italiano non si arresta alla figura del contratto consensuale, ma riconosce ipotesi tipiche nelle quali la prestazione eseguita produce effetti contrattuali a prescindere dal consenso, purché ricorrano determinati requisiti.

Il punto di partenza della ricostruzione è l'individuazione di fattispecie nelle quali il legislatore stesso ricollega all'esecuzione di una prestazione gli effetti propri del contratto. Una prima ipotesi è offerta dalla gestione di affari altrui seguita da ratifica, ai sensi dell'art. 2032 c.c., a tenore del quale *«la ratifica dell'interessato produce, relativamente alla gestione, gli effetti che sarebbero derivati da un mandato, anche se la gestione è stata compiuta da persona che credeva di gestire un affare proprio»*: si tratta di fattispecie veramente contermine rispetto a quella contrattuale, posto che la ratifica equivale, sul piano degli effetti, al consenso. Diverso è invece il regolamento della mediazione (artt. 1754 e 1755 c.c.), nel quale la legge ricollega alla prestazione dell'attività mediatoria il diritto al compenso e considera contrattuale la fattispecie, pur non sempre potendosi individuare un consenso espresso del cliente.

La fattispecie cardine nella ricostruzione sacchiana è tuttavia rappresentata dall'art. 2126 c.c. in materia di lavoro subordinato: *«la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa»*. La norma riconosce all'esecuzione del rapporto, anche in assenza di un valido consenso, l'idoneità a produrre gli effetti propri del contratto di lavoro. L'Autore osserva che la qualifica data dal legislatore a tale fattispecie è quella di contratto efficace, in senso stretto: l'esecuzione supplisce ai requisiti di forma, mentre operano pienamente i requisiti di capacità, e l'elemento integrativo della fattispecie si riduce alla scienza, o al doversi sapere, e alla non opposizione del datore di lavoro, ossia in sostanza all'*acceptio* della prestazione del lavoratore.

Sulla scorta dell'analisi di tali fattispecie tipiche — alle quali si aggiungono la società di fatto, la *collatio agrorum rusticorum*, la comunione tacita familiare nell'esercizio dell'agricoltura ex art. 2140 c.c. (nella sua versione originaria, poi superata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975) — Sacco perviene alla conclusione che taluni contratti possono concludersi anche senza il consenso delle parti intorno agli effetti, purché avvenga un'esecuzione del rapporto (prestazione accettata), purché non intervenga una *protestatio*, e purché in taluni casi soccorra la

capacità delle parti. La conclusione di simili contratti a mezzo attuazione opera tuttavia in casi tipici, e non corrisponde a una regola generale: essa è possibile soltanto per singoli contratti tipici (mediazione, lavoro, società, comunione, conferimento di strade, e così via), caratterizzati dalla onerosità.

Particolare rilievo assume, nella sistematica sacchiana, la categoria della *protestatio*, intesa quale dichiarazione contraria che paralizza gli effetti dell'esecuzione, e la connessa figura della *prohibitio*. La giurisprudenza richiamata dall'Autore, e in particolare Cass. 17 maggio 1951, n. 1227, conferma che la mancata conclusione del contratto si ricollega all'espressa dichiarazione di dissenso, sicché il silenzio dell'avente causa, accompagnato dalla fruizione consapevole della prestazione, vale come accettazione tacita o, nell'inquadramento sacchiano, come elemento integrativo della fattispecie tipica. La capacità contrattuale è richiesta nei termini ordinari, come confermato da Cass. 23 luglio 1960, n. 2121.

Sacco, inoltre, similmente alla impostazione seguita dal Gazzoni, utilizza la qualificazione “contratto di fatto” come un “contenitore”, nel quale inserisce i rapporti contrattuali di fatto, il contatto sociale qualificato e, infine, la inserzione di una condotta in un rapporto comunitario. L'impostazione, seppur affascinante, non è seguita dalla dogmatica prevalente; tuttavia, da essa emerge che entrambi gli Illustri Autori distinguono in maniera netta i rapporti contrattuali di fatto dal contatto sociale qualificato.

4. Il contatto sociale qualificato: una figura genuinamente italiana

Il contatto sociale qualificato è figura distinta, ed elaborata in Italia in via prevalentemente giurisprudenziale, per fondare una responsabilità di natura contrattuale — *rectius*: da inadempimento di obbligazione preesistente — in assenza di contratto, allorché tra due soggetti si instauri una relazione qualificata dallo *status* professionale o dalla particolare posizione di uno di essi, dalla quale derivano specifici doveri di protezione.

La differenza concettuale rispetto al rapporto contrattuale di fatto è netta e va tenuta ferma. I rapporti contrattuali di fatto, per come ricostruiti dalla giurisprudenza italiana, sono pienamente sussumibili nell'art. 1321 del codice civile, in quanto, per usare un'espressione cara a Gazzoni, l'accordo si conclude mediante segnali, che sono indici di manifestazioni indirette di volontà delle parti che si strutturano in un accordo (esempio: comportamenti concludenti). Il fondamento positivo della fattispecie non va individuato negli artt. 1175 e 1375 c.c. come norme immediatamente produttive dell'obbligazione, bensì nell'art. 1173 c.c., nella parte in

cui ammette che le obbligazioni possano derivare, oltre che da contratto e da fatto illecito, da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

Gli artt. 1175 e 1375 c.c., integrati dal principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., svolgono invece una funzione conformativa del contenuto del rapporto, imponendo obblighi di correttezza, buona fede, informazione, protezione e salvaguardia, anche in assenza di un vincolo negoziale formalmente perfezionato. Ne consegue che al contatto sociale qualificato non si applica direttamente la disciplina del contratto in senso proprio, mancando l'accordo negoziale quale fonte del rapporto ai sensi degli artt. 1321 e 1325 c.c.; le regole specificamente contrattuali, relative alla formazione, validità, interpretazione, risoluzione o rescissione del contratto, potranno trovare ingresso solo in via analogica, ove compatibili e sorrette da identità di ratio.

