

# CAPITOLO 1

## ASPETTI GENERALI DELLA RESPONSABILITÀ IN AMBITO CIVILE

SOMMARIO: 1. Il principio di buona fede e correttezza: la stella polare dell'ordinamento – 2. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: *actio finium regundorum* – 3. Doveri di protezione – 4. L'adempimento delle obbligazioni: il criterio del «buon padre di famiglia» – 4.1. Diligenza: criterio oggettivo o soggettivo? – 4.2. La diligenza del prestatore d'opera: colpa lieve e colpa grave – 5. Il nesso causale – La sentenza: Cass., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997 – 5.1. Segue: causalità attiva e causalità omissiva – 5.2. Concorso tra causa naturale e causa umana imputabile – 5.3. Nesso causale e danno bagatellare

SPUNTI BIBLIOGRAFICI: MARIOTTI P., SERPETTI A., FERRARIO A., *La responsabilità medica*, Milano, 2010; FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008; DE MATTEIS R., *La responsabilità medica*, Padova, 1995.

### 1. Il principio di buona fede e correttezza: la stella polare dell'ordinamento

Come osservato in dottrina<sup>1</sup>, il legislatore del '42 – prima di riprodurre la vecchia norma sulla diligenza del buon padre di famiglia che è imposta all'obbligato (art. 1176 c.c.) – ha avuto cura di “*redigere una disposizione senza precedenti, sancendo all'art. 1175 c.c. che il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, con ciò prevedendosi per la prima volta che il comportamento non solo dell'obbligato, ma anche quello dell'avente diritto, soggiace ad un unico criterio di valutazione*”.

In verità, si rende innanzitutto necessario un chiarimento dei rapporti esistenti tra l'art. 1175 c.c., il quale fa esplicito riferimento al comportamento secondo «correttezza», e l'art. 1375 c.c., che richiama invece l'esecuzione secondo «buona fede» (definita anche buona fede *oggettiva*, al

---

<sup>1</sup> STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in Riv. Dir. Comm., 1964, I, 166.

fine di distinguerla da quella c.d. *soggettiva* – art. 1147 c.c. – intesa quale ignoranza di ledere una situazione giuridica altrui).

Prendendo le mosse dal punto di vista delle norme in tema di rapporti intersoggettivi tracciate dal nostro codice civile, non può in effetti non rilevarsi l'omogeneità del richiamo contenuto negli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 (per citare giusto le norme contenute nel libro delle obbligazioni), volto a chiarire il limite oltre il quale il comportamento di un soggetto si concretizza in una lesione di una determinata situazione giuridica e, di conseguenza, a determinare i criteri in base ai quali parametrare detta lesione.

Il principio, inoltre, va inevitabilmente a fondersi con quello di *diligenza* (v. Cap. II), poiché è innegabile che – sul piano ontologico – l'adempimento (art. 1176) rientra nella previsione di cui all'art. 1175, dal momento che è proprio con l'adempimento che vien meno la qualità di debitore.

Siffatta esegesi pone in luce come il principio di buona fede e correttezza configuri un valido strumento per l'integrazione del contenuto di un obbligo di prestazione o di un contratto, finendo così per divenire una *exceptio doli* generale (o, se si preferisce, “di chiusura”), che va a collocarsi accanto a quelle espressamente previste dal codice (artt. 1191, 1227, 1260 co. 2, 1264 co. 2, 1359, 1426, 1438, 1460, 1479, 1490 co. 2 e 1491 c.c.)

In altre parole, insomma, si è in presenza di un criterio atto ad *arricchire* il contenuto del rapporto, e cioè a determinarne la reale estensione. Essa, in altre parole, si riverbera sul contenuto delle prestazioni accessorie a cui le parti sono tenute al fine di realizzare la prestazione principale, comportando una vera e propria **eterointegrazione** della fonte obbligazionaria (art. 1374 c.c.).

La circostanza, poi, che nelle statuizioni codicistiche venga dato maggior risalto all'espressione «buona fede» anziché alla «correttezza», si spiega in ragione di una lunga “*tradizione che ha colorato la «buona fede» di un prestigio tale, da far apparire pallido e generico il richiamo alla «correttezza»*”<sup>2</sup>, e tale da lasciar inferire che siamo in presenza non già di due distinti concetti, quanto piuttosto di un unico generale principio, dotato della *vis* eterointegrativa di cui sopra.

