

**PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE.
CONTRATTI E OBBLIGAZIONI,
FAMIGLIE E SUCCESSIONI**

SCRITTI IN ONORE DI GIOVANNI FURGIUELE

TOMO I

a cura di
GIUSEPPE CONTE e SARA LANDINI

e con la collaborazione di
MARCO RIZZUTI e GIULIA TESI



Il volume è pubblicato con finanziamenti della Fondazione Italiana del Notariato
su fondi per la ricerca della Prof.ssa Sara Landini
e con il contributo del
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze

© 2017, Universitas Studiorum S.r.l. - Casa Editrice
via Sottoriva, 9
46100 Mantova (MN)
P. IVA 02346110204
tel. 0376 1810639
<http://www.universitas-studiorum.it>

Finito di stampare nel *** 2017

ISBN 978-88-99459-**-**

DALLA DOTTRINA ALLA GIURISPRUDENZA E RITORNO

ROCCO FAVALE

Prof. ordinario Università di Camerino

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza per la dottrina. – 2. La dottrina per la giurisprudenza. – 3. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in Germania. La vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi. – 3.1. L'emancipazione del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi. – 3.2. Ascesa e caduta dei rapporti contrattuali di fatto. – 3.3. Fecondazione eterologa e contratto a favore di terzi. – 4. Il dovere della giurisprudenza di seguire la dottrina: l'esempio svizzero. – 5. Il dovere della giurisprudenza di omettere le citazioni dottrinali: l'esempio italiano.

1. La giurisprudenza per la dottrina.

Il formante dottrinale assolve, accanto alle funzioni di interpretazione e di ricostruzione (del sistema), anche quella di partecipare al processo di creazione del diritto, in particolare della formazione del diritto giurisprudenziale¹.

Quest'ultima funzione evoca la dimensione applicativa della scienza giuridica concretizzando le prime due funzioni teoriche (ermeneutica e sistematica).

I mutamenti di indirizzo della giurisprudenza, la loro fondatezza trovano base immediata nello studio e nelle proposte della dottrina. La stessa, a valle, misura la consistenza e il grado di persuasività della singola sentenza nonché il suo impatto entro le coordinate del sistema.

Una soluzione giurisprudenziale difficilmente può ritenersi vincolante se non è fondata sugli apporti della dottrina. Una decisione che ignora il tessuto sistematico annodato dalla dottrina costituisce una risposta instabile e precaria, facile da cancellare fra le regole viventi.

L'intimo legame fra Scuola e giurisprudenza pratica postulerebbe una collaborazione fra le stesse che non è sempre facile da assodare.

Se nella mentalità burocratica dei funzionari prussiani era ravvisabile una contrapposizione fra teoria e prassi, dopo la nascita del BGB l'atteggiamento degli studiosi nei confronti della giurisprudenza appare diverso.

L'indizio rilevante è nelle note dei manuali di diritto civile, che contengono gli estremi delle prime sentenze del *Reichsgericht*, nonché nello sviluppo di decisioni commentate dai professori. A ciò si aggiunge la tendenza di portare nelle aule universitarie le questioni risolte dalla giurisprudenza, al fine di diffondere, sul piano metodologico, la tecnica dell'analisi e dell'argomentazione giuridica partendo dallo studio dei casi concreti.

1. Nel modello tedesco – ma credo che il fenomeno non è estraneo al nostro sistema – v'è chi parla di trasformazione silenziosa del *Rechtsstaat* in *Richterstaat* (B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, 2016).

Oggi non può essere messo in dubbio che il formante giurisprudenziale rappresenti una delle componenti principali di studio e di riflessione da parte della dottrina.

2. La dottrina per la giurisprudenza.

Negli ordinamenti di *civil law*, che ignorano sotto il profilo del formante legale il vincolo del precedente giudiziale, il *Richterrecht* non pare distinguersi dallo *Juristenrecht*.

La decisione del giudice è un'opinione che conta quanto quella di un qualsiasi giurista, e che acquisisce consenso soltanto attraverso la sua capacità persuasiva, sebbene la sentenza costituisca norma individuale, astretta al caso al quale lega il suo destino.

Le opinioni dottrinali entrano nel tessuto dell'ordinamento soltanto allorché la giurisprudenza le fa sue. Helmut Coing lo esplicitava avvertendo che «la scienza giuridica non ha null'altro da fare che preparare decisioni giuridiche nella prassi»².

La dogmatica, in quanto studio del diritto in funzione applicativa, «vive nella speranza di poter convincere il giudice, in modo che un'altra serie di giudicati renda effettive le sue opinioni, integrandole nell'ordinamento giuridico»³.

La tesi dottrinale, che la giurisprudenza non accoglie o ignora, rappresenta pura ricostruzione intellettuale che confida in un futuro suo accoglimento da parte dei giudici. In caso contrario, l'opinione resta all'esterno del diritto operativo.

In questo senso costituisce un falso problema verificare se il giudice nel caso concreto faccia riferimento alle decisioni precedenti ovvero alle tesi della dottrina. Non fa molta distinzione l'opinione del giurista che scrive e quella del giurista che decide.

Il discorso assume una portata diversa se, in relazione al caso da decidere, vi sia un'opinione giurisprudenziale consolidata, salvo che il giudice a cui è rimessa la decisione del caso intenda attingere dalla dottrina al fine di ricercare argomenti persuasivi in grado di suggerirgli soluzioni diverse. In sostanza, le opinioni della dottrina hanno un peso per il giudice che deve decidere, ad eccezione di ricostruzioni dottrinali soltanto teoriche, smarrite nel cielo dei concetti.

All'opposto, il ruolo della dottrina, da sempre, è quello di ordinare le regole elaborate dal formante giudiziale, immettendole entro il sistema delle nozioni che compongono l'ordinamento, da cui l'interprete potrà attingere al fine di assolvere la funzione giudicante.

La giurisprudenza del RG ha, da sempre, manifestato una tendenza tesa a favorire il confronto costruttivo fra le proprie decisioni e le opinioni dottorali, addirittura giungendo – nella parte motiva della sentenza – ad instaurare un vero e proprio dialogo con la dottrina.

La tradizione tedesca si sviluppa in guisa tale che le *Entscheidungen* delle Supreme Corti, in alcuni luoghi si tramutano in trattazioni scientifiche che addirittura contaminano lo stile del giurista-decidente.

2. H. COING, *Die juristische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln-Opladen, 1959, p. 23.

3. Testualmente, M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1976, p. 320, ove ammonisce che mentre la giurisprudenza decide la dottrina può soltanto proporre.

I discorsi raffinati della dottrina entro la trama della decisione giudiziale a volte minano la credibilità e il prestigio della giurisprudenza e della sentenza.

Tuttavia, la tecnica dialogica adottata dai giudici, di là da pericoli metodologici conseguenti all'intreccio tra i formanti teorico-dogmatico e pratico, è comunque in grado di conferire un «sigillo» di scientificità alle decisioni, e costituisce un valido strumento che consente agli studiosi di ricostruire l'*iter* argomentativo e il percorso normativo seguito dal giudice nella soluzione del caso.

In tale prospettiva, vi è per il giudice l'obbligo di richiamare le opinioni dottrinali che sono state utilizzate al fine di pervenire alla decisione, e da ciò discende la possibilità di operare un controllo effettivo sui percorsi motivazionali adottati, con evidenti effetti positivi in termini di controllo della qualità scientifica del provvedimento giudiziale⁴.

3. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in Germania. La vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi.

Fra i moltissimi esempi che testimoniano l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in Germania si può richiamare la vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi, la quale ha tratto alimento dalla conformazione strutturale che caratterizza il sistema della responsabilità extracontrattuale fondato, com'è noto, sulla scelta del formante legale di tipizzare, in modo tassativo, i beni da tutelare, ai sensi del § 832 BGB. L'allontanamento del codice civile tedesco dalla regola onnicomprensiva seguita dall'art. 1382 *code civil* si è dimostrata deficitaria⁵, costringendo la dottrina e la giurisprudenza ad elaborare nuovi strumenti al fine di garantire un'espansione della responsabilità contrattuale oltre le parti.

La figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* si sviluppa grazie all'apporto determinante della dottrina, a partire dal *Capuzolfall* alla fine degli anni Cinquanta⁶, attraverso la sua separazione dall'istituto del contratto a favore di terzi⁷.

4. Al contrario, può esistere un dovere della giurisprudenza di non rivelare la fonte bibliografica (come il nostro diritto) o addirittura di non prendere in considerazione le diverse posizioni dottrinali. Per quest'ultimo caso, in passato vi sono due esempi: il § 6 Einleitung, ALR: «Per le decisioni future, il giudice non deve considerare le opinioni della dottrina né le precedenti decisioni»; il § 14 dell'ABGB für den Kanton Aargau: «Nessun giudice può interpretare od integrare il codice vigente recependo nella sua sentenza una legge straniera o la concezione di una dottrina a fondamento della decisione». Forse fra le due forme di divieto, quello più dannoso per la naturale *Fortbildung* dell'ordinamento è la prima, già soltanto per la confusione che crea nei rapporti fra dottrina e giurisprudenza. Ma tant'è!

5. Oggi art. 1240, sulla base della riforma adottata con *Ordonnance*, n° 2016-131, del 10 febbraio 2016, n. 2016-131 (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), in JORF n. 0035 dell'11 febbraio 2016, consultabile in www.legifrance.gouv.fr.

6. BGH, 15 maggio 1959, in NJW, 1959, p. 1676.

7. In proposito, utili le considerazioni di C. BADDE, *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im Lastschriftabkommen der Banken*, Münster, 1979, p. 56.

La decisione Capuzol trova la sua preparazione teorica ed argomentativa nel caso della macchina trebbiatrice (*Dreschmaschinenfall*)⁸, che costituisce l'occasione, per la dottrina, per elaborare la teoria del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Ciò che accade nel *Capuzolfall*.

I casi richiamati riguardano il contratto di vendita di beni di utilizzo professionale – e per questo sistemati nell'alveo della responsabilità del produttore – la cui peculiarità sta nell'allargamento della tutela contrattuale a favore di terzi danneggiati.

Non può essere trascurato che il problema dell'estensione della responsabilità contrattuale a soggetti terzi nasce già nella prima decade di applicazione del BGB per i contratti di trasporto⁹, di trattamento medico¹⁰, di locazione nonché d'opera. Sullo sfondo della questione v'è la necessità di non agevolare il debitore inadempiente, che avesse eseguito la prestazione mediante ausiliari, con la prova liberatoria prevista dalla disposizione del § 831 BGB. In seno al contratto di locazione la S. Corte imperiale riconosce a favore del terzo (figlia del conduttore) un risarcimento del danno contrattuale a carico del locatore¹¹. In particolare, nel *Tuberkulosefall* il RG riconosce in capo alla figlia del conduttore di immobile un diritto al risarcimento del danno per aver contratto la tubercolosi sulla base della figura del contratto a favore di terzi. Con la stipula del contratto di locazione viene attribuito al locatario l'intenzione, conoscibile per il locatore, di tutelare anche gli interessi dei familiari conviventi, a cui vengono riconosciuti gli stessi diritti del conduttore anche in termini di salubrità dell'appartamento¹².

8. BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193.

9. Per una chiara ed esaustiva ricostruzione giurisprudenziale dei precedenti più risalenti, utile il contributo di G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 54 ss. Fra le sentenze più interessanti, OLG Colmar, 23 dicembre 1913, in *Das Recht*, 1914, Nr. 327, secondo cui il soggetto trasportato che non ha concluso il relativo contratto può agire verso il trasportatore in via contrattuale ai sensi del § 328 BGB e la posizione del conducente che ha cagionato il danno per colpa risponde come ausiliario sulla base della norma del § 278 BGB. La strada della responsabilità contrattuale è imboccata anche dalla S. Corte nel noto *Droschken-Fall* (RG, 7 giugno 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64 ss.), che trova seguito successivamente – con l'eccezione del *Klosterfall* che richiama la complessa figura della *Drittschadensliquidation* (RG, 18 novembre 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289) – attraverso una diretta applicazione dell'istituto del *Vertrag zugunsten Dritter* (RG, 14 novembre 1923, in *Das Recht*, 1924, p. 52, Nr. 161; RG, 24 giugno 1930, in *Das Rechts*, 1930, p. 492, Nr. 1702; RG, 6 marzo 1935, in *RGZ*, 149, 1936, p. 6). Quanto al BGH, la S. Corte non ha affrontato con chiarezza la questione, tuttavia in motivazione ha richiamato l'idea dell'efficacia protettiva del contratto di trasporto (BGH, 28 maggio 1957, in *BGHZ*, 24, 1957, pp. 325 e 327).

10. La figura del contratto a favore di terzi è richiamata anche nei contratti di trattamento medico (in un primo momento il RG, 19 giugno 1914, in *RGZ*, 85, 1915, p. 183, adotta la via extracontrattuale nell'ipotesi di un figlio, vittima di un errore terapeutico, sulla base di un contratto concluso dal padre), come risulta da RG, 29 settembre 1936, in *RGZ*, 152, 137, p. 175. In argomento, utili indicazioni sono offerte da R.-A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 22 ss.

11. In un primo momento il RG ha negato il risarcimento derivante da responsabilità contrattuale a favore del terzo danneggiato sulla base soprattutto del principio di relatività del contratto (così, RG, 4 ottobre 1911, in *RGZ*, 77, 1912, p. 99).

12. Questa decisione ha trovato seguito: RG, 21 febbraio 1921, in *WarnRspr.*, 1921, p. 114; RG, 3 giugno 1921, in *RGZ*, 102, 1921, p. 231.

Nello stesso solco argomentativo si pone la giurisprudenza in materia di *Werkvertrag*, con il noto arresto del c.d. *Gasubrfall*¹³. La S. Corte tedesca, attraverso le disposizioni dei § 618 e 328 BGB, ha riconosciuto che il contratto d'opera concluso tra il committente e un fornitore di gas, finalizzato all'installazione di un contatore in un appartamento, doveva essere interpretato in via integrativa come contratto a favore di terzi (nel caso, della domestica al servizio della signora committente) danneggiati da una errata esecuzione della prestazione principale¹⁴.

La giurisprudenza del *BGH* segue l'indirizzo tracciato dal *RG*, secondo cui il contraente inadempiente risponde in via contrattuale anche nei confronti dei terzi che ha danneggiato¹⁵. Tuttavia, il riconoscimento della protezione contrattuale a favore di terzi che non possono pretendere la prestazione principale spinge la dottrina a compiere una profonda riflessione.