Diversamente, si applica direttamente la disciplina generale dell'obbligazione e dell'inadempimento, poiché, una volta riconosciuto che dal contatto qualificato nasce un'obbligazione ex art. 1173 c.c., la violazione degli obblighi di protezione è assoggettata al paradigma dell'art. 1218 c.c. e non a quello dell'art. 2043 c.c. La responsabilità da contatto sociale qualificato è dunque "contrattuale" solo in senso lato, ossia quale responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente, non quale responsabilità derivante da contratto. La distinzione è sistematicamente decisiva: la fonte non è negoziale, il contenuto è obbligatorio, il regime della responsabilità è quello dell'inadempimento, mentre l'applicazione della disciplina contrattuale in senso stretto resta confinata al piano dell'analogia e nei limiti della compatibilità.

5. La tesi di Carlo Castronovo: l'obbligazione senza prestazione

Il fondamento dogmatico più maturo e influente del contatto sociale qualificato è offerto dall'elaborazione di Carlo Castronovo, che ha consegnato alla cultura giuridica italiana la categoria dell'*obbligazione senza prestazione*. L'itinerario dell'Autore prende le mosse dalla voce *Obblighi di protezione*, apparsa nell'*Enciclopedia giuridica Treccani* (vol. XXI, Roma, 1990), e trova sistemazione compiuta nello scritto *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, pubblicato negli *Scritti in onore di Luigi Mengoni* (I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.) e poi raccolto nel volume *La nuova responsabilità civile* (Giuffrè, Milano, 1997, p. 177 ss.). L'elaborazione è stata successivamente difesa e affinata nel saggio *Ritorno all'obbligazione senza prestazione* (in *Europa e diritto privato*, 2009, 3, p. 679 ss.) e ripresa, in chiave più ampia, in *La relazione*

come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale (in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 55 ss.), in *Eclissi del diritto civile* (Giuffrè, Milano, 2015) e nel volume *Responsabilità civile* (Giuffrè, Milano, 2018).

Il punto di partenza della costruzione castronoviana è la critica della tradizionale dicotomia tra responsabilità da contratto e responsabilità da fatto illecito, ritenuta inidonea a dare conto di un'area crescente di fattispecie nelle quali il danno è cagionato non già al di fuori di ogni relazione tra le parti — secondo il modello del «passante» evocato dall'art. 2043 c.c. — bensì all'interno di una relazione qualificata, sorta tra soggetti determinati e caratterizzata da un affidamento reciproco. In tali fattispecie l'inquadramento aquiliano risulta inadeguato, poiché ignora la specificità della relazione e la specificità dell'obbligo violato; tuttavia, inadeguato risulta anche l'inquadramento contrattuale *stricto sensu*, poiché manca un contratto formalmente concluso e una corrispondente obbligazione di prestazione. Di qui l'esigenza di riconoscere un *tertium genus* di rapporto obbligatorio, collocato — secondo la formula divenuta canonica — «ai confini tra contratto e torto».

Il modello concettuale è elaborato in dialogo con la dottrina tedesca, e in particolare con la teoria del *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* (rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione), proposta da Heinrich Stoll e poi sviluppata da Karl Larenz, ma viene radicato dall'Autore nel diritto positivo italiano attraverso la valorizzazione dell'art. 1173 c.c. La clausola di chiusura della norma — «ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico» — è letta come fonte di tipicità aperta, che autorizza l'interprete a riconoscere obbligazioni in tutti i casi in cui un atto o un fatto sia, secondo l'ordinamento, idoneo a produrne. In questa cornice, il contatto sociale qualificato dallo *status* professionale, o da una particolare posizione del soggetto, è esso stesso «fatto idoneo», perché genera nella controparte un affidamento meritevole di tutela, dal quale discendono obblighi di protezione autonomi rispetto a qualsiasi prestazione principale.

Il cuore della tesi sta nella scissione tra *praestare* e *protegere*. Nel rapporto obbligatorio classico l'obbligo di protezione è accessorio rispetto alla prestazione principale, integrandone il contenuto in chiave di correttezza e buona fede ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. Nell'obbligazione senza prestazione, viceversa, l'obbligo di protezione si emancipa dalla prestazione e diventa contenuto autonomo del rapporto: il debitore non deve eseguire una prestazione, ma deve tutelare la sfera giuridica del creditore da pregiudizi che il proprio agire professionale può cagionare.

L'oggetto dell'obbligazione non è il *praestare* ma il *protegere*, e l'interesse del creditore non è alla prestazione bensì alla protezione.