Questi sono invero i principi che attengono alla correttezza/buona fede solitamente definita appunto «integrativa». La dottrina, tuttavia, è solita distinguerne altre due *species*: la buona fede “interpretativa”, e la buona fede c.d. “protettiva”.

La buona fede «interpretativa», prevista dall'art. 1366 c.c., agisce non sul piano integrativo, ma appunto su quello interpretativo (*stricto sensu*) del negozio giuridico; essa attiene, in altre parole, non già al *completamento*, bensì all'*accertamento* del rapporto obbligatorio, prescrivendo che tale

<sup>2</sup> PAGANO A., *Buona fede e correttezza*, 2008, (inedito).

accertamento sia condotto in considerazione del ragionevole affidamento prestato dalle parti.

In vero, come affermato da una recentissima pronunzia del Supremo Collegio: «in tema di interpretazione del contratto, la ricerca della comune intenzione dei contraenti (art. 1362, co. 1, c.c.) è operazione demandata al giudice di merito, le cui valutazioni sono censurabili in sede di legittimità per violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale o per vizio di motivazione. Il principale strumento dell'esegesi è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni adoperate all'interno del contratto; cionondimeno, il carattere prioritario dell'elemento letterale non va inteso in senso assoluto, in quanto necessita anch'esso di essere interpretato alla luce dell'intero contesto contrattuale e del **comportamento complessivo delle parti** (art. 1362, co. 2, c.c.). Ne deriva che le singole clausole di cui si compone il contratto traguardato vanno non solo considerate e lette in correlazione tra loro, ma coordinate e contestualizzate (art. 1363 c.c.)» (così, Cass. 30 giugno 2011, n. 14460).

Di buona fede «protettiva», discorre invece una parte minoritaria della dottrina, la quale, discostandosi dalla concezione tradizionale di buona fede integrativa, estende l'ambito di questa norma fino a ricomprendervi *doveri di comportamento* non finalizzati alla realizzazione dell'interesse *principale* dedotto nell'obbligazione, bensì finalizzati alla tutela di interessi *ulteriori*. Detta tesi, dunque, svincolando in definitiva la buona fede dal contenuto dell'obbligazione principale, conduce ad ammettere che “obblighi di protezione” possano riguardare non solo la tutela di interessi riconducibili alle parti del rapporto obbligatorio, ma anche di soggetti terzi (v. *amplius, infra* § 3 e 4.2).

Infine, si rammenti che proprio in ragione del preponderante rilievo del principio di buona fede e correttezza nel nostro ordinamento, le Sezioni Unite della S.C. si sono espresse in tema di **abuso del diritto** (v. Cass. 15 novembre 2007, n. 23726). Può dunque ritenersi acquisita nella giurisprudenza supremo organo di nomofilachia l'intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede (oggettiva) e correttezza in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa (giusta art. 1374 c.c.) e ricchezza di contenuti, inglobanti anche *obblighi di protezione* della persona e dei beni della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela (anche) dell'interesse della controparte negoziale.

In tal senso si è espressa di recente Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, secondo cui, appunto, «la **buona fede oggettiva**, intesa come correttezza e lealtà nei rapporti tra le parti contrattuali costituisce un canone generale al quale deve essere improntato ogni atto di autonomia privata. L'eserci-

zio dell'autonomia privata deve essere censurato dal giudice, quando il comportamento di una delle parti, considerata anche la sua posizione di supremazia contrattuale ed economica, si ponga in contrasto con i canoni generali di buona fede e lealtà, poiché il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del temperamento e dell'equilibrio degli opposti interessi delle parti contrattuali».



Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all’interesse del creditore” – deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull’art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass. 10 novembre 2010, n. 22819).

## 2. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: *actio finium regundorum*

Come è noto, nel nostro sistema civilistico vige la dicotomia tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale.

