

**ANNUARIO
DI DIRITTO COMPARATO
E DI
STUDI LEGISLATIVI**

2017



Edizioni Scientifiche Italiane

Anno 2017, vol. VIII

Edito con la collaborazione scientifica del Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio e con gli auspici del Dipartimento di Diritto comune patrimoniale dell'Università degli Studi di Napoli «Federico II», del Dipartimento di Scienze Giuridiche «C. Mortati» dell'Università della Calabria e del Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze.

DIREZIONE

Gianmaria Ajani, Domenico Amirante, Luisa Antonioli, Vittoria Barsotti, Gian Antonio Benacchio, Mauro Bussani, Albina Candian, Felice Casucci, Giovanni Comandè, Gabriele Crespi Reghizzi, Barbara De Donno, Rocco Favale, Andrea Fusaro, Antonio Gambaro, Elisabetta Grande, Michele Graziadei, Andrea Guaccero, Luigi Moccia, Maurizio Oliviero, Cristoforo Osti, Massimo Papa, Lucio Pegoraro, Gian Maria Piccinelli, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Mario Serio, Marina Timoteo, Francesco Paolo Traisci, Vincenzo Varano, Mauro Volpi, Fabio Emilio Ziccardi

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Rodolfo Sacco (Presidente), Jürgen Basedow, Horatia Muir-Watt, Jacques Vanderlinden, François Terré

COMITATO EDITORIALE

Katia Fiorenza (coordinatore), Veronica Caporrino, Adele Pastena, Patrizia Saccomanno, Mariacristina Zarro, Alessandra De Luca, Sara Benvenuti, Gianluca Tracuzzi

Registrato presso il Tribunale di Napoli al n. 62 del 28 settembre 2009 Responsabile: Angela Del Grosso

Accettazione dei contributi inviati all'*Annuario di diritto comparato* - Procedura di *peer review*
L'*Annuario di diritto comparato* pubblica contributi scientifici che sono soggetti a una procedura di *peer review* a doppio cieco. Gli articoli e gli altri contributi inviati all'*Annuario* sono preliminarmente valutati dalla Direzione. Se sono ritenuti potenzialmente adatti alla pubblicazione, la Direzione nomina due revisori. I revisori sono selezionati in base alle conoscenze richieste per valutare il contributo. I revisori valutano il contributo senza conoscere l'identità dell'autore e l'autore non conosce l'identità dei revisori. Al termine della procedura di valutazione, la Direzione può domandare all'autore di apportare modifiche al proprio contributo. I contributi valutati positivamente dai revisori sono accettati per la pubblicazione. I contributi pubblicati dall'*Annuario* sono di regola selezionati su invito.

Publishing with the *Annuario di diritto comparato* - Peer review policy

The *Annuario di diritto comparato* publishes scholarly contributions that are subject to a double blind peer review process. The articles and other contributions submitted to the *Annuario* undergo a preliminary assessment by the Editorial Board. If they are potentially suitable for publication, the Editorial Board will appoint two referees. The referees are selected on the basis of their expertise. The referees do not know the authors' identity nor does the author know the identity of the referees. At the end of the peer review process, the Editorial Board may ask the author to revise her or his contribution, on the basis of the referees' comments. The contributions which receive a positive assessment by the referees will be accepted for publication. Contributions to the *Annuario* are generally solicited by invitation.

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78

INDICE

PARTE I

Profili di globalizzazione

F. CASUCCI, <i>Presentazione</i>	3
B. ALÁEZ CORRAL, <i>Legal Globalization from the Perspective of Spanish Constitutional Law</i>	5
S. BAGNI, <i>Comparative law and... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista</i>	47
V. BARSOTTI, <i>"External Relationality". New colors for the European Model of Constitutional Justice</i>	65
M. BUSSANI, <i>De-globalising human rights? I diritti umani comparati</i>	91
S. CASABONA, <i>Uso e abuso dell'argomento "globalizzazione" nel ragionamento del giudice</i>	131
S. CASSESE, <i>La globalizzazione amministrativa</i>	159
F. CASUCCI, <i>Justice Walk. Frammenti di giustizia letteraria nel tempo della globalizzazione</i>	169
D. DI MICCO, <i>La globalizzazione abusata. Quando un concetto impreciso s'impone nel discorso giuridico e nello strumentario del comparatista</i>	241
K. FIORENZA, <i>Lavoratori senza confini e lavoratori confinati. Il difficile cammino del diritto del lavoro</i>	265
T.E. FROSINI, <i>Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione</i>	291
M. GRAZIADEI, <i>Dentro le dinamiche della globalizzazione: questioni di riconoscimento e di giustizia distributiva</i>	307

