

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA  
*Ufficio per gli Incontri di Studio*

Incontro di studio sul tema:  
“Illecito aquiliano e ingiustizia del danno”

*Roma, 29 - 30 maggio 2008*  
*Hotel Jolly Midas*

Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale

Relatore  
**Prof. Carlo CASTRONOVO**  
Ordinario di diritto civile nell'Università  
Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale

Nel raffronto tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, si tratta, come è noto, di due specie del genere 'responsabilità di diritto civile'. Sarebbe meglio parlare di responsabilità civile, così come si parla di responsabilità penale, ma purtroppo nell'uso è invalsa l'identificazione della responsabilità civile con la responsabilità extracontrattuale o aquiliana.

Le due specie si riconoscono nello stesso genere perché ambedue sono costituite da una obbligazione di risarcimento del danno, la quale evidentemente presuppone, sul piano della fattispecie, un danno. Quest'ultimo costituisce la caratteristica della responsabilità civile, che la differenzia da ogni altra forma di responsabilità. Parafrasando una frase di Jhering, secondo il quale senza colpa non si dà responsabilità, possiamo dire: senza danno, nessuna responsabilità. Questo significa che il fatto illecito in diritto civile, diversamente da quanto accade in diritto penale o in diritto amministrativo è essenzialmente connotato dal danno, onde fin quando questo non vi sia, di fatto illecito non è possibile parlare.

L'art. 2043 esige inoltre che il danno sia ingiusto, mentre non è così per la responsabilità contrattuale. Questa è la prima differenza tra le due specie, la quale si traduce nell'affermare che, diversamente dalla responsabilità aquiliana, la responsabilità contrattuale è la forma giuridica di riferimento del danno c.d. meramente patrimoniale, cioè appunto del danno che, pur essendo privo della qualifica di ingiustizia, è ugualmente risarcibile. Questo significa però anche che la perdita puramente patrimoniale, proprio perché priva dell'ingiustizia, non è risarcibile in sede aquiliana. Questo contrasta con la giurisprudenza della Cassazione che, a iniziare dalla sentenza 4 maggio 1982, n. 2765 sul caso De Chirico, ha accolto l'idea di risarcire quello che altrimenti si chiama danno al patrimonio. Questo indirizzo giurisprudenziale, però, sfocia in una aporia, perché ritenendo ineludibile la identificazione dell'ingiustizia con la lesione di una situazione giuridica soggettiva, inventa il diritto all'integrità del patrimonio, che in realtà non esiste; e nel caso in cui voglia fare a meno della situazione soggettiva violata, elimina l'ingiustizia in patente contrasto con l'art. 2043, che invece esige tale qualificazione ai fini della rilevanza del danno come requisito essenziale della responsabilità.

Invece, come abbiamo detto, è la responsabilità contrattuale la sede propria del danno non patrimoniale. L'art. 1223 c.c. prevede infatti che il danno da risarcire è costituito dalla perdita subita e dal mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, senza alcuna altra qualificazione. In realtà la funzione che nella responsabilità aquiliana è svolta dall'ingiustizia per qualificare il danno, nella responsabilità contrattuale è svolta

dall'inadempimento: come nella prima il danno è ingiusto quando è qualificato dalla violazione di una situazione soggettiva, nella seconda il danno diventa risarcibile quando scaturisce dall'inadempimento di una obbligazione. Un danno che voglia essere risarcito, perciò, quando non si manifesta come conseguenza della violazione di una situazione giuridica soggettiva, deve esibire una obbligazione, del cui inadempimento essere conseguenza. Poiché anche il credito è diritto soggettivo, la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale risulta allora un puro corollario della distinzione tra diritti assoluti, la cui lesione *ex art. 2043* dà adito a responsabilità aquiliana, e diritti relativi, la cui violazione *ex art. 1218* dà origine a responsabilità contrattuale.