Per delineare il rispettivo ambito dei due tipi di responsabilità generalmente si osserva che mentre quella contrattuale consegue sempre all’inadempimento di un’obbligazione preesistente, quella extracontrattuale prescinde, per contro, da preesistenti legami tra il danneggiato ed il danneggiante, venendo a configurarsi ogniqualvolta un soggetto cagioni ad altri un danno ingiusto.

La terminologia utilizzata trae tuttavia sovente in inganno.

La responsabilità contrattuale non nasce invero solo in presenza di un contratto; ciò che conta, infatti, è l’esistenza di un *rapporto obbligatorio* tra danneggiante e danneggiato, rapporto che può scaturire da qualsiasi fonte (ad esclusione, è ovvio, dello stesso fatto illecito), giusta quanto previsto dall’art. 1173 c.c. Parimenti fuorviante può risultare l’utilizzo (invero assai diffuso) della locuzione «responsabilità civile» quale sinonimo di responsabilità extracontrattuale o c.d. aquiliana: in realtà, l’endiadi pare meglio confacersi all’inquadramento del più ampio *genus* della responsabilità in sede civile (*tout court*), al fine di distinguere quest’ultima dalla responsabilità penale, con la quale, peraltro, può concorrere in determinati ambiti, tra cui appunto quello della responsabilità medica.

Tanto opportunamente precisato, è noto come la distinzione di cui trattasi non rivesta affatto valore meramente teorico.

Premesso che, come si vedrà, quando si parla di responsabilità medica si versa sempre in ambito di responsabilità da contratto ovvero da c.d. “contatto sociale” (che a quella contrattuale è *quoad effectum* equiparata), procediamo brevemente, e per grandi linee, al regolamento dei confini tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana.

#### a) Onere della prova

Salvo quanto si dirà nello specifico (Cap. V), osserviamo come una prima fondamentale differenza attiene al riparto dell’onere probatorio.

In vero, mentre nella responsabilità extracontrattuale esso è posto a carico del danneggiato (attore) per la dimostrazione del fatto illecito in tutti i suoi elementi costitutivi, incluso l’atteggiamento soggettivo dell’autore (colposo o doloso), in caso di responsabilità contrattuale l’onere della prova è invertito: in caso d’inadempimento, infatti, il legislatore *presume* la colpa in capo al debitore esonerando l’attore dal relativo sforzo probatorio. Si tratta chiaramente di una *presunzione relativa*, che il debitore – cioè – può superare provando l’assenza di ogni sua colpa, vale a dire che l’impossibilità di adempiere, o di adempiere correttamente, è derivata da causa a lui non imputabile («*ad impossibilia nemo tenetur*»: art. 1256 c.c.).

#### b) Danno risarcibile


Ulteriore elemento di diversità risiede nella valutazione del danno suscettibile di ristoro. In caso di responsabilità aquiliana, infatti, vanno risarciti tanto i danni *prevedibili*, quanto quelli *non prevedibili*; nelle fattispecie di responsabilità contrattuale, invece, salvo i casi in cui sia ravvisabile il dolo da parte del debitore, sono risarcibili solamente quei danni che, in base ad una c.d. prognosi postuma, erano prevedibili nel momento in cui l’obbligazione è sorta.

In materia di responsabilità contrattuale, infatti, la prevedibilità di cui all’art. 1225 c.c. costituisce – sul piano della c.d. **causalità giuridica**<sup>3</sup> – uno dei criteri di determinazione del danno risarcibile, consistente in un giudizio di probabilità del verificarsi di un danno futuro, secondo l’apprezzamento della normale diligenza del soggetto responsabile; in quest’ottica,

<sup>3</sup> Come sappiamo, la causalità «giuridica», che presuppone già accertata quella «materiale» (*i.e.*, le leggi scientifiche che legano la condotta dell’uomo all’evento provocato, qualora quest’ultimo consegua *in natura rerum* alla prima), è il modello dettato dal legislatore al fine di disciplinare le conseguenze della successione dei fenomeni, attribuendovi o meno rilevanza giuridica: l’*effetto*, qui, non è inteso in senso naturalistico, ma appunto in senso giuridico, e cioè in termini di rilevanza del danno quale offesa ad un interesse che è stato sacrificato, e che doveva invece prevalere. La distinzione era peraltro già nota ai giureconsulti romani, i quali distinguevano appunto tra danno (“*damnum*”) e lesione (“*ruptio*”).

dunque, la prevedibilità si identifica con il c.d. **criterio della regolarità causale**, che attribuisce significato giuridico alle conseguenze che possono verificarsi qualora il corso degli eventi si svolga con andamento lineare (in tal senso, Cass. 28 novembre 2003, n. 18239).