A. GUACCERO, <i>Global Crisis, Globalization of Remedies. Comparative Remarks on the Approach to Banking and Financial Crises in the US and the EU.</i>	325
S. HARDING, <i>Globalization and the Paradox of Cultural Heritage Law</i>	351
M. MIELE, <i>Isolamento ed interdipendenza, tradizione ed impermanenza. Note sul percorso costituzionale del Bhutan</i>	381
L. MONTANARI, <i>Studi per una riflessione sull'indipendenza del giudiziario nell'epoca della globalizzazione</i>	405
M. NICOLINI, «Benefitting the Commerce of the Mother Country»: paradigmi 'coloniali', law merchant e globalizzazione politica	439
O. PFERSMANN, <i>Legal Globalisation as a Municipal American Problem</i>	475
P. ROSSI, <i>Le ambivalenze della globalizzazione giuridica: diversificazioni giuridiche e pervasività dell'informazione</i>	499
A. SAJÓ e S. GIULIANO, <i>Is the Decline of Globalization the End of Human Rights (as We Believe to Know Them)?</i>	515
R. SCARCIGLIA, <i>Viaggio a globalia. Riflessioni sul diritto comparato in epoca di globalizzazioni</i>	537

PARTE II

L'intervista

V. VARANO (a cura di), <i>Intervista ad Alessandro Simoni. L'itinerario del mio allievo "eclettico"</i>	561
---	-----

PARTE III

Studi

A. CANDIAN, <i>L'assicurazione e il "takaful": un possibile legal transplant nel mercato finanziario italiano?</i>	585
F. CASTRONOVO, <i>The Americanization of Contract Law: the Merger Clause in the European Perspective</i>	617

E. CAVUOTO, <i>Il ruolo degli organi dell'esecuzione nella fase preparatoria dell'espropriazione forzata: sistemi giuridici a confronto</i>	647
D. CERINI, <i>Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del code civil</i>	685
A. CLARONI, <i>Profili privatistici dei trasporti aerei e marittimi nel diritto dell'Unione europea</i>	709
C. CREA, <i>Dalla 'reasonableness' al 'raisonnable' nell'esperienza giuridica francese: 'far away so close' o 'parler anglais sans le dire'?</i>	743
L. DI COSTANZO, <i>The Harmonization Process and the Italian Legal Profession</i>	769
M. FEOLA, <i>Contratto e protezione del terzo</i>	803
K. FIORENZA e R. VIRZO, <i>Le unioni civili nello scenario internazionale: spunti di riflessione</i>	853
A. GAMBARO, <i>Le fonti del diritto inglese. Riflessioni a margine della rinnovata edizione di un classico della letteratura comparatistica italiana</i>	881
M.P. MANTOVANI, <i>La responsabilità medica in Francia</i>	885
S. LANNI e G. MAGRI, <i>Mercato digitale e nuovi paradigmi della tutela del consumatore in Brasile e Germania</i>	917
G. TRACUZZI, <i>I limiti dell'analogia giuridica nell'«età della decodificazione»</i>	963
D. VANNI, <i>Some Comparative Reflections about Judicial Liability</i>	987

PARTE IV

Itinerari bibliografici, recensioni ed eventi

N. LIPARI, <i>Il diritto civile tra legge e giudizio</i> [R.A. ALBANESE]	1007
G. ALPA, <i>Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna</i> [A. FUSARO]	1011

GIOVANNI CRISCUOLI e MARIO SERIO, <i>Nuova introduzione allo studio del diritto inglese: Le fonti</i> [M. GRAZIADEI]	1023
R. SCARCIGLIA, <i>Metodi e comparazione giuridica</i> [M. INFANTINO]	1027
M. BUSSANI e A. J. SEBOK (a cura di), <i>Comparative Tort Law. Global Perspectives</i> , coll. « <i>Research Handbooks in Comparative Law</i> » [D. MARINO]	1037
A. DE LUCA, <i>Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act</i> , [C. MARTINELLI]	1045
S. MANCUSO e C.M. FOMBAD (a cura di), <i>Comparative Law in Africa. Methodologies and Concepts</i> [P. MONACO]	1051
L. PEGORARO e A. RINELLA, <i>Sistemi costituzionali comparati</i> [M. NICOLINI]	1061
L. PALANDRI, <i>Giudicare l'arte. Le corti degli Stati Uniti e la libertà di espressione artistica</i> [B. PASA]	1075
S. BENVENUTI, <i>Il ritorno di un tema classico per il comparatista. L'opinione dissenziente</i>	1709
<i>Note sugli autori</i>	1085