Da questa configurazione strutturale discendono conseguenze di rilievo sul piano del regime applicabile. Poiché il rapporto è qualificabile come obbligatorio, sia pure privo di prestazione principale, alla sua violazione si applicano le regole proprie dell'inadempimento, e segnatamente l'art. 1218 c.c. quanto al regime probatorio — con il noto vantaggio per il danneggiato della prova del solo titolo e dell'inadempimento, gravando sul debitore la dimostrazione della causa non imputabile — l'art. 1225 c.c. quanto al limite della prevedibilità del danno, e l'art. 2946 c.c. quanto al termine ordinario di prescrizione decennale. Il regime aquiliano, fondato sull'art. 2043 c.c. e sulla prescrizione quinquennale dell'art. 2947 c.c., è ritenuto invece insufficiente, perché plasmato sulla figura del danneggiante anonimo e non sulla relazione qualificata.

L'impianto castronoviano è stato accolto dalla giurisprudenza di legittimità con la nota sentenza Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, che ha qualificato come contrattuale la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria nei confronti del paziente proprio richiamando la categoria dell'«*obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*», nei medesimi termini coniati dall'Autore. La pronuncia è stata salutata da Adolfo Di Majo nel commento intitolato, non a caso, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* (in *Corriere giuridico*, 1999, p. 446 ss.), e ha aperto la strada all'estensione della categoria ad altri ambiti — responsabilità dell'insegnante per le autolesioni dell'allievo, responsabilità della banca per il pagamento dell'assegno non trasferibile, responsabilità della pubblica amministrazione in fase precontrattuale — di cui si dirà nei paragrafi successivi.

La tesi è stata oggetto di un articolato dibattito. Da un lato, lo stesso Castronovo, nel saggio del 2009, ha replicato alle critiche difendendo la fecondità della categoria, segnatamente per la sua attitudine a risolvere il problema del *danno meramente patrimoniale* (*pure economic loss*) in ipotesi nelle quali la responsabilità aquiliana incontra notori limiti applicativi, e per la sua capacità di rendere ragione delle relazioni di affidamento che la complessità dei rapporti socioeconomici contemporanei moltiplica. Dall'altro lato, parte autorevole della dottrina — tra cui Adolfo Di Majo, sia pure con accenti convergenti, e con maggiore distanza Alessio Zaccaria, che ha parlato di «*resistibile ascesa del contatto sociale*» (in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 78 ss.) — ha messo in guardia dall'uso espansivo della figura, ravvisandovi il rischio di una generalizzazione del regime contrattuale a ipotesi più correttamente

inquadrabili nell'illecito aquiliano, con conseguente alterazione dell'equilibrio sistematico tra le due grandi forme di responsabilità.

Resta che, sul piano dogmatico, la tesi castronoviana ha avuto il merito di restituire centralità sistematica all'art. 1173 c.c. quale norma aperta, di liberare l'obbligazione dal vincolo necessario con la prestazione, e di offrire alla giurisprudenza uno strumento concettuale duttile per dare veste giuridica alle relazioni di affidamento qualificato. Come si vedrà nel prosieguo, il successivo intervento della legge 8 marzo 2017, n. 24 (*Gelli-Bianco*), che ha riportato la responsabilità del medico strutturato all'alveo aquiliano dell'art. 2043 c.c., ha indubbiamente compresso l'ambito applicativo della categoria nel suo terreno di elezione, ma non ne ha intaccato la valenza generale: il contatto sociale qualificato, nella ricostruzione castronoviana dell'obbligazione senza prestazione, sembra sopravvivere come strumento dogmatico stabile dell'ordinamento, applicabile a tutte le ipotesi nelle quali la relazione qualificata, non riconducibile ad un contratto, risulta nondimeno idonea a generare doveri specifici di condotta presidiati dalle regole dell'inadempimento.

6. Lo sviluppo giurisprudenziale del contatto sociale

La pronuncia di svolta è rappresentata da Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, la quale ha qualificato come contrattuale la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria nei confronti del paziente, pur non sussistendo contratto direttamente intercorrente tra i due soggetti — atteso che il contratto di ospedalità si conclude tra paziente e struttura ospedaliera. La Corte ha individuato nella relazione tra medico e paziente un contatto sociale qualificato dallo *status* professionale del sanitario, fonte di obblighi di protezione la cui violazione comporta responsabilità contrattuale, con prescrizione decennale e applicazione del regime probatorio dell'art. 1218 c.c., a tenore del quale *«il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»*.

La figura, una volta consacrata in materia sanitaria, è stata progressivamente estesa dalla giurisprudenza di legittimità ad altre relazioni qualificate. Particolare rilievo assumono, in tale prospettiva, Cass. civ., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in tema di responsabilità dell'insegnante per le autolesioni dell'allievo, che ha riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità del docente fondandola sul contatto sociale instauratosi con l'iscrizione e l'accettazione della domanda; e Cass.

civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in tema di responsabilità della banca per il pagamento dell'assegno non trasferibile a soggetto non legittimato, che ha individuato un contatto qualificato dallo *status* professionale del banchiere e dai correlati obblighi di protezione nei confronti del prenditore.