In altre parole, insomma, l'imprevedibilità *ex art. 1225 c.c.* non costituisce un limite all'«esistenza» del danno, bensì alla «misura» del suo ammontare, dal momento che per suo tramite si limita l'area del danno risarcibile a quelle sole conseguenze che erano astrattamente prevedibili (*ex ante*), secondo un criterio di normalità dello svolgimento degli eventi, ed in presenza delle circostanze di fatto conosciute, o conoscibili, dal debitore (v. Cass. 11 agosto 2004, n. 15559).

Tuttavia, è chiaro che laddove l'imprevedibilità riguardi non il piano della causalità giuridica, ma quello della c.d. **causalità materiale** (v. *funditus*, § 5), questo precluderà *a priori* ogni discorso sul danno risarcibile (v. **Cass. 6 luglio 2010, n. 15875** )<sup>4</sup>, sia in ambito aquiliano che contrattuale.

In realtà, la distanza – *in parte qua* – tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale scema fortemente se valutata dal punto di vista pratico.

Invero, il mancato richiamo dell'art. 1225 nel primo comma dell'art. 2056 c.c. non comporta l'estensione *tout court* dell'area del danno risarcibile ai danni non prevedibili: se la responsabilità che deriva dall'infrazione al generale principio del *neminem laedere* non riveste carattere «sanzionatorio», ma ha invece una funzione spiccatamente «riparatoria» degli interessi meritevoli di tutela (v. Cass. 19 maggio 2007, n. 1183), non può dunque escludersi *in nuce* la valutazione circa l'effettiva possibilità per il danneggiante di prevedere l'evento dannoso verificatosi.

Dottrina e giurisprudenza sono in effetti concordi nel ritenere che anche in sede di responsabilità aquiliana, proprio attraverso il criterio della regolarità causale (o c.d. causalità adeguata), sia possibile escludere dalla cerchia dei danni risarcibili tutti quelli che non potevano essere previsti come «accadimento normale» della condotta.

La giurisprudenza, in particolare, al fine di escludere dall'area del risarcimento le conseguenze imprevedibili, parla indifferenziatamente di “sequenza normale” (Cass. 26 marzo 2004, n. 6071), e di “regolarità statistica” (Cass. 20 dicembre 1986, n. 7801).

Dunque, se è vero che l'art. 2056 c.c. non richiama espressamente la norma contenuta nell'art. 1225, è altrettanto vero, come bene è stato osservato<sup>4</sup>, che in area extracontrattuale la regola di limitare il risarcimento ai soli danni prevedibili è stata opportunamente creata in termini del tutto

<sup>4</sup> LAMBO L., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e Resp.*, 2008, II, 140.

simili a quanto previsto da quella norma; e ciò nel chiaro intento di evitare casi di giustizia sperequativa.

### c) *Costituzione in mora*

Diversamente si atteggia anche l'istituto della *mora debendi*: infatti, mentre per la responsabilità extracontrattuale vige la regola di cui all'art. 1219 capoverso c.c. (c.d. *mora ex re*), in quanto non è ipotizzabile alcuna tolleranza del danneggiato nei confronti del danneggiante, per quella contrattuale la costituzione in mora del debitore non opera mai automaticamente in ragione del ritardo, ben potendo sussistere una tolleranza del creditore al ritardo stesso (c.d. *mora ex persona*).

### d) *Prescrizione*

Com'è noto, in campo extracontrattuale, l'art. 2947 c.c. prevede una *prescrizione breve* di cinque anni per il risarcimento del danno da illecito extracontrattuale, riducendolo a soli due anni per ciò che concerne i danni da circolazione di veicoli. Per contro, la regola ex art. 2946 c.c., applicabile in ambito contrattuale, fissa il termine di decorrenza in dieci anni, salvi eventuali termini più brevi previsti per particolari tipi di contratti.