Le due sentenze del *BGH* che segnano la svolta nella figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* concernono il caso della trebbiatrice¹⁶ e l'altro, di poco successivo, del Capuzol¹⁷. Entrambi riguardano un contratto di vendita di prodotti da utilizzare con professionalità, ove i giudici estendono la responsabilità contrattuale a favore del terzo danneggiato.

Nel primo caso era stata venduta una puleggia motrice per la trebbiatrice, il cui uso aveva provocato il ferimento del bracciante. La vittima del danno lavorava come operaio in un deposito carburanti che in estate era temporaneamente adibito ad attività agricola. Lo stesso operaio non era alle dipendenze del compratore ma di altro imprenditore agricolo nel cui fondo si era verificato l'incidente.

Questa circostanza aveva condotto la Corte a negare l'estensione della tutela contrattuale alla vittima, perché non esistevano i termini per un accordo tacito a favore del danneggiato. Nella sentenza i giudici fanno riferimento alla dottrina di Wussow¹⁸,

13. *RG*, 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

14. Sulla vicenda, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 157 s., scrive: «a spingere verso questa conclusione opera in primo approccio una considerazione di *Rechtsgefühl*, di intuizione pura e semplice del *quid juris* che fa sentire come iniqua un'eventuale differenza di trattamento, rispettivamente in termini di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale, tra i danni subiti dalla controparte e quelli sofferti dalla dipendente: il committente non può volere per i propri dipendenti una posizione peggiore rispetto alla sua nei confronti del comportamento dannoso della controparte. L'intuizione abbisogna di convertirsi in dato tecnico e ciò fa emergere allora il consueto parametro della volontà contrattuale: in un contratto d'opera, la cui esecuzione è in sé pericolosa per il committente, l'obbligato non può non avere presente che l'intento di questi è nel senso che siano evitati i possibili danni non solo a se stesso ma anche ai suoi familiari e ai domestici, onde identica sia la posizione giuridica di tutti i membri della comunità familiare nell'ipotesi di responsabilità di chi è tenuto ad eseguire l'operæ».

15. Per alcune: *BGH*, 11 aprile 1951, in *BGHZ*, 1, 1951, p. 383; *BGH*, 28 aprile 1952, in *BGHZ*, 5, 1952, p. 378.

16. *BGH*, 25 aprile 1956, cit.

17. *BGH*, 15 maggio 1959, cit.

18. W. WUSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, Berlin-Köln, 1954, p. 239.

secondo la quale l'estensione della tutela contrattuale poteva avvolgere soltanto quelle persone per le quali una delle parti ha interesse alla sua protezione e tale interesse è oggettivamente riconoscibile dalla controparte. Lo strumento che supportava l'estensione della tutela contrattuale ai terzi era il contratto a favore di terzi. Il BGH è chiaro sul punto: «come è riconosciuto in giurisprudenza che il contratto di locazione stipulato dal locatore di un'abitazione è concluso contemporaneamente anche a favore dei suoi congiunti, nel senso che ad essi spetta un diritto al risarcimento del danno contrattuale diretto ai sensi del § 328 BGB verso il locatore in caso di uno stato degli ambienti abitativi pericoloso per la salute. Allo stesso modo in un contratto volto alla consegna di una puleggia motrice che funzioni bene può esserci un contratto anche a favore delle persone che il proprietario della trebbiatrice ha adibito al suo impiego, se il committente della puleggia motrice nella conclusione del contratto ha agito con il proposito riconoscibile per l'imprenditore, cioè il fornitore, di tutelare anche gli interessi di queste persone».

Il *Dreschmaschinenfall* rappresentava un caso ordinario in cui poteva trovare applicazione l'istituto del contratto a favore di terzi (§ 328 BGB) facendo leva sulla interpretazione integrativa del contratto¹⁹.

Tuttavia siffatto arresto offre lo spunto a Larenz per superare i confini del contratto a favore di terzi ed elaborare la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi; nel contempo gli offre anche l'occasione per ripensare l'orientamento consolidato in giurisprudenza. In particolare, l'illustre autore tedesco rifiuta l'idea di ipotizzare un'ipotesi, qualificata come finzionistica, di accordo tacito e, allo stesso tempo, pone le basi del contratto con effetti protettivi per i terzi distinguendolo nettamente dal contratto a favore di terzi.

La nuova figura si fonda su una interpretazione integrativa del contratto basata sullo scopo dello stesso, sulle esigenze di una immanente giustizia contrattuale, ossia sulla buona fede, e ciò risulta utile per delimitare la cerchia delle persone protette dal contratto. La *Vertragstreue* impone a ciascuna parte di fare affidamento non solo sul fatto di ricevere la prestazione dalla controparte, ma anche che questi la esegua con diligenza al fine di non cagionargli danno. Questo affidamento non riguarda solo la propria posizione, ma anche la posizione di altre persone in contatto con il creditore che potrebbero subire danni durante l'esecuzione della prestazione. La responsabilità contrattuale si estende secondo Larenz a tutti quei terzi per i quali il creditore è obbligato, giuridicamente o anche moralmente, alla loro protezione e salvaguardia, come i parenti o le persone che appartengono alla comunità familiare e domestica nonché i dipendenti.

19. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1953, p. 139 ss.

Siffatta estensione della tutela contrattuale oltre la parte del contratto solleva un proficuo dibattito in seno alla dottrina, nella quale si distingue chi in guisa raffinata mette in evidenza la *Sozialwirkung* dei rapporti obbligatori²⁰. Il legislatore del BGB e la scienza giuridica non hanno mostrato la dovuta attenzione al fatto che i rapporti obbligatori vanno ben oltre le figure del creditore e del debitore. Siffatta dottrina mette in luce la forza propagativa dell'obbligazione nei confronti di terzi, tale da garantire anche a questi ultimi l'accesso alla responsabilità contrattuale. Ciascun rapporto obbligatorio coinvolge una cerchia di persone che va oltre le parti, ossia quelle persone che subiscono, con un'intensità diversa, l'influenza dell'obbligazione. Questo grado di intensità varia da rapporto a rapporto, ciò come conseguenza non solo della tipologia del rapporto obbligatorio ma soprattutto in forza delle circostanze del caso concreto.

La dottrina del contratto con effetti protettivi per i terzi coniata da Larenz trova accoglimento nel *Capuzolfal*²¹. In questo caso l'antiruggine Capuzol N. 22 aveva cagionato l'esplosione di un contenitore, ferendo gravemente uno dei dipendenti. La ditta fornitrice non aveva dato sufficienti informazioni sulla pericolosità del prodotto e l'operaio danneggiato non aveva adottato le cautele necessarie.

La S. Corte esclude l'applicazione dell'istituto del contratto a favore di terzi (§ 328), perché il debitore non era obbligato ad adempiere nei confronti del terzo e quest'ultimo non aveva il diritto primario alla prestazione, ma solo quello secondario al risarcimento del danno subito. In conformità al senso e allo scopo del contratto e alla luce del principio di buona fede il debitore è tenuto ad un comportamento diretto a proteggere la persona che può essere coinvolta dall'adempimento inesatto o da carenti misure di salvaguardia²².

I giudici, sulla base della dottrina di Larenz, inseriscono il terzo danneggiato nella sfera di protezione del contratto e gli riconoscono il diritto al risarcimento del danno sulla base della responsabilità contrattuale²³.