MARIA FEOLA

CONTRATTO E PROTEZIONE DEL TERZO

SOMMARIO: 1. Alle origini della moderna teoria del rapporto obbligatorio: le “lacune” del diritto tedesco in tema di perturbative dell’adempimento e i tentativi di porvi rimedio. – 2. La teoria delle violazioni positive del contratto e il suo impatto sulla scienza giuridica germanica del XX secolo. – 3. L’obbligazione come rapporto complesso: gli obblighi di protezione “connessi” alla prestazione e l’idea di un’obbligazione senza prestazione. – 4. Una caratteristica notevole del diritto tedesco: il fenomeno dell’espansione degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi. – 5. *Segue*. L’estensione degli obblighi di protezione ai danni meramente economici, alla *culpa in contrahendo* ed ai contratti nulli sulla base di un rapporto unitario, fondato sulla buona fede, a tutela dell’«affidamento socialmente rilevante». – 6. L’ulteriore estensione degli effetti di protezione del contratto a terzi portatori di interessi divergenti o contrapposti rispetto a quelli del creditore. Le critiche della dottrina. – 7. La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania: la ricezione degli obblighi di protezione e la sorte del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. – 8. L’osservanza, in Francia, del principio *de l’effet relatif des contrats* e l’“opponibilità” degli effetti del contratto nei riguardi di terzi. – 9. La teoria dei *groupes de contrats*. La preferenza della giurisprudenza per una responsabilità delittuale da inadempimento. – 10. Il confronto fra le esperienze tedesca, francese e italiana. La comune funzione rimediale: estensione dell’area dei danni risarcibili e imputazione di un modello di responsabilità (contrattuale) più favorevole per il danneggiato.

1. L’elaborazione della moderna teoria del rapporto obbligatorio¹, in Germania, è stata compiuta in maniera determinante dalla dottrina. A favorire questa mirabile letteratura vi sono, com’è noto, non tanto la scelta del sistema codicistico di responsabilità delittuale per un modello ispirato alla tipizzazione degli illeciti (§ 823 ss. BGB), quanto le più significative “lacune” che caratterizzavano la disciplina dell’inadempimento.

A differenza del diritto francese, che pure nel settore della responsabilità contrattuale conosceva una clausola generale di inadempimento (art.

¹ Sull’utilizzo, nel BGB, del termine *Schuldverhältnis* al posto della nozione di *Obligation* v. E. BUCHER, «*Schuldverhältnis*» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe. 140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter?, in *Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag* a cura di E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller, Bern-München, 2005, p. 93 ss.

1147 *Code civ.*), il codice tedesco, nel seguire lo statuto delle perturbative dell'adempimento contenuto nel Codice prussiano (ALR)², e nel recepire la dottrina dell'impossibilità elaborata dal Mommsen³ e dal Windscheid⁴ nell'ambito del diritto comune (*impossibilium nulla est obligatio*), sulla base di una dubbia generalizzazione di un principio impiegato dal diritto romano per i contratti commutativi⁵, aveva limitato tipologicamente le ipotesi di violazione del contratto all'impossibilità della prestazione (*Unmöglichkeit der Leistung*) e al ritardo (*Verzug*), nulla prevedendo, in generale, per il caso dell'adempimento puntuale ma difettoso (c.d. *schlechte Erfüllung*)⁶. Il legislatore tedesco, nel richiamare la figura dell'adempimento inesatto soltanto con riferimento a determinati tipi contrattuali (ad es., il § 459 BGB, in tema di vendita, prevede la garanzia del venditore a che la cosa non abbia difetti e possieda le qualità garantite e conferisce al compratore la possibilità di esperire l'azione reidibitoria, di chiedere la riduzione del prezzo o il risarcimento dei danni per mancato adempimento; analoghe soluzioni sono previste dal § 538 per il contratto di locazione, dal § 633 ss. per il contratto d'opera, dai §§ 659 a-k, per il nuovo contratto di viaggio), non aveva voluto accogliere una regola generale in materia, avendo esaurito le ipotesi delle perturbative dell'adempimento con riferimento alla prestazione eseguita in ritardo per colpa del debitore (*Schuldnerverzug*) e alle diverse fattispecie di impossibilità (originaria e sopravvenuta, oggettiva e soggettiva, assoluta e temporanea, parziale e totale)⁷.