7. Responsabilità da contatto sociale e responsabilità precontrattuale: l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità

Uno dei terreni sui quali la categoria del contatto sociale qualificato ha conosciuto la più significativa evoluzione, segnatamente nell'ultimo decennio, è quello della responsabilità precontrattuale. La giurisprudenza di legittimità ha qui compiuto un percorso che ha condotto, dopo un lungo travaglio, alla qualificazione della responsabilità da violazione degli obblighi di buona fede nelle trattative come responsabilità da contatto sociale qualificato, di natura contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.

La *sedes materiae* è offerta dall'art. 1337 c.c., a tenore del quale «*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*», e dall'art. 1338 c.c., ai sensi del quale «*la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*». La natura della responsabilità conseguente alla violazione di tali obblighi è stata oggetto di un dibattito risalente, oscillante tra la qualificazione aquiliana — fondata sull'art. 2043 c.c., a tenore del quale «*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*» — e la qualificazione contrattuale, costruita per il tramite della figura del contatto sociale qualificato.

Lo snodo decisivo è rappresentato da Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, la quale, pronunciandosi in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ha qualificato espressamente la *culpa in contrahendo* come responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato. La Corte, all'esito di una ricostruzione sistematica delle fonti delle obbligazioni e della stessa categoria del contatto sociale, ha affermato che l'elemento qualificante della *culpa in contrahendo* «*non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti*». La relazione che si instaura tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo, ad avviso della Corte, è ricostruibile in termini di contatto sociale qualificato, sicché il risarcimento del danno presenta una fisionomia non riconducibile al modello aquiliano dell'art. 2043

c.c., ma rientra nell'alveo della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione delle relative regole in punto di prescrizione, onere della prova e area del danno risarcibile. L'orientamento è stato successivamente ribadito da Cass. sez. I, 25 ottobre 2017, n. 25644.

Il principio è stato consacrato dalle Sezioni Unite con l'ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, pronuncia di fondamentale rilievo che, generalizzando l'orientamento maturato in tema di attività contrattuale della P.A., ha ricondotto la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione dell'affidamento del privato al *«paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato»*. La Corte, muovendo dal dovere di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., ha rilevato come il dovere generale di correttezza e buona fede si intensifichi e si rafforzi, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta. Su tali premesse, le Sezioni Unite hanno qualificato il rapporto tra privato e pubblica amministrazione come *«fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico»* ai sensi dell'art. 1173 c.c., dal quale derivano non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione ex artt. 1175 e 1375 c.c.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha così consacrato la qualificazione contrattuale della responsabilità da lesione dell'affidamento procedimentale, riconducendola allo schema della responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato, e affermando conseguentemente la giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che la situazione giuridica soggettiva azionata non sia un interesse legittimo, bensì il dovere di protezione gravante sull'amministrazione e il correlativo affidamento incolpevole del privato. L'inquadramento contrattuale comporta, sul piano del regime applicabile, prescrizione decennale ex art. 2946 c.c., onere della prova ripartito secondo i criteri dell'art. 1218 c.c., e risarcimento dei danni prevedibili ex art. 1225 c.c.

L'orientamento è stato confermato in plurime pronunce successive delle stesse Sezioni Unite, fra le quali Cass. S.U. ord. 8 gennaio 2021, n. 615, Cass. S.U. ord. 11 maggio 2021, n. 12428, Cass. S.U. ord. 21 gennaio 2022, n. 1778, e da ultimo Cass. S.U. ord. 19 gennaio 2023, n. 1567. Si tratta di un filone giurisprudenziale ormai consolidato, che ha esteso lo schema del contatto sociale qualificato ben oltre i suoi tradizionali ambiti applicativi (responsabilità del medico strutturato, dell'insegnante, della banca per l'assegno non trasferibile), ricomprendendovi sia la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, sia, più in generale, la responsabilità

per violazione dei doveri di correttezza e protezione nelle relazioni qualificate dall'affidamento.

Va segnalato come la qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale operata da Cass. n. 14188/2016 e dalle Sezioni Unite del 2020 abbia incontrato il favore di parte autorevole della dottrina (cfr. C. Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ. e pren.*, 2016, p. 1942 ss.), sebbene non manchino voci critiche, che hanno rilevato come la generalizzazione del paradigma del contatto sociale rischi di alterare l'equilibrio sistematico tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e come la stessa costruzione delle Sezioni Unite n. 8236/2020 sia stata oggetto di rilievi critici sia in dottrina sia presso una parte della giurisprudenza amministrativa, che ha continuato a ricondurre la responsabilità precontrattuale della P.A. al modello aquiliano dell'art. 2043 c.c.

Sotto il profilo dogmatico, il punto qualificante dell'attuale orientamento di legittimità è la valorizzazione dell'art. 1173 c.c. come fonte aperta delle obbligazioni: la trattativa tra le parti, e *a fortiori* il contatto procedimentale tra privato e amministrazione, è qualificata come «*altro fatto idoneo*» a produrre obbligazioni, dalle quali discendono — in coerenza con la tesi castronoviana dell'obbligazione senza prestazione — non doveri di prestazione, ma doveri di protezione presidiati dal regime dell'inadempimento. Si tratta della più rilevante applicazione contemporanea della categoria del contatto sociale qualificato, e della più chiara conferma della sua tenuta sistematica al di fuori del settore sanitario, ove pure essa è stata legislativamente compressa dalla riforma Gelli-Bianco.