20. J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnahe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1958, p. 249 ss.

21. BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

22. I giudici sottolineano che «Es handelt sich hier um einen der Fälle, in denen dritte Personen in den Schutz des Vertrages einzubeziehen sind, weil die vertragliche Sorgfalts- und Schutzpflicht nach Treu und Glauben und dem Zweck des Vertrages nicht nur dem Vertragsgegner, sondern auch bestimmten weiteren Personen gegenüber zu beachten ist» (BGH, 15 maggio 1959, cit., p. 1677).

23. La S. Corte esprime le coordinate della dottrina che segue ai fini della soluzione del caso: «Wie Larenz (Schuldrecht I. Band 3. Aufl. S. 156- 160 und *NJW* 1956, 1193) zutreffend hervorhebt, handelt es sich in diesen und ähnlichen Fällen nicht um einen eigentlichen „Vertrag zugunsten Dritter“, denn der Schuldner ist nach dem Verträge nicht verpflichtet, an den Dritten zu leisten, wie § 328 BGB es voraussetzt (die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Lieferung des von dem H.werk bestellten Rostschutzmittels). Von dem Schuldner wird aber ein Verhalten gefordert, das dem Schutzbedürfnis der Personen Rechnung trägt, die durch eine mangelhafte Leistung oder durch fehlende Sicherheitsmaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen werden können. Gewiß ist es nicht der Sinn derartiger Verträge, daß jeder der aus einer Sorgfaltsverletzung des Schuldners Schaden erleidet, einen Ersatzanspruch aus den Verträge herleiten kann. Nach dem Sinn und Zweck des Vertrages und nach

3.1. L'emancipazione del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi.

L'allontanamento sempre più netto della figura del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi, si ha allorché il terzo è inserito nella sfera di protezione del contratto anche nell'ipotesi in cui il negozio non sia concluso o nell'ipotesi di contratto nullo.

Alla fine degli anni Sessanta il *BGH* ha riconosciuto che gli effetti protettivi a favore di terzi possono resistere anche nel caso in cui il contratto fra creditore e debitore sia nullo²⁴. Nella specie si trattava di danni subiti da un terzo in materia di locazione, il cui contratto era stato concluso da un soggetto che non aveva il potere rappresentativo.

I giudici sostengono che tra le parti si sono comunque costituiti rapporti giuridici (o meglio: «*unmittelbare Rechtsbeziehungen*») che, oltre il dato formale, riguardano i dati economici e la posizione degli interessi delle parti. Da un lato, la tolleranza per l'utilizzo della cosa locata, dall'altro, l'accettazione del corrispettivo da parte del soggetto locatore supportano l'esistenza di effetti protettivi a favore del terzo danneggiato, analogamente al caso di contratto validamente concluso.

La posizione assunta dalla giurisprudenza si fonda su un'impostazione teorica che promana dalla migliore dottrina tedesca, secondo la quale in mancanza di obblighi di prestazione possono sorgere obblighi di protezione²⁵. Si arriva così alla costruzione del rapporto obbligatorio di protezione unitario (*einheitliches Schutzverhältnis*) di origine legale, oggi richiamato anche dalla nostra suprema Corte.

den Grundsätzen von Treu und Glauben wird die vertragliche Sorgfalts- und Obhutspflicht aber in der Regel gegenüber Personen bestehen, die durch den Gläubiger mit der Leistung des anderen Vertragsteils in Berührung kommen und deren Ergehen den Gläubiger selbst berührt, weil er seinerseits ihnen gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist, wie der Vater gegenüber den Angehörigen der Familie und wie der Unternehmer gegenüber seinen Arbeitnehmern. Da sie für das Wohl und Wehe dieser Personen mitverantwortlich sind, haben sie ein Interesse daran, daß die ihrem Schutz anvertrauten Personen nicht durch Sorgfaltsverletzungen des Vertragsgegners geschädigt werden. Diese Erweiterung der Verantwortlichkeit des Vertragsschuldners ist ihm gegenüber gerechtfertigt, weil er zu erkennen vermag, daß sein Vertragsgegner auf die Sicherheit dieser Personen ebenso vertraut wie auf seine eigene, und weil es sich um einen begrenzten, überschaubaren Personenkreis handelt, dem dieser Schutz des Vertrages zugute kommt (so zutreffend Larenz a.a.O.). Das liegt in der Linie der Rechtsprechung des Senats, wie vor allem das Urteil vom 25. April 1956 (a.a.O.) zeigt. Schon dort ist ausgeführt, es sei davon auszugehen, daß der Vorteil unmittelbarer Ansprüche aus dem Verträge grundsätzlich den Personen zukomme, an deren Schutz der eine Vertragsteil ein für den Vertragsgegner erkennbares objektiv begründetes Interesse habe» (*BGH*, 15 maggio 1959, cit., p. 1677).

24. *BGH*, 10 gennaio 1968, in *MDR*, 1968, p. 402, e in *JZ*, 1968, p. 304.

25. C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen*, in *JZ*, 1965, p. 475 ss., a seguito della convinzione «daß das Schuldverhältnis sich nicht in den Hauptleistungspflichten erschöpft, sondern daneben die Grundlage einer Fülle weiterer Pflichten wie der Nebenleistungs-, der Schutz- und der Abwicklungspflichten bildet» (p. 478).

3.2. Ascesa e caduta dei rapporti contrattuali di fatto.

Un ulteriore esempio di diretta influenza della dottrina sulla giurisprudenza è quello che riguarda i *faktische Vertragsverhältnisse* che trovano origine nella famosa prolusione di Haupt presso l'università di Lipsia²⁶.

Il primo arresto è il caso del parcheggio di Amburgo²⁷, nel quale la disputa del valore di appena 25 marchi riguardava il mancato pagamento del parcheggio. I giudici supremi, partendo dalla tesi di Haupt, che intravede rapporti contrattuali, sebbene non fondati su un accordo tra le parti (§ 151 BGB), e richiamando gli argomenti di Tasche²⁸, approda alla teoria di Larenz dei rapporti obbligatori da comportamento socialmente tipico (*Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten*)²⁹. Secondo il BGH, «Larenz richiama l'attenzione sul fatto che nel moderno traffico di massa esistono rapporti obbligatori, il cui fondamento non va trovato in un accordo negoziale delle parti, ma nell'offerta pubblica, puramente di fatto, di una prestazione, e nell'utilizzo, puramente di fatto, di questa prestazione ad opera del partecipante al traffico. Siffatto comportamento, privo della relativa consapevolezza di fare la dichiarazione non sarebbe da considerarsi come dichiarazione di volontà bilaterale, ma come un accadimento che, secondo il suo significato socialmente tipico, ha gli stessi effetti di un atto negoziale»³⁰. Tenendo conto delle regole di condotta seguite da tutti i consociati, nel caso di specie la S. Corte arriva alla conclusione secondo la quale «chi, durante il tempo della custodia, utilizza per parcheggiare gli appositi spazi riconoscibili, facendo ciò instaura un rapporto contrattuale che lo obbliga al pagamento di un corrispettivo corrispondente al tariffario del parcheggio»³¹. La conclusione non muta anche in ipotesi in cui l'automobilista espliciti la sua volontà contraria, fondata sulla dichiarazione di non volere costituire nessun rapporto³².