In entrambi i casi, invece, identico sarà l'atteggiarsi della **decorrenza** (art. 2935 c.c.): il termine di prescrizione del risarcimento del danno, sia esso aquilano o contrattuale, comincia a decorrere non già dal momento in cui è accaduto il fatto, bensì da quello in cui si è verificato il danno. Più precisamente, «ancorché il dato testuale non faccia espressamente riferimento alla “scoperta” di esso, in tutti i casi in cui la manifestazione del danno non sia immediata ed evidente e possa apparire dubbia la sua ricollegabilità eziologica [...], il momento iniziale della prescrizione dell'azione risarcitoria va ricollegato al momento in cui il danneggiato ha avuto la reale e concreta percezione dell'esistenza e della gravità del danno stesso, nonché della sua addebitabilità ad un determinato soggetto, ovvero dal momento in cui avrebbe potuto pervenire a siffatta percezione usando la normale diligenza» (così, Cass. 20 aprile 2007, n. 9524; in senso conforme, da ultima, Cass. 31 maggio 2010, n. 13284).

In tema di responsabilità da prodotto farmaceutico, la conoscenza o la conoscibilità del difetto del farmaco, idonea, ai sensi dell'art. 13 comma 1 d.P.R. n. 224 del 1988, a determinare il corso della prescrizione in concorso con gli altri due eventi previsti dalla norma, non può in ogni caso ravvisarsi fino al momento nel quale, ancorché sia stata sospesa l'autorizzazione al commercio da parte dell'autorità sanitaria del farmaco, non sia stata disposta la revoca dell'autorizzazione da parte di detta autorità, sempreché il provvedimento di revoca identifichi il difetto e sempre che esso non sia impugnato in sede amministrativa o giudiziale, nel qual caso solo il definitivo esito di tali tutele è idoneo a far decorrere la prescrizione (**Cass. 31 marzo 2011 n. 7441**).



Vale poi la pena soffermarsi brevemente sulla prescrizione del **diritto azionato in giudizio**.

Come sappiamo, il decorso del termine di prescrizione può esser generalmente *interrotto* (artt. 2943 e 2944 c.c.), oppure *sospeso* (artt. 2941 e 2942 c.c.), con la conseguenza che, nel primo caso, il termine della prescrizione comincerà a decorrere nuovamente da capo, mentre, nel secondo caso, ricomincerà a decorrere solamente per la parte residua dello stesso.

Ebbene, è possibile distinguere tra causa interruttiva a carattere istantaneo (la prescrizione comincia a decorrere immediatamente da capo una volta verificatasi la causa) e causa interruttiva a carattere permanente, ovverosia di una singola causa interruttiva che può sortire effetti per un certo verso assimilabili alla sospensione, tanto da poter esser definita come **causa mista ad effetto interruttivo-sospensivo** (v. Cass. 18 aprile 1996, n. 3666).

Invero, ai sensi dell' **art. 2945, comma 2**, c.c., qualora l'interruzione sia avvenuta mediante la notificazione di un atto introduttivo di un giudizio, ovvero mercé la proposizione di una domanda nel corso di un giudizio già instaurato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio. Al normale effetto interruttivo (cui dovrebbe immediatamente far seguito il decorso di un nuovo ed intero periodo prescrizionale) si aggiunge pertanto in questi casi un effetto sospensivo, durante cioè il quale la prescrizione non corre fino al tempo del passaggio in giudicato della sentenza.

L'interruzione non è invece seguita da un simile effetto sospensivo qualora il processo si estingua (art. 2945, comma 3), o comunque non sfoci in una pronuncia nel merito (v. Cass. 29 novembre 1991, n. 12879). In questi casi, infatti, il nuovo termine prescrizionale decorrerà "retroattivamente" a far data dall'atto interruttivo iniziale, ovverosia dall'atto introduttivo del giudizio o dalla domanda proposta in giudizio già instaurato.