Sul versante della giurisdizione amministrativa, il quadro è stato definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con tre pronunce di particolare rilievo, che hanno tracciato i contorni della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nelle procedure di evidenza pubblica, sia pure con un'impostazione dogmatica parzialmente divergente rispetto a quella della Corte di cassazione. La pronuncia capostipite è Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, la quale, pronunciandosi sulla configurabilità del dovere di correttezza e buona fede *ante* aggiudicazione definitiva, ha affermato un principio di portata sistematica generale: anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica di regola l'invalidità del provvedimento e la conseguente responsabilità da lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza. La violazione di queste ultime fa

nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali.

L'Adunanza Plenaria n. 5/2018 ha così risolto due questioni rimesse dalla Terza Sezione: ha affermato la configurabilità del dovere di correttezza ex art. 1337 c.c. in capo all'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, e ne ha riconosciuto la rilevanza in ogni fase della procedura, sia anteriormente alla pubblicazione del bando, sia successivamente nel corso della gara. La sentenza ha valorizzato la distinzione, di matrice civilistica, tra regole di validità e regole di comportamento: le seconde possono risultare violate anche quando le prime siano state rispettate, sicché l'attività amministrativa può risultare al tempo stesso legittima e illecita, e dunque fonte di responsabilità precontrattuale. Gli elementi costitutivi della fattispecie sono stati identificati nella condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza, nell'imputabilità a colpa o dolo dell'amministrazione, e nella prova, a carico del privato, del danno-evento (lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), del danno-conseguenza e del nesso eziologico.

Il quadro è stato poi affinato e completato dalle due successive pronunce gemelle Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, nn. 20 e 21. In particolare, la sentenza n. 21/2021 ha definito i presupposti specifici della responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, fissando il principio di diritto secondo cui *«nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa»*. La pronuncia ha individuato nell'aggiudicazione definitiva il *«punto di emersione dell'affidamento ragionevole»*, ed ha escluso, in via di principio, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione quando l'annullamento dell'aggiudicazione avvenga in sede giurisdizionale su ricorso di terzi, sul presupposto che in tale ipotesi l'aggiudicatario, in qualità di controinteressato nel giudizio amministrativo, non possa invocare un affidamento incolpevole, essendo l'annullamento un'evenienza non imprevedibile.

La sentenza Ad. Plen. n. 20/2021, gemella della precedente, ha riconosciuto un autonomo spazio rimediabile per la tutela dell'affidamento riposto sulla correttezza e buona fede dell'amministrazione, sganciandolo dalla connessione con l'invalidità provvedimentale, e ha recepito, quantomeno sul piano descrittivo, il paradigma

della “responsabilità relazionale”, in linea con l’impostazione delle Sezioni Unite n. 8236/2020. Va peraltro segnalato come, sul piano dell’inquadramento dogmatico, la giurisprudenza amministrativa abbia mantenuto una posizione meno netta di quella della Cassazione: l’Adunanza Plenaria, pur recependo la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, ha tendenzialmente fatto riferimento al modello generale dell’art. 2043 c.c. quanto al criterio di imputazione soggettiva, riconducendo la responsabilità della stazione appaltante a una colpa accertata *«secondo le regole generali in materia di responsabilità extracontrattuale»*. Si è formato così un parziale disallineamento rispetto alla qualificazione contrattuale operata dalle Sezioni Unite della Cassazione, sebbene la giurisprudenza amministrativa più recente — anche per le evidenti ricadute in punto di giurisdizione — tenda a recepire lo schema del contatto sociale qualificato come paradigma esplicativo del fenomeno.

Quanto al *quantum* risarcibile, l’Adunanza Plenaria — confermando l’orientamento già espresso dalla precedente Ad. Plen. n. 6/2005 — ha ribadito che il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale corrisponde al solo interesse negativo, ossia all’interesse a non essere coinvolti in trattative inutili: il privato ha diritto al ristoro delle spese sostenute per le trattative e della perdita di occasioni contrattuali alternative, ma non dell’utile che sarebbe derivato dall’esecuzione del contratto sfumato (interesse positivo), riservato invece alla diversa ipotesi della responsabilità da inadempimento contrattuale. Il dovere di correttezza, nelle parole della Plenaria, mira a tutelare non la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale del privato.

Si consolida così, all’esito del confronto tra giurisprudenza ordinaria e giurisprudenza amministrativa, un quadro nel quale la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è ricondotta — sia pure con accenti dogmatici parzialmente differenti — al paradigma del contatto sociale qualificato, fonte di obblighi di buona fede, correttezza, protezione e informazione la cui violazione genera responsabilità di tipo contrattuale, presidiata dal regime dell’art. 1218 c.c. La materia rappresenta oggi il principale terreno applicativo della categoria castronoviana dell’obbligazione senza prestazione, e ne testimonia la persistente vitalità sistematica anche dopo la compressione subita in materia sanitaria con la legge Gelli-Bianco.

8. La (apparente?) «sconfessione» legislativa in materia sanitaria: la legge Gelli-Bianco

L'impianto costruito a partire dalla sentenza n. 589/1999, fondato sull'idea del contatto sociale come fonte di responsabilità contrattuale del medico strutturato, è stato esplicitamente smentito dal legislatore con la legge 8 marzo 2017, n. 24 (cosiddetta Gelli-Bianco), recante *«Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»*.