In realtà Larenz ridimensiona la tesi di Haupt dei rapporti contrattuali di fatto, in quanto dirige la sua attenzione esclusivamente agli obblighi sociali di prestazione (*soziale Leistungsverpflichtungen*), i quali non hanno a che fare con la conclusione di un contratto

26. G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941 (ora in lingua italiana: G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012).

27. BGH, 14 luglio 1956, in *BGHZ*, 21, 1956, p. 319 ss.

28. F. TASCHÉ, *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss?*, in *Jber. Jbarh.*, 90, 1942, pp. 101 ss., spec. 128, che diventerà Presidente di Sezione del BGH.

29. Con acutezza, nel saggio introduttivo, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, all'opera di G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 35, mette in evidenza come la recezione della dottrina di Haupt in giurisprudenza si deve al ruolo positivo assunto da Larenz.

30. BGH, 14 luglio 1956, cit., p. 334.

31. BGH, 14 luglio 1956, cit., p. 334 s.

32. Dai rapporti contrattuali di fatto derivanti da un obbligo sociale di prestazione deriva la teoria di Larenz del comportamento socialmente tipico (così, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 35 s.).

bensi con una offerta pubblica di un servizio essenziale³³. Nella realtà il rapporto di erogazione della prestazione nasce con l'offerta pubblica fattuale di una prestazione da parte dell'impresa e l'utilizzo di fatto della prestazione da parte dell'utente. Questi comportamenti non possono qualificarsi dichiarazioni di volontà, ma costituiscono meri atti non negoziali in quanto privi dell'*Erklärungsbewußtsein*, ossia della coscienza di fare la dichiarazione da parte dell'autore dell'atto. Pur in assenza di contratto, esiste nell'ipotesi un comportamento che per il suo significato socialmente tipico produce gli stessi effetti di un atto negoziale. Così, nel caso del tram, chi lo utilizza non accetta un'offerta contrattuale dell'impresa di trasporti, bensì il solo fatto di usufruire di una prestazione equivale all'esistenza del contratto di trasporto. L'illustre studioso tedesco precisa che in capo all'utente «l'effetto obbligatorio non nasce dalla sua volontà di obbligarsi ma dal fatto che il suo comportamento sarà valutato dagli usi del traffico quale fondamento di un'obbligazione senza considerare la volontà dell'agente. È la risposta o reazione sociale tipica all'offerta della prestazione e perciò dal punto di vista socialmente tipico ha il significato di fondamento dell'obbligazione. Nessuno può evitare le conseguenze giuridiche di un proprio atto»³⁴.

A questa sentenza fondamentale seguirono altre due l'anno successivo relative a fattispecie da sempre molto controverse.

Nel caso del furto di corrente³⁵, la natura contrattuale della pretesa della società fornitrice verso l'utente viene fondata richiamando il precedente del caso di Amburgo dell'anno prima oltre che le teorie di Haupt e Larenz.

Va in proposito notato, tuttavia, che proprio Haupt porta come esempio negativo di costituzione di rapporto contrattuale di fatto la fattispecie di furto di energia elettrica: «è opportuno osservare che evidentemente il riconoscimento di ciascun rapporto contrattuale di fatto presuppone la sua conformità all'ordinamento giuridico nel suo complesso. Se è in contrasto con la legge o con il *buon costume*, allora le relazioni che si sono create non meritano la tutela giuridica che consiste nel loro inquadramento nella disciplina del contratto. Ciò vale soprattutto per il conseguimento fraudolento di prestazioni, come nel caso del "passeggero abusivo" o del consumo illecito di energia elettrica. In questo

33. Così, K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in *NJW*, 1956, p. 1898; Id., *Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund*, in *DRiZ*, 1958, p. 245.

34. In questi termini, K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, cit., p. 1899. Come messo efficacemente in evidenza, «anche se può sembrare paradossale, questa sentenza ebbe il merito principale di mostrare un punto nodale della teoria dei rapporti contrattuali di fatto anche nei rapporti sociali da prestazione. Il fatto, cioè, che non coglieva la dimensione valutativa del comportamento. Questo non veniva espresso in una dichiarazione espressa, ma aveva il valore di una dichiarazione di volontà. Così nel caso del parcheggio, senza rischiare pericolosi sconfinamenti nella sfera sociologica, bastava l'antica massima *protestatio contra factum nihil relevat* per dimostrare che un vero contratto era stato concluso e dare una soluzione soddisfacente alla questione» (G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 40).

35. BGH, 29 gennaio 1957, in *BGHZ*, 23, 1957, p. 175 ss.

genere di casi non si realizza legittimamente un fatto tipico della vita quotidiana, ma si è verificata un'ingerenza unilaterale nella sfera giuridicamente tutelata di un altro soggetto. Non si può costituire un vincolo contrattuale in questo modo»³⁶.

Come detto, la S. Corte è persuasa che ormai è stato «riconosciuto che le reciproche relazioni giuridiche tra le parti, per come scaturiscono nell'odierno traffico di massa, date le circostanze possono anche essere considerate nei termini di un rapporto contrattuale (in senso ampio), pur in mancanza di dichiarazioni di volontà concordanti»³⁷.

Un certo clamore ha destato il caso deciso pochi giorni dopo del potere ereditario³⁸. Il proprietario di un podere concedeva in affitto il bene al proprio nipote impegnandosi anche alle riparazioni dei danni cagionati dalla guerra. Fra le clausole del contratto era stabilito che «l'affitto termina con la morte del concedente e la proprietà del podere passa all'affittuario. Fino a quel momento è escluso il recesso del contratto per entrambe le parti»³⁹. Successivamente, a causa di rancori tra i parenti, il proprietario tentava invano in tutti i modi di invalidare il contratto di affitto e per di più aveva adottato la figlia del suo amministratore. Da parte sua il nipote concessionario si era trasferito con la propria famiglia nel podere dello zio e nel corso del tempo aveva realizzato miglioramenti notevoli. La successiva adozione da parte dello zio aveva allarmato il nipote, il quale temeva che sarebbero state vanificate le sue pretese sulla titolarità del fondo. Così, cita in giudizio lo zio concedente per far valere il suo diritto al trasferimento della proprietà del fondo sulla base della qualificazione del contratto originario quale contratto successorio, tramite il quale fondare un vincolo fra le parti ad un contratto traslativo o ad un contratto preliminare di un *Übergabevertrag*. Difficoltà ulteriori derivavano dal fatto che il contratto non aveva la veste pubblica necessaria per la validità dell'*Erbvertrag* (§ 2276 BGB).

La decisione del *BGH* a favore del nipote concessionario del fondo viene fondata sulla teoria di Larenz del comportamento socialmente tipico e sulla tesi di Tasche in tema di responsabilità precontrattuale che supporta un diritto all'adempimento del contratto nullo per difetto di forma, come se fosse valido⁴⁰.

36. G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 73.

37. *BGH*, 29 gennaio 1957, cit., p. 177.

38. *BGH*, 5 febbraio 1957, in *BGHZ*, 23, 1957, p. 249 ss.

39. *BGH*, 5 febbraio 1957, cit., p. 247.