Questa distinzione, che possiamo dire classica, è del tutto corretta ancora oggi, ma abbisogna di alcune precisazioni. Esse riguardano la lesione aquiliana del credito, l'obbligazione senza prestazione, l'interesse legittimo.

La lesione del diritto di credito che ha come conseguenza la responsabilità aquiliana sembra smentire l'affermazione per cui la violazione di un diritto di credito dà origine a responsabilità contrattuale. In realtà la violazione del diritto di credito che dà origine a responsabilità contrattuale è l'inadempimento, che è qualificazione della condotta del debitore che risulti non conforme al *vinculum iuris*. Dalla prospettiva del diritto civile classico, nel quale la violazione del diritto di credito veniva identificata con l'inadempimento, la categoria 'lesione aquiliana del credito' suonava contraddizione, onde si spiega la relativa novità di questa 'scoperta' (1971) e l'intrinseca difficoltà teorica che si ergeva sulla strada di questa affermazione. Il diritto di credito come diritto relativo sembra infatti strutturalmente imbrigliato entro il rapporto tra creditore e debitore, ed escludere per definizione la rilevanza della condotta di un terzo. In realtà il diritto di credito è relativo quanto alla attuazione, nel senso che la pretesa che costituisce il contenuto del credito può essere fatta valere soltanto nei confronti del debitore. L'inattuazione del rapporto, invece, può essere da imputare al debitore, nel qual caso avremo l'inadempimento con la responsabilità (contrattuale) che ne consegue; o ad altra causa, come risulta dall'art. 1218 c.c. che, disciplinando la responsabilità del debitore, la esclude quando essa sia dovuta a <impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile>. Ora nel negare la responsabilità in questa ultima ipotesi, l'art. 1218 lascia aperta la questione se altri dal debitore possa essere fatto responsabile, precisamente quando l'impossibilità della prestazione, non imputabile al debitore, appunto sia imputabile a un terzo. Di questo non ci si è potuti avvedere fino a quando si è identificata l'impossibilità derivante da causa non imputabile al debitore con il caso fortuito o la forza maggiore, categorie che evocano il primo l'estraneità rispetto alla sfera di controllo del debitore, la seconda la *vis cui resisti non potest*, e con le quali si chiudeva il discorso riguardante la responsabilità da mancata attuazione del rapporto

obbligatorio. Solo in tempi recenti è venuta affiorando la consapevolezza che l'impossibilità possa derivare da causa imputabile a un terzo; e poiché il diritto di credito in sé considerato è sicuramente una situazione giuridica soggettiva, la violazione di esso nel momento in cui se ne impedisce l'esercizio, rendendo impossibile l'attuazione della pretesa, diventa rilevante ex art. 2043 alla stregua della violazione di ogni situazione soggettiva, violazione che qualifica di ingiustizia il danno che ne sia conseguenza.

L'aggiustamento della distinzione classica della responsabilità di diritto civile si verifica altresì al polo opposto. Se nella figura della lesione aquiliana del credito si realizza quella che possiamo chiamare l'assolutizzazione di quest'ultimo, cioè la sua assimilazione ai diritti assoluti, con la conseguenza che la violazione di esso conduce alla responsabilità aquiliana, il cui ambito risulta così ampliato, dall'altra parte è il rapporto obbligatorio nel suo insieme che dilatando il suo contenuto, espande l'area della responsabilità contrattuale. Questo accade nell'ultimo quarto dell'ottocento quando in Francia, nella materia degli infortuni sul lavoro vede la luce la categoria dell'*obligation de sécurité*, che si innesta nel rapporto di lavoro come obbligo di sicurezza la cui violazione rende responsabile il datore di lavoro per il danno alla persona del lavoratore: in questo modo una fattispecie che precedentemente si ascriveva all'area della responsabilità aquiliana viene spostata in quella della responsabilità contrattuale, mutando in particolare il regime dell'onere della prova con la *reversio* del lavoratore dalla prova della colpa del datore di lavoro, necessaria fin quando la responsabilità era di specie aquiliana.