L'art. 7 della legge introduce un regime "a doppio binario". Il comma 1 stabilisce che *«la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose»*. Il comma 3, viceversa, dispone che *«l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente»*. Particolarmente significativo è poi il comma 4, secondo il quale *«il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private»*.

Il combinato disposto di tali disposizioni ha effetti sistematici di assoluto rilievo. La struttura sanitaria continua a rispondere a titolo contrattuale, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. — quest'ultima norma, in particolare, fonda la responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari di cui si avvale nell'adempimento. L'esercente la professione sanitaria, invece, ove non abbia assunto un'obbligazione contrattuale diretta con il paziente, risponde a titolo extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. Il richiamo, al comma 4, al sistema tabellare proprio della responsabilità da circolazione stradale rafforza l'inquadramento aquiliano, riconducendo la materia a un regime di liquidazione tipicamente extracontrattuale.

In tal modo, la legge Gelli-Bianco ha sostanzialmente sconfessato la teoria del contatto sociale qualificato in materia sanitaria: non più obbligazione senza prestazione e regime contrattuale — con prescrizione decennale ed onere della prova ex art. 1218 c.c. — bensì illecito aquiliano, con prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2947, comma 1, c.c., onere della prova a carico del danneggiato secondo i criteri dell'art. 2043 c.c. e liquidazione tabellare. Il contatto sociale qualificato sopravvive dunque come categoria generale dell'ordinamento, ancora utilizzata in altri ambiti — responsabilità dell'insegnante, della banca per l'assegno non trasferibile, della pubblica amministrazione in fase precontrattuale — ma in materia sanitaria, che era stato il suo terreno d'elezione, la sua portata applicativa è

stata radicalmente compressa dal legislatore, salvo il caso del medico libero professionista che concluda direttamente un contratto d'opera con il paziente.

9. Il contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo

Strettamente collegata, ma concettualmente distinta dal contatto sociale qualificato, è la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo. Entrambe servono ad allargare l'area della responsabilità contrattuale a soggetti che non sono parti di un contratto, ma operano in modo strutturalmente diverso e rispondono a presupposti distinti.

La figura, di derivazione tedesca (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), risolve il problema dei terzi che, pur non essendo parti del contratto, entrano nell'area di rischio dell'esecuzione della prestazione e subiscono pregiudizi a causa dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento del debitore. L'idea di fondo è che il contratto, oltre a vincolare le parti alla prestazione principale, generi obblighi di protezione, riconducibili alla buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. e all'integrazione contrattuale ex art. 1374 c.c. (*«il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità»*), che si estendono a soggetti terzi qualificati dalla loro vicinanza all'esecuzione del contratto. Tali terzi non possono pretendere la prestazione — non essendo creditori — ma possono pretendere che l'esecuzione avvenga in modo da non ledere la loro sfera giuridica e, in caso di lesione, possono agire in via contrattuale anziché aquiliana.

L'esempio paradigmatico, accolto dalla giurisprudenza italiana, è quello del nascituro e del padre rispetto al contratto di prestazione sanitaria stipulato dalla gestante con la struttura ospedaliera: il contratto è concluso tra madre e ospedale, ma l'esecuzione — corretta o scorretta — della prestazione incide direttamente anche sul figlio e sul *partner*. La giurisprudenza ha riconosciuto la legittimazione del nascituro e del padre ad agire in via contrattuale, valorizzando proprio gli effetti protettivi del contratto, secondo l'orientamento inaugurato da Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, e poi consolidatosi con la successiva estensione al padre.

La differenza strutturale rispetto al contatto sociale è netta. Nel contratto con effetti protettivi un contratto c'è, ed è valido ed efficace tra le parti; semplicemente, i suoi effetti di protezione si irradiano oltre le parti, raggiungendo terzi qualificati (c.d. deviazione degli effetti del contratto). Nel contatto sociale qualificato, all'opposto, un contratto non c'è proprio, e gli obblighi di protezione nascono

direttamente dalla relazione qualificata, non da un negozio. Il primo istituto estende ai terzi gli obblighi accessori di un contratto esistente; il secondo fa nascere obblighi di protezione in mancanza di contratto. Nel primo caso il «veicolo» è il contratto; nel secondo è la relazione sociale qualificata dallo *status*.

I criteri elaborati per individuare i terzi tutelati nel contratto con effetti protettivi, mutuati dall'esperienza tedesca e recepiti in Italia, riguardano la vicinanza alla prestazione (*Leistungsnähe*), l'interesse del creditore alla protezione del terzo (*Gläubigerinteresse*) e la riconoscibilità per il debitore (*Erkennbarkeit*). Nel contatto sociale qualificato, viceversa, la posizione tutelata è quella diretta del soggetto entrato in contatto con il professionista o l'ente qualificato, e non quella di un terzo rispetto a un contratto.

Sotto il profilo del fondamento normativo, il contratto con effetti protettivi si fonda sull'integrazione del contratto ex art. 1374 c.c. e sulla buona fede oggettiva ex artt. 1175 e 1375 c.c.: è il contratto stesso che, integrato dalla buona fede, produce effetti protettivi *ultra partes*. Il contatto sociale qualificato, come più sopra rilevato, si fonda invece sull'art. 1173 c.c., nella parte in cui include tra le fonti delle obbligazioni «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». La fonte non è il contratto, ma il fatto sociale qualificato.