La *ratio* di ciò va individuata nel principio generale, di natura processuale, in forza del quale l'attore non deve essere pregiudicato nel proprio diritto per effetto della pendenza del giudizio, e cioè durante il periodo intercorrente tra la proposizione della domanda giudiziale e l'esito del processo stesso, a condizione che – come detto – esso sfoci poi in una pronuncia di merito. Il diritto che scaturisce dal giudicato, inoltre, non corrisponde più a quello originariamente azionato: trattasi di un diritto nuovo, in relazione al quale decorrerà un termine prescrizionale diverso ed autonomo, e precisamente quello decennale di cui all'art. 2953 c.c. (c.d. **prescrizione actio iudicati**).

### 3. Doveri di protezione

La responsabilità contrattuale si è col tempo sensibilmente arricchita, atteso che nel suo alveo viene oggi pacificamente ricondotta, come si è anti-



cipato, la responsabilità da “contatto sociale” (Cap. II). Le più mature elaborazioni dottrinali, inoltre, si muovono sempre più nel senso di ampliare l’area dei doveri sussunti nel contratto, riconducendovi anche quei danni che colpiscano la persona o le cose del contraente *in occasione* del contratto (ad esempio, durante le trattative), ovvero *a causa* di esso. Detti doveri sono oggi comunemente definiti obblighi di protezione<sup>5</sup>.

In epoca ancor più recente, superando la visione mengoniana dei doveri di protezione quale sorta di “*enclave della responsabilità per illecito nel territorio della responsabilità contrattuale*”<sup>6</sup>, attenta dottrina<sup>7</sup>, muovendo dal dettato dell’art. 1494, 2° comma, c.c. («Il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivanti dai vizi della cosa»), ha evidenziato come per “*danni derivanti dai vizi della cosa*” andrebbero correttamente intesi anche quei danni che il compratore può subire nella propria persona e/o nelle proprie cose (chiaramente diversi ed *ulteriori* rispetto a quelli intrinseci della cosa viziata). In tal modo, dunque, si farebbe carico al contraente di un particolare obbligo di garantire la protezione della persona e/o delle cose dell’altro, e ciò *in aggiunta* all’obbligo primario di prestazione, conferendo così cittadinanza, nel nostro ordinamento, ad un “**danno contrattuale da carente protezione**”.

Sicché, se per danno contrattuale bisogna intendere anche quello derivante dalla violazione di obblighi di tutela (*Schützpflichten*, nell’esperienza giuridica tedesca, mentre taluni autori hanno al riguardo coniato la definizione di “*obbligazioni senza prestazioni*”), ciò significa che il soggetto danneggiato potrà avvalersi delle più vantaggiose regole stabilite per il danno da inadempimento, in luogo di quelle previste in ambito aquiliano che andrebbero altrimenti applicate a tali fattispecie. Trattasi invero di fattispecie “satellitari” di un contratto, laddove è senza dubbio rinvenibile, rispetto all’evento dannoso, un pregresso rapporto tra le parti; rapporto innervato non soltanto di doveri negativi (vale a dire l’astensione da ogni indebita ingerenza nella sfera giuridica altrui), ma anche e soprattutto di doveri dal contenuto positivo (informare, adottare misure di sicurezza, ecc.) al fine di salvaguardare la sfera giuridica della controparte. Quasi sempre, del resto, la lesione è fondata sull’**affidamento incolpevole** (e quindi legittimo) che la parte danneggiata ha riposto nei confronti dell’altra, e cioè confidando nella buona fede e nella correttezza nell’adempiere da parte quest’ultimo.

Ad ogni modo, in un sistema come il nostro di fortissima tradizione romanistica, la possibilità di ricondurre nell’ambito della responsabilità

<sup>5</sup> CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in Jus, 1976, 132.

<sup>6</sup> MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nei paesi membri della Ceca*, 1968.

<sup>7</sup> DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

contrattuale variopinte fattispecie di danni alla sfera giuridica del contraente dipende, in buona sostanza, dal modo d'intendersi dell'obbligazione: quanto maggiore sarà l'estensione riconosciuta all'area del *rapporto obbligatorio*, tanto più ampia sarà la competenza da assegnare alla responsabilità da inadempimento<sup>8</sup>.