40. Così, *BGH*, 5 febbraio 1957, cit., p. 252, precisa che sia il contratto successorio (§ 2276 BGB), sia il contratto di trasferimento (§ 313 BGB) sono soggetti a forma *ad substantiam*. Lo stesso rigore formale vale per il contratto preliminare all'*Übergabevertrag*. Contratti che integrano contratti successori, contratti di disposizione e contratti preliminari di contratti di disposizione possono essere anche conclusi in via verbale o a seguito di comportamenti concludenti, ma questi accordi di regola risultano inefficaci perché la disposizione del § 125, frase 1, BGB prescrive la nullità dei negozi cui fa difetto la forma legale. A questo proposito – prosegue la S. Corte – bisogna discutere se la mancanza di forma per il contratto di concessione del fondo, oggetto del caso, possa qualificarsi ad ogni modo nullo o se esistano ipotesi nelle quali siffatti contratti eccezionalmente siano da considerare come se fossero validi.

La fattispecie dell'efficacia del contratto nullo per difetto di forma mediante il comportamento esecutivo delle parti contraenti ha costituito una pagina significativa per la soluzione di un problema attinente soprattutto al profilo della struttura dell'atto negoziale. La S. Corte tedesca, nel caso citato, ha risolto la questione di forma mediante il richiamo al principio di buona fede, principio da sempre richiamato per fondare soluzioni che mitigano la forza di regole rigide e sì poco adatte a soddisfare interessi, nei casi di specie meritevoli di protezione.

Nel volgere di pochi anni la teoria dei rapporti contrattuali di fatto è definitivamente tramontata e sia nella letteratura che nelle corti è prevalsa una concezione del negozio giuridico che ha minato alla radice tutto l'abozzo di ricostruzione dogmatica. Qui non c'è dubbio che i precisi riferimenti alla dottrina hanno giocato un ruolo di primo piano nell'attività decisoria, nel riconoscere come nel negare.

3.3. Fecondazione eterologa e contratto a favore di terzi.

Una recente decisione appare paradigmatica per sottolineare la prassi tedesca di corredare una decisione giurisprudenziale di tutti i riferimenti dottrinali utili, anche nella prospettiva di ricostruire l'*iter* argomentativo adottato dal giudice al fine di risolvere il caso concreto.

Nell'ipotesi di fecondazione eterologa, il BGH ricostruisce la relativa convenzione che i conviventi concludono quale contratto a favore di terzi, di cui al § 328 BGB, e da ciò sorge in favore del bambino il diritto a pretendere la corresponsione degli alimenti da parte del padre il quale, successivamente, sia inadempiente rispetto alla prestazione alimentare dovuta nei confronti del figlio⁴¹.

In seno alla sentenza si trovano espliciti riferimenti alle figure della paternità apparente e dell'adozione, con evidenti richiami ai più importanti contributi dottrinali in materia⁴².

I giudici supremi sostengono che «con il consenso dell'uomo all'inseminazione eterologa si realizza un'assunzione di paternità mediante atto di volontà (*Willensakt*)». Il consenso integra una dichiarazione di volontà diretta ad assumere la responsabilità di padre⁴³. In proposito la decisione non risparmia ampie citazioni giurisprudenziali e soprattutto dottrinali⁴⁴.

41. BGH, 23 settembre 2015 – XII ZR 99/14.

42. D. COESTER-WALTIJEN, *Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind*, in NJW, 1983, p. 2059.

43. Qui i giudici mettono in evidenza che sul punto si pone il problema delle norme della parte generale che devono trovare applicazione.

44. A. ROTH, *Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination (§ 1600 Abs. 2 BGB)*, in DNotZ, 2003, pp. 805, 809 s.; T. HELMS, J. KIENINGER e C. RITTNER, *Abstammungsrecht in der Praxis*, Bielefeld, 2010, Rn. 63; U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, 2002, pp. 285 ss., 327 ss.; U. WANITZEK, *Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechtsverbesserungsgesetz*,

Interessanti riflessioni sono poi quelle dedicate al *vestimentum* dell'assenso del partner, che non subisce nessun limite, richiamando ora la normativa sulla rendita vitalizia (§ 761 BGB), ora la funzione generale di tutelare l'agente da decisioni affrettate, senza una adeguata riflessione.

4. Il dovere della giurisprudenza di seguire la dottrina: l'esempio svizzero.

L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza può essere anche riconosciuta dal legislatore, come accade nella famosa disposizione dell'art. 1 del codice civile svizzero (ZGB)⁴⁵.

Il dettato codicistico, in guisa quasi mentitoria alla luce dell'intitolazione dedicata all'applicazione del diritto, stabilisce il luogo in cui il giudice può trovare le regole che devono governare il caso concreto. Nell'ordine il giudice è obbligato ad applicare la legge e, in mancanza, è tenuto ad adottare la consuetudine; in ulteriore difetto, al giudice spetta colmare la lacuna secondo la *«freie Rechtsfindung»*⁴⁶. Il legislatore svizzero riconosce l'ingenuità dell'idea della *Gesetzesallmacht*, e per questo concede al giudice le misure dirette a colmare le mancanze della legge.

Nel Progetto del 1900 la regola era diversamente articolata: il giudice, in caso di lacuna, interrogava il diritto consuetudinario, in mancanza di risposta decideva secondo la dottrina e la giurisprudenza autorevoli. In caso di insufficienza, il giudice decideva nella veste di legislatore⁴⁷.

Poi a sorpresa la Commissione nel settembre 1907 declassa la dottrina e la giurisprudenza da fonti sussidiarie del diritto a strumenti di ausilio nell'interpretazione della legge, nell'applicazione del diritto consuetudinario e nell'attività giudiziale diretta a colmare una lacuna dell'ordinamento⁴⁸.

L'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 1 ZGB ha condotto a riconoscere una grossa influenza della dottrina nella prassi di diritto civile, risultando determinante per l'interpretazione, lo sviluppo (*Fortbildung*) e l'integrazione del diritto civile.

L'apporto significativo della dottrina sulla giurisprudenza si esprime in diverse direzioni. Innanzitutto contribuisce alla soluzione di singole questioni, in cui nella maggior

in *FamRZ*, 2003, pp. 730, 733 s.

45. Art. 1. (*Applicazione del diritto*). – 1. La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. 2. Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. 3. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

46. Così, A. MEIER-HAYOZ, in *Berner Kommentar, Einleitungsband, Artikel 1-10 ZGB*, Bern, 1962, p. 97.

47. Il testo quasi invariato è stato inserito nel Progetto del 1904.

48. Se poniamo questa regola in controluce vediamo gli apporti di Aristotele (*Etica nicomachea*, Libro V), di un pandettista Vangerow (che nel suo *Manuale delle Pandette* richiama un testo romano), del grande Geny (che nella sua *Méthode* del 1899 pone questa regola) e, infine, della giurisprudenza degli interessi (attraverso le figure di Stammler e Rümelin).

parte delle volte la critica della dottrina alla giurisprudenza prepara il terreno al mutamento di opinione dei giudici (*overruling*)⁴⁹.

L'influenza della dottrina avviene anche indirettamente allorquando essa adempie ai compiti che le sono propri, quali quelli di carattere sistematico-metodologico. Innanzitutto di elaborazione del sistema, dove il *Richterrecht* si caratterizza per un'attività del giudice non avvezzo né alla metodologia dell'astrazione, né capace di inserire la soluzione entro le trame del sistema giuridico⁵⁰.

Non meno importante e delicato è il compito della dottrina tesa ad enucleare e sviluppare i valori generali che sono posti a fondamento della legge e dell'ordinamento. Va ribadito il valore del sistema e dei principi nello sviluppo del diritto privato e in tale contesto va vista senz'altro l'influenza sugli orientamenti giurisprudenziali⁵¹.