In alcune ipotesi le due figure possono essere impiegate alternativamente per risolvere la stessa fattispecie, e la scelta dell'una o dell'altra dipende dall'inquadramento concettuale preferito. Il caso più discusso è stato, ante riforma Gelli-Bianco, quello della responsabilità del medico strutturato verso il paziente: una parte della dottrina, capeggiata da Castronovo, la inquadrava nel contatto sociale qualificato; altra parte preferiva ricostruirla come contratto con effetti protettivi nei confronti del paziente. La giurisprudenza, con la già citata Cass. n. 589/1999, optò per il contatto sociale. Diverso il caso del nascituro: qui il contatto sociale è meno utilizzabile, poiché il nascituro non ha un vero "contatto" diretto con il sanitario, mentre il contratto con effetti protettivi calza perfettamente, perché il nascituro è esattamente un terzo che entra nell'area di rischio del contratto stipulato dalla madre.

Sotto il profilo del regime applicabile le due figure tendono a convergere: entrambe conducono a una responsabilità di tipo contrattuale, con prescrizione decennale ex art. 2946 c.c., onere della prova ex art. 1218 c.c. e risarcimento dei danni prevedibili ex art. 1225 c.c. È proprio questa convergenza di regime ad averle spesso fatte percepire come strumenti intercambiabili, sebbene la struttura concettuale resti differente. Va peraltro osservato che la legge Gelli-Bianco, con la

qualificazione aquiliana della responsabilità del medico strutturato, ha inciso anche sul terreno di applicazione del contratto con effetti protettivi in materia sanitaria, riconducendo l'intera materia — per il sanitario non legato da contratto diretto — all'art. 2043 c.c., a prescindere dall'inquadramento dottrinale prescelto.

10. Una falsa analogia: gli *smart contract* non sono rapporti contrattuali di fatto

Una sovrapposizione che ricorre con frequenza nel dibattito attuale, ma che concettualmente non regge, è quella tra *smart contract* e rapporti contrattuali di fatto. Chiarirne le ragioni è utile anche per cogliere meglio la specificità della categoria appena esaminata.

Lo *smart contract* è, nella sua essenza tecnica, un programma informatico che si esegue automaticamente al verificarsi di determinate condizioni, tipicamente operante su una blockchain. Il termine *contract* è in realtà fuorviante: Nick Szabo, che ha coniato l'espressione negli anni Novanta, parlava di “contratti” in senso lato, riferendosi a qualunque protocollo di esecuzione automatica di accordi (l'esempio canonico è quello del distributore automatico, nel quale, inserita la moneta, esce il prodotto, senza intermediazione umana). Sotto il profilo giuridico, dunque, lo *smart contract* è strumento di esecuzione, e non fonte dell'obbligazione: è il “come” dell'adempimento, non il “perché” del vincolo.

Il riferimento normativo italiano è offerto dall'art. 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, il quale definisce lo *smart contract* come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse». La norma assimila lo *smart contract*, a determinate condizioni e previa identificazione informatica delle parti, alla forma scritta. Il legislatore lo tratta dunque come modalità di formalizzazione ed esecuzione di un accordo, e non come una nuova categoria di obbligazione spontanea.

Da questi rilievi discende l'impossibilità di assimilare lo *smart contract* al rapporto contrattuale di fatto. Quest'ultimo, nella ricostruzione tradizionale, è caratterizzato dall'assenza di una manifestazione negoziale espressa: il vincolo nasce dalla condotta socialmente tipica — chi sale sul tram, chi parcheggia nell'area custodita — e la categoria serve proprio a giustificare effetti contrattuali in mancanza di un accordo formale. Lo *smart contract* è esattamente l'opposto: presuppone necessariamente un accordo a monte, codificato nel programma. Le parti devono pattuire le condizioni, scriverle (o farle scrivere) in linguaggio informatico,

sottoscriverle digitalmente. Vi è una manifestazione di volontà esplicita, ancorché espressa in forma tecnica anziché linguistica. La circostanza che l'esecuzione sia automatica non elimina la fase genetica del consenso, ma la sposta a monte, nel momento del *deployment* del codice. Nel rapporto contrattuale di fatto manca il contratto e si guarda al comportamento; nello *smart contract* il contratto c'è, ed è soltanto eseguito da una macchina.

Una qualche assonanza con i rapporti contrattuali di fatto potrebbe individuarsi in casi limite, segnatamente quando un utente interagisca con un protocollo decentralizzato (DeFi, *automated market maker*) senza una vera negoziazione individuale, semplicemente “innescando” il codice con una transazione. In tali ipotesi la dinamica somiglia a quella del distributore automatico o del mezzo pubblico: comportamento socialmente e tecnologicamente tipico, esecuzione automatica, assenza di trattativa. Anche in questi casi, tuttavia, la dottrina prevalente ricostruisce l'operazione come contratto per fatti concludenti: l'utente, interagendo consapevolmente con il protocollo le cui regole sono pubbliche e immutabili, manifesta per via concludente la propria adesione. Si torna dunque all'art. 1327 c.c. o al consenso tacito, e non al rapporto contrattuale di fatto in senso tecnico.