Ma la dogmatica di un rapporto obbligatorio allargato, il cui contenuto non si identifica più con l'obbligo di prestazione-pretesa creditoria perché si arricchisce di obblighi accessori, funzionali alla tutela di interessi altri del debitore e del creditore circostanti all'interesse soddisfatto mediante l'adempimento, è dovuta alla dottrina tedesca dei primi del novecento, nella quale si afferma alla fine la teoria degli obblighi di protezione. In seguito alla 'scoperta' di essi, si verifica un'espansione della responsabilità contrattuale, alla quale viene ascritta la tutela della sfera giuridica del creditore non solo, ma anche del debitore, quando se ne verifica la violazione nel frangente dell'attuazione del diritto di credito. Il passo ulteriore è costituito dall'obbligazione senza prestazione, che risulta dall'individuazione di situazioni nelle quali, nonostante la mancanza di un obbligo di prestazione, ugualmente devono dirsi presenti obblighi di protezione perché tra danneggiante e danneggiato si è instaurata previamente una situazione relazionale nella quale questi stanno l'uno di fronte all'altro alla maniera di un debitore e un creditore, uscendo dall'estraneità che è presupposto della responsabilità aquiliana. La conseguenza è ancora una volta la qualificazione contrattuale della responsabilità

E' inutile dire che, riferita alla responsabilità, la qualifica contrattuale non è evocativa del contratto come negozio, bensì del rapporto obbligatorio quale che ne sia la fonte, significando semplicemente che l'obbligazione di risarcimento del danno nella quale consiste la responsabilità di diritto civile non nasce *ex novo* come nel fatto illecito, bensì si innesta in un rapporto obbligatorio preesistente. La dicitura è conseguenza della distinzione delle fonti dell'obbligazione, nella quale appunto al fatto illecito, nel quale l'obbligazione nasce come obbligazione di risarcimento, si contrappone il *contractus* come categoria riassuntiva delle fonti in cui il risarcimento è l'esito eventuale dell'inadempimento di un'obbligazione preesistente, il cui oggetto è originariamente diverso.

La categoria dell'obbligazione senza prestazione, teorizzata da Larenz come forma giuridica della situazione precontrattuale, alla quale Jhering dalla prospettiva della responsabilità aveva dato il nome di *culpa in contrahendo*, è stata sviluppata dall'autore di questa presentazione (C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano 2006, p. 443 s.) in base all'individuazione di altre situazioni nelle quali, analogamente alla responsabilità precontrattuale, il danno si inquadra in un rapporto il cui contenuto, in assenza di un obbligo di prestazione, è costituito da obblighi di protezione. Le principali situazioni ascrivibili alla categoria sono state individuate nella prestazione medica fornita all'interno di una struttura sanitaria organizzata, nel c.d. rapporto cornice dal quale nascono per l'intermediario finanziario obblighi di informazione nei confronti del cliente, il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

Relativamente a quest'ultimo, la qualificazione contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione deriva dalla rilevazione che l'interesse legittimo, definito dalla dottrina amministrativistica come l'aspettativa tutelata a un procedimento rispettoso della legge, non è una situazione soggettiva assoluta ma relativa, è cioè epifenomeno di una situazione relazionale nella quale l'interesse del cittadino non è, anche quando l'interesse si configura come pretensivo, pretesa alla stregua di un diritto di credito bensì attesa che nell'esercizio della sua funzione, nella quale rimane preminente l'interesse pubblico, la pubblica amministrazione si conduca in maniera rispettosa della sfera giuridica del cittadino di volta in volta soggetto ai poteri di essa. In questo senso l'interesse legittimo ha come correlato la discrezionalità della pubblica amministrazione, magistralmente definita come la qualificazione di «ciò che, non essendo lasciato libero nei fini, deve svolgersi sotto la protezione dell'ombrello normativo, acquisendo in ogni caso una dose sia pur minima di legittimità e di legalità» (G. Berti, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, p. 52).

Roma, CSM, 29 maggio 2008