Infine le correnti metodologiche operanti entro la scienza giuridica trovano attuazione e realizzazione nelle motivazioni giudiziali, le quali rispecchiano le proposte metodologiche e assiologiche del tempo⁵².

5. Il dovere della giurisprudenza di omettere le citazioni dottrinali: l'esempio italiano.

A conclusione di queste riflessioni, è utile uno sguardo al modello domestico, connotato da rilevanti peculiarità rispetto ai modelli indagati, in quanto caratterizzato dal fatto che i nostri giudici, sulla base di una regola legale (art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c.), hanno il dovere di omettere ogni citazione di autori giuridici. Il silenzio imposto per legge ai giudici non spegne il dialogo con la dottrina, ma lo rende solamente "non espresso"⁵³.

Fra gli ultimi studi più approfonditi⁵⁴, v'è chi suddivide il silenzio, in termini di assenza di citazioni dottrinali da parte dei giudici, in due periodi. Nel primo periodo sette-

49. Molti esempi sono offerti da A. MEIER-HAYOZ, in *Berner Kommentar, Einleitungsband, Artikel 1-10 ZGB*, cit., p. 192 s.

50. A. MEIER-HAYOZ, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, in *ZRS*, 78, 1959, p. 98 ss.

51. In proposito, utili indicazioni da A. MEIER-HAYOZ, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, cit., p. 93 ss.

52. Solo per fare un esempio si richiama la decisione del BG, 11 marzo 2014, 4A 413/2013, in *www.bger.ch*, in cui tratta il problema del vizio di forma del contratto alla luce della figura dell'abuso del diritto.

53. In seno all'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, la Sezione I è intitolata: «Dialoghi espressi, dialoghi muti: l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza». A livello generale, oltre gli ordinamenti, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio, Torino, 2016, p. 115, avverte che «l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice può essere misurato sulla base non soltanto della prioritaria ed evidente distinzione tra le Corti che citano o che non citano esplicitamente la letteratura giuridica (e della conseguente partizione tra "dialoghi espressi" e "dialoghi muti"), o di una serie di varianti che riguardano le fonti, la loro gerarchia e i metodi interpretativi, ma anche dello stile che le sentenze e le varie forme letterarie assumono, reciprocamente, nelle diverse esperienze giuridiche».

54. M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 25 ss.

centesco si distingue l'intervento di Ferdinando IV di Borbone, secondo cui «per rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, ed allontanare dai giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni si fondino non già sulle nude autorità dei dottori, che hanno purtroppo con le loro opinioni o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del regno, o comuni: e quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dell'argomento sieno sempre fondate nelle leggi espresse e letterali»⁵⁵.

A fronte di una certa protesta da parte del corpo giudiziario, il Re ribadisce con un dispaccio che «la legislazione è tutta nella sovranità; [...] che i giudici sono esecutori delle leggi e non legislatori; che il diritto ha da esser certo e definito, non arbitrario»⁵⁶. Nello stesso senso si muovono le Costituzioni piemontesi settecentesche⁵⁷. Il timore dei regnanti del XVIII secolo era soprattutto quello di non erodere il diritto positivo attraverso l'opera di una giurisprudenza «che potesse divenire *os doctorum* piuttosto che *os regi*»⁵⁸.

All'indomani delle codificazioni unitarie del 1865, l'omissione di citare la dottrina è disciplinato dal Regolamento generale giudiziario, nella veste del r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641, ove all'art. 265 è declamato che il giudice nella motivazione non deve «invocare l'autorità degli scrittori legali»⁵⁹.

La scelta del legislatore muta obiettivo e concerne la tecnica motivazionale governata dal paradigma della concisione. La nuova codificazione processualcivile del 1942 ha proseguito questa strada e all'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. è fissato il dovere del giudice in motivazione di omettere «ogni citazione di autori giuridici»⁶⁰. Disposizione che, secondo la S. Corte, «integra una *lex imperfecta*, non prevedendo, per la sua violazione, alcuna sanzione»⁶¹. Le censure mosse dalla ricorrente che il giudice d'appello, in violazione

55. Il passo è riportato da G. MONTELEONE, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 2007, p. 664 s.

56. Citazione in G. MONTELEONE, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, cit., p. 665.

57. Lavoro fondamentale sul punto è quello di G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.

58. In guisa persuasiva, M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 27, individua le «origini non nobili [...] non solo del divieto di citazione in sentenza degli autori giuridici, ma, soprattutto, di far perno sulla loro autorità per fondarvi le ragioni della decisione».

59. Art. 265, comma 2, Reg. gen. giud.: «Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto; si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza è fondata, e si fa un cenno conciso dei principii generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali».

60. Sulle conseguenze della violazione del precetto da parte del giudice v. le considerazioni di M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 29, il quale parte proprio dalla mancanza nella disposizione di una sanzione per la sua violazione.

61. Cass., 23 ottobre 2001, n. 12999, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 672; già prima, Cass., 6 ottobre 1994, n. 8184, in *Pluris online*, secondo cui «Alla violazione della norma dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. - secondo cui

dell'art. 118 disp. att. c.p.c., avesse “rivelato” l'autore inventore dell'espressione “interesse negativo”, secondo i giudici superiori non inficia la validità della sentenza «poiché, come esattamente è stato osservato in dottrina» la norma richiamata è *lex imperfecta*⁶².

Come ben sottolineato in un interessante studio, «il divieto allontana il giudice, una volta immesso nella professione, dagli studi praticati nell'Università, più attenti alla dottrina, e lo induce piuttosto a ricercare nella casistica il precedente utile, anche nei paesi a diritto codificato»⁶³.

La norma contenuta nell'art. 118 non ha posto ostacoli al dialogo fra giurisprudenza e dottrina, o meglio all'uso degli argomenti dottrinali entro il tessuto motivazionale della sentenza, ma, in guisa più riduttiva, ma non per questo meno importante, ha imposto la «nominalistica omissione degli autori giuridici»⁶⁴. Ciò significa «nella ipotesi migliore, opacizzare la motivazione nella sua più compiuta trasparenza dell'argomentazione decisionale»⁶⁵.

Insomma, dialogo sì, ma unilaterale. La dottrina non può far mistero degli orientamenti giurisprudenziali, altrimenti il lavoro sarà tacciato di essere privo di scientificità; i giudici, al contrario, non devono rivelare gli autori delle tesi dottrinali adoperate nella rete di argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza.

Gli esempi sono numerosissimi e per questo segnaleremo solamente qualche caso che si è distinto per particolare rilevanza.

Di recente le Sezioni Unite civili, per poter risolvere il problema concernente l'ammissibilità di una società tra avvocati multidisciplinare (naturalmente complice la negligenza del legislatore che in materia è silente), hanno emanato un'ordinanza interlocutoria con la quale è stato incaricato l'Ufficio del Massimario di approntare «una ricostruzione completa del quadro normativo di riferimento e dei contributi anche dottrinali»⁶⁶.