Le questioni dogmatiche realmente pertinenti agli *smart contract* sono altre, e di maggiore rilievo sistematico: la qualificazione del codice come dichiarazione negoziale o come mero strumento di esecuzione di una volontà manifestata altrove; la sorte dei vizi del consenso e della patologia del rapporto in un contratto che si esegue automaticamente e in modo imm modificabile; il rapporto tra il principio *code is law* e le norme imperative, atteso che la blockchain esegue ciò che è scritto, anche se contrario a norme inderogabili, mentre il diritto deve poter intervenire *ex post* per ripristinare la legalità mediante restituzioni, nullità, risoluzione, generandosi così una tensione strutturale con l'irreversibilità tecnica; il problema dell'oracolo, ossia delle informazioni esterne fornite da soggetti terzi al protocollo, la cui responsabilità è stata da parte della dottrina inquadrata proprio nello schema del contatto sociale qualificato, in analogia con la responsabilità dell'agenzia di rating o della banca informatrice.

In sintesi, lo *smart contract* non è un rapporto contrattuale di fatto, perché presuppone un accordo, sia pure tecnologicamente mediato. È piuttosto una nuova modalità di formazione ed esecuzione del contratto, che pone problemi inediti di qualificazione e disciplina, ma che resta saldamente ancorata alla categoria del contratto in senso classico, eventualmente concluso per fatti concludenti nelle ipotesi di interazione automatizzata con protocolli aperti.

11. Differenze sistemiche tra rapporto contrattuale di fatto e contatto sociale qualificato

Sul piano funzionale, il rapporto contrattuale di fatto assolve alla funzione di riconoscere effetti contrattuali pieni — obbligo di pagare il corrispettivo, garanzie, responsabilità per inadempimento — a una relazione di scambio non formalizzata. Il contatto sociale qualificato assolve invece alla funzione di far gravare su un soggetto qualificato obblighi di protezione e di diligenza, in mancanza di qualsiasi scambio.

Sul piano causale, nel rapporto contrattuale di fatto è individuabile una causa di scambio, idonea a sorreggere il vincolo; nel contatto sociale qualificato, all'opposto, non vi è causa contrattuale alcuna: gli obblighi nascono dal rilievo sociale della relazione e dallo *status* del soggetto qualificato, e non da un sinallagma.

Sul piano del regime applicabile, entrambe le figure conducono, in linea di principio, a una responsabilità di tipo contrattuale, con prescrizione decennale ex art. 2946 c.c., onere della prova ex art. 1218 c.c. e risarcimento dei danni prevedibili ex art. 1225 c.c. La fonte è però strutturalmente diversa: il contratto, sia pure di fatto, nel primo caso; un «altro fatto» idoneo ex art. 1173 c.c. nel secondo.

Sul piano sistematico, infine, la dottrina più recente tende a ridimensionare i rapporti contrattuali di fatto, assorbendoli nel contratto per fatti concludenti o nelle fattispecie tipiche regolate dalla legge — secondo la lettura accolta da Sacco. Il contatto sociale qualificato, viceversa, si è consolidato come categoria autonoma, sia pure con confini ancora discussi e con la rilevante restrizione legislativa intervenuta in materia sanitaria con la legge Gelli-Bianco.

12. Notazione critica conclusiva

La riflessione sulle due figure mostra come l'ordinamento italiano abbia conservato una sostanziale fedeltà al dogma del consenso quale fondamento del rapporto obbligatorio di tipo contrattuale, ma abbia al contempo riconosciuto, per via legislativa o giurisprudenziale, fattispecie nelle quali il consenso difetta o è imperfetto, e tuttavia gli effetti contrattuali (o assimilati) si producono per ragioni di tutela dell'affidamento, di valorizzazione dello *status* professionale, o di esigenze di disciplina di rapporti socialmente tipizzati.

Una parte della dottrina, capeggiata da Carlo Castronovo, ha valorizzato il contatto sociale come espressione dell'obbligazione senza prestazione, individuando in essa un *tertium genus* di rapporto obbligatorio accanto al contratto e

all'illecito. Altra parte della dottrina, ad esempio Adolfo Di Majo, ha invece criticato l'uso espansivo della categoria, ravvisandovi un escamotage per applicare il regime contrattuale — più favorevole al danneggiato in punto di onere della prova e di prescrizione — a ipotesi più correttamente inquadrabili nell'illecito aquiliano.

L'intervento del legislatore con la legge Gelli-Bianco sembra dare ragione, almeno in materia sanitaria, alla seconda impostazione, riconducendo la responsabilità del medico strutturato all'art. 2043 c.c. Resta tuttavia aperto il dibattito sull'utilizzabilità del contatto sociale qualificato come categoria generale, e la giurisprudenza di legittimità tende a un suo impiego pragmatico, calibrato di volta in volta sulla tipologia di relazione e sul peso degli obblighi di protezione che essa genera. Allo stesso modo, il contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo continua a rappresentare uno strumento autonomo e di crescente impiego, soprattutto nelle ipotesi in cui il terzo non sia parte di alcun contatto diretto con il debitore, ma risulti comunque esposto agli effetti della prestazione contrattuale. Quanto ai rapporti contrattuali di fatto, l'opzione sistematica più convincente — e più aderente al dato positivo italiano — resta quella sacchiana del riconoscimento di fattispecie tipiche di contratto per attuazione, riconducibili alle singole norme codicistiche che ne legittimano la produzione di effetti, anziché di una categoria generale autonoma.