Così, per giungere ad un'efficace demarcazione del confine tra contratto e torto, occorre innanzitutto considerare come della responsabilità aquiliana venisse in passato offerta una nozione al negativo: tutto ciò che non rientrasse nel contratto e che non consistesse nella violazione di espliciti doveri contrattualmente imposti, veniva a costituire il terreno della responsabilità extracontrattuale. Oggi, sostituendo al contratto la più generale categoria dell'obbligazione, il suddetto criterio di bipartizione può ritenersi ancora valido, ancorché, come vedremo (Cap. II), dotato di un respiro di gran lunga più ampio.

In dottrina non manca chiaramente chi ritiene che, pur in presenza di un rapporto contrattuale, il mero peggioramento dello *status quo ante* (*id est*, il peggioramento non direttamente collegato alla violazione della aspettativa contrattuale) configurerebbe un tipico illecito aquiliano. In tal guisa, cioè, tutto ciò che esorbita dalla prestazione principale dedotta nel contratto è appannaggio esclusivo della responsabilità extracontrattuale<sup>9</sup>. Tal assunto, però, si pone in netto contrasto proprio con quanto si dirà sulla teorica della responsabilità da c.d. contatto sociale.



Nei contratti a prestazioni corrispettive i doveri di correttezza, di buona fede e di diligenza – di cui agli artt. 1337, 1338, 1374, 1375 e 1175 c.c. – si estendono anche alle cosiddette obbligazioni collaterali di protezione, di informazione, di collaborazione, che presuppongono e richiedono una capacità discretiva ed una disponibilità cooperativa dell'imprenditore nell'esercizio della sua professione e, quindi, nel tenere conto delle motivazioni della controparte all'acquisto. Detti doveri ed obblighi impongono che l'imprenditore, anzitutto, si preoccupi dell'esatta specificazione delle caratteristiche del bene compravenduto al momento della conclusione del contratto, rispondendo anche della negligenza dei propri agenti al riguardo, ed, in secondo luogo, che, nel caso la necessaria specificazione fosse stata omessa, ne faccia richiesta all'acquirente prima di provvedere alla propria prestazione, astenendosi dal consegnare beni di una specie qualunque fra quelli appartenenti al "genus" prodotto o commerciato, diversamente rendendosi inadempiente alle indicate obbligazioni accessorie, che si pongono come precondizioni dell'obbligazione principale, e già solo per questo legittimando l'eccezione ex art. 1460 c.c. (**Cass. 16 novembre 2000, n. 14865**).

<sup>8</sup> LAMBO, *op. cit.*

<sup>9</sup> MONATERI P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, 17.

#### 4. L'adempimento delle obbligazioni: il criterio del «buon padre di famiglia»

Sebbene non esista una esplicita definizione legislativa di «diligenza», il richiamo a detto concetto permea l'intero codice civile: oltre alle numerosissime norme che se ne occupano per così dire *incidenter tantum* (ad esempio gli artt. 349, 1091, 1957, 2158 e 2392), partendo dalla fondamentale *diligenza del buon padre di famiglia* (art. 1176), si passa dal criterio dell'*ordinaria diligenza* (art. 1227), a quello della *persona di normale diligenza* (art. 1431), fino a giungere a tipi particolari di diligenza, quali ad esempio quella del prestatore di lavoro (art. 2104) o del soccidario (art. 2174).

Come sapientemente osservato<sup>10</sup>, la diligenza esprime un “*modello comportamentale ispirato alla cura, alla cautela, alla solerzia; ad un complesso di caratteristiche, in altri termini, orientato in modo che la condotta dell'uomo possa essere valutata positivamente, in quanto adeguata al fine da raggiungere*”.

Benché, come è ovvio, la portata del concetto non si estenda anche allo schema della responsabilità aquiliana, controverso è invece se essa si atteggi o meno quale vera e propria *generalklausel* della responsabilità da contratto, e cioè quale regola di cui il giudice, a prescindere da una esplicita previsione legislativa, possa imporre il rispetto e giudicare di conseguenza.

Secondo autorevole dottrina<sup>11</sup>, la nozione di diligenza andrebbe vivificata mediante una prassi applicativa tesa a raccordare l'obbligazione agli inderogabili doveri di solidarietà enunciati dalla Costituzione (art. 2), nonché alla difesa dei valori sociali in essa contenuti.