All'epilogo della grande guerra, un secolo fa, Leonardo Coviello dedicava la sua prolusione napoletana agli errori e ai trionfi della giurisprudenza nell'ambito del diritto civile⁶⁷. Nella prospettiva dello studioso lucano il dialogo fra dottrina e giurisprudenza si

nella motivazione della sentenza “deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici” - non è collegata alcuna sanzione di nullità, sicché da detta violazione non può derivare alcuna particolare conseguenza, se non sul piano dell'esatto adempimento dei doveri propri del giudice, tenuto ad osservare tutte le norme processuali, e non soltanto quelle cui consegue una sanzione di nullità.

62. Cass., 23 ottobre 2001, n. 12999, cit., p. 674.

63. Così, L. PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formati nel mondo*, in *Ann. dir. com. st. leg.*, 2015, p. 12.

64. M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 31.

65. Così, E. CATERINI, *Il diritto «giurisprudenziale» e l'«arte» del diritto nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Per Francesco Carnelutti. A cinquant'anni dalla scomparsa* a cura di G. Tracuzzi, Padova, 2015, p. 88.

66. Cass., Sez. Un., 20 giugno 2017, n. 15278, in *DeG*, 21 giugno 2017.

67. L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, (*Giur. it.*, 1918), in *Le prolusioni dei civilisti*, II, (1900-1935), Napoli, 2012, p. 1645, definisce gli errori quelle decisioni che costituiscono «un indirizzo

atteggia secondo diverse varianti: da una parte, una giurisprudenza che vince sul dissenso dottrinale; dall'altra, una dottrina dalla forte influenza in tutti i casi di mutamento di orientamento; per finire, i casi in cui non avviene una reale convergenza fra i formanti citati che esigono un intervento legislativo⁶⁸.

Coviello ha accusato la dottrina di essersi «lasciata un po' troppo sedurre dalle costruzioni scientifiche», tanto da non aver tenuto, nella sua missione di ordinare la vita del diritto, nella dovuta considerazione la giurisprudenza, la quale andava studiata secondo il metodo storico-critico francese: «si deve seguire per ciascun istituto l'indirizzo giurisprudenziale attraverso le sue varie fasi, a cominciare dalle origini sino all'ultimo stato, e ricercare le ragioni del mutamento, come del consolidarsi di un dato indirizzo, nelle circostanze varie, anche di ordine sociale, che l'accompagnano»⁶⁹.

Nel corso del tempo va aggiunto un ulteriore caso, la cui singolarità deriva dal fatto che l'intervento del legislatore è diretto a superare un orientamento consolidato della giurisprudenza. Insomma il *revirement* giurisprudenziale non troverebbe la sua base – come accade di consueto – in un costante impegno persuasivo della dottrina per contribuire al mutamento di opinione del giudice, ma, al contrario, in una apposita determinazione legale. Il *conditor iuris* usualmente registra e riscrive in forma di legge orientamenti consolidati della giurisprudenza; ma accade anche che il legislatore voglia ri-regolare un settore e, per farlo, ritenga necessario superare un orientamento giurisprudenziale consolidato. L'esempio della seconda legge sulla responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24) si muove proprio in questa direzione, e descrive un percorso assai singolare, allorquando qualifica la responsabilità professionale del medico dipendente in termini aquiliani (*ex art. 7, l. n. 24/2017*). Ciò in aperta opposizione ad un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che aveva applicato la disciplina della responsabilità contrattuale sulla base di una costruzione dottrinale che evocava temi familiari alla cultura giuridica tedesca⁷⁰.

La S. Corte poggia il mutamento di orientamento – così come espresso *retro* da Coviello – su una tesi dottrinale che, a sua volta, aveva sviluppato un orientamento della dottrina tedesca. I giudici supremi, aggirando il divieto contenuto nell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., aiutano gli studiosi ad individuare immediatamente la paternità della tesi

non conforme alla legge, o almeno non ritenuto tale dalla dottrina dominante» e trionfi quegli orientamenti giurisprudenziali che fanno «breccia nella dottrina che li riceve in tutto o in parte, e rielaborandoli, li assimila» contribuendo alla *Rechtsfortbildung*.

68. L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, cit., p. 1647 ss., ove i relativi casi tratti dalla giurisprudenza.

69. L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, cit., p. 1669. Sulle caratteristiche della giurisprudenza francese e italiana a fronte di quella tedesca, cfr. le considerazioni critiche di J. KOHLER, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*, in *Jber. Jahrb.*, XXV, p. 262 ss.

70. Con Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

accolta, fondando la responsabilità contrattuale del medico dipendente su «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contatto e torto»⁷¹.

La peculiarità del regime contrattuale del medico ospedaliero – come noto – è che è priva di contratto, ma poggia sul «semplice “contatto sociale” (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi)»: «in questi casi al “rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale”»⁷².

Pur tra alcune voci dottrinali dissenzienti dirette a chiarire il vero ruolo e il destino della teoria del *sozialer Kontakt* in Germania⁷³, la responsabilità contrattuale da contatto sociale ha trovato nella nostra giurisprudenza una significativa diffusione⁷⁴, culminata nella decisione recente della S. Corte sulla responsabilità precontrattuale che riconosce la natura contrattuale sulla base di un contatto sociale qualificato⁷⁵. La relazione precontrattuale fra i pacienti rappresenta «una relazione tra i futuri contraenti che sta in mezzo al contratto ed al torto, denominata *Sonderverbindung*, categoria che qualifica le situazioni tra soggetti non aventi fonte in un contratto (*ohne Vertrag*)»⁷⁶.

Proprio nel momento in cui la giurisprudenza ha applicato la teoria del contatto sociale alla figura della *culpa in contrahendo* – quale prototipo di relazione speciale non

71. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 s., dettando al lettore il saggio di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 148 ss.

72. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444, ove chiarisce: «in questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso».

73. Com'è noto, la teoria del contatto sociale nasce con G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 5 ss. (oggi in lingua italiana: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012, p. 45 ss.). Il breve percorso dottrinale e giurisprudenziale di questa teoria è bene messo in evidenza da A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.; di recente, C.-W. CANARIS, *Il «contatto sociale» nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1 ss.

74. Un quadro degli sviluppi giurisprudenziali e soprattutto delle risposte alle critiche sollevate da una parte della dottrina è offerto da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 131 ss.

75. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss., con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti, ad es. A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2568 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1950 ss.; A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1457 ss.; C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1510 ss.; I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?*, in *Dir. civ. cont.*, 18 novembre 2016; F. PIRAINO, *la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss.; E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 233 ss. Sulla portata della decisione, v. l'analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1515 ss.

76. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., § 6.

contrattuale⁷⁷ – il legislatore (l. n. 24 del 2017) interviene per cancellare l'orientamento consolidato della responsabilità medica ospedaliera a partire dal 1999.

Il problema del rapporto fra dottrina e giurisprudenza nel nostro modello giuridico meriterebbe una seria riflessione, anche se, forse, ancora oggi i tempi non sembrano essere ancora maturi affinché tale riflessione possa concretamente produrre esiti positivi. Tuttavia a noi basta aver sollevato i reali termini del problema: il divieto dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. («in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»), non è riuscito a spezzare il legame tra i formanti dottrinale e giurisprudenziale, i quali sono legati come l'ombra al corpo.

77. C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1236 s., secondo cui il vero prototipo dell'obbligazione senza prestazione e della responsabilità «relazionale, in quanto caratterizzata in pari tempo dalla violazione di un rapporto giuridicamente rilevante che tipicamente non nasce da un contratto, e tipicamente non deriva da inadempimento di un obbligo di prestazione».