La diligenza rappresenta certamente un **concetto elastico**<sup>12</sup>: ciò si riscontra invero tutte le volte che il parametro legislativo indicato per la valutazione di un comportamento non è fissato una volta per tutte e *a priori*, essendone stabilite unicamente le modalità in base alle quali dovrà procedersi alla sua determinazione nelle «diverse situazioni», intendendosi per “diversità” non soltanto quella discendente dal variare delle fattispecie, bensì anche quella che può derivare dal trascorrere del tempo.

Nella Relazione al Codice, la diligenza è correlata – nel tipico ambito obbligazionario – all'entità dello sforzo che il debitore deve compiere per l'adempimento; secondo quanto ivi stabilito, infatti, la diligenza «riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione».

<sup>10</sup> PAGANO A., *La diligenza*, 2008, (inedito).

<sup>11</sup> DI MAJO A., voce *Obbligazione; teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 26.

<sup>12</sup> RODOTÀ S., voce *Diligenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, 540.

Sebbene poi molto criticata per la sua *inattualità* e per il *conservatorismo* ch'essa sottende, la nozione di diligenza in relazione al «buon padre di famiglia» viene recuperata dalla dottrina<sup>13</sup> osservando come il legislatore del '42 abbia sì usato “*parole dal sapore ispirato a tradizioni e realtà preindustriali*”, ma pur tuttavia come lo stesso legislatore abbia “*inteso stabilire un criterio che fa riferimento al comportamento dell'uomo medio, sufficientemente attento e responsabile come appunto sotteso nel riferimento di mero carattere metaforico al buon padre di famiglia, che appunto nel diritto romano indicava il soggetto di diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico*”.

Sicché, come ben è stato osservato<sup>14</sup>, il riferimento al “buon padre di famiglia” rimanda non già alla figura dell'uomo comune, e cioè all'italiano medio di fantozziana memoria, quanto piuttosto a quella che Aristotele denominava *mesòtes*, ovverosia la capacità di tenere il «giusto mezzo».

In ogni caso, con il riferimento ad un unico parametro (rappresentato appunto) dal comportamento del “buon padre”, il Codice civile del '42 conferma l'abbandono della teoria dei diversi gradi di diligenza (*lata, levis, levissima*), già ripudiata dal Codice previgente.

Il **grado di diligenza** da impiegare nell'adempimento è dunque unico, e corrisponde al comportamento della generalità dei consociati (c.d. diligenza in astratto). In realtà, si parla comunemente di «*diligentia in abstracto*» solo per escludere che trattisi di «*diligentia quam in suis*», ovverosia la diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore. Per il resto, il grado di diligenza – per quanto in termini astratti – deve esser sempre apprezzato in relazione alle circostanze del caso concreto.

Secondo la dottrina<sup>15</sup>, il concetto di **ordinaria diligenza** (art. 1227, comma 2, c.c.) che rileva soprattutto in relazione al risarcimento non dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare se avesse prestato una maggiore attenzione (c.d. principio di autoresponsabilità), configurerebbe in realtà una misura diversa rispetto a quella della diligenza del buon padre di famiglia: nell'art. 1227, infatti, pare essere richiamata una diligenza senza particolari attributi di sagacia o solerzia, che mira a delineare – in termini negativi – il sacrificio (sostenibile) richiesto al creditore al fine di scongiurare il verificarsi di taluni danni ricollegabili all'altrui comportamento inadempiente.

Tuttavia, come meglio si dirà tra breve (*infra*, § 4.2.), finanche il particolare criterio sancito in tema **diligenza del prestatore d'opera intellettuale**, vale a dire dal combinato disposto degli artt. 1176, 2° comma e 2236 c.c., non deve far pensare ad una deviazione dai principi in tema di grado di diligenza.

<sup>13</sup> INZITARI B., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1996, 458.

<sup>14</sup> FAIS P., *Diligenza e colpa nella responsabilità contrattuale*, in Filodiritto.com, 2009.

<sup>15</sup> RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, in Enciclopedia Giuridica Treccani.