² Cfr.: I, V, §§ 51 ss., 277 ss., 360 ss., IX, § 879 ss. ALR.

³ F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 8 ss., 153 ss., 193 ss. e *passim*; ID., *Beiträge zum Obligationenrecht*, III, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, 1855, *passim*. Tale teoria, tuttavia, non era unanimemente accolta: cfr., infatti, G. HARTMANN, *Juristischer Casus und seine Prästation bei Obligationen auf Sachleistung insbes. beim Kauf*, in *JherJb*, 22, 1884, p. 417 ss.

⁴ B. WINDSCHEID e T. KIPP, *Pandektenrecht*, 1906, §§ 264 e 315.

⁵ L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 243 s., ove ricorda che sono stati i fondamentali studi di E. RABEL (*Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Festschrift für E.I. Bekker*, Weimar, 1907, p. 171 ss.; ID., *Origine de la règle "impossibilium nulla est obligatio"*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 473 s.) ad aver dimostrato come la teoria dell'impossibilità non corrispondesse alla realtà del diritto romano e come il BGB avesse consacrato tale tesi soltanto grazie al prestigio del Windscheid.

⁶ Sul punto, W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1976, p. 229.

⁷ Sul punto, R. FAVALE, *Perturbative dell'adempimento e Pflichtverletzung alla luce*

Il codice austriaco, invece, rimasto indenne dalla «eredità gravosa della scolastica del diritto comune», aveva adottato una soluzione «assai più ragionevole»⁸ di quella tedesca, avendo accolto l'ampia nozione di *Nichterfüllung*, intesa come ogni deviazione dal dovuto⁹. Così, il § 918 ABGB, utilizzando la generale espressione «non adempiere nel modo stabilito» («[...] nicht [...] auf die bedungene Weise erfüllt»), ricomprende sia l'inesatto adempimento, sia l'impossibilità, sia il ritardo all'interno di un esteso concetto di inadempimento (*Nichterfüllung*)¹⁰. La previsione generale contenuta nel § 1295, comma 1, ABGB, inoltre, permette di disporre il risarcimento del danno per ogni violazione colposa del contratto. Ciò non ha impedito, però, che, per effetto del prestigio rappresentato dalla circolazione dei modelli scientifici tedeschi, parte della dottrina austriaca abbia utilizzato proprio l'espressione *positive Vertragsverletzung* per individuare quelle violazioni contrattuali che non fossero riconducibili all'impossibilità e al ritardo¹¹. Analogo fenomeno si verificherà in Svizzera: pur in presenza di un puntuale riferimento all'adempimento non esatto dell'obbligazione (art. 97 OR: «kann die Erfüllung der Verbindlichkeit [...] nicht gehörig bewirkt werden»), anche al fine di estendere la portata di questa regola verrà qualificata come violazione positiva del contratto ogni ipotesi di adempimento difettoso che non sia disciplinata da una precisa disposizione¹².

La frammentazione dei tipi di inadempimento, propria del BGB, che

della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania, in *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, I, Napoli, 2003, p. 716 ss.

⁸ Le espressioni citate tra virgolette son tratte da K. ZWEIFERT e H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band 2, *Institutionen*, Tübingen, 1984, nella ed. it. a cura di A. di Majo e A. Gambaro, trad. di E. Cigna, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti*, Milano, 1995, p. 187.

⁹ Per tutti, E. RABEL, *Zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge*, in *Gesammelte Aufsätze*, III, Tübingen, 1967, p. 138; F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien-New York, 1996, p. 182, il quale esplicitamente parla di «Prinzip der Verantwortung für nicht korrekte Erfüllung (für "Leistungsstörungen")».

¹⁰ R. REISCHAUER, *Der Entlastungsbeweis des Schuldners. Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen mit rechtsvergleichenden Bezügen*, Berlin, 1975, p. 147 ss. e *passim*.

¹¹ Lo afferma, sulla scia di H. KOZIOL e R. WELSER, *Grundriß des Bürgerlichen Rechts*, I, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, Wien, 1995, p. 268, R. FAVALE, *Presentazione*, in H. STAUB, *Le violazioni positive positive del contratto*, trad. it. di G. Varanese, Napoli, 2001, p. 16.

¹² Così, R. FAVALE, *o.l.u.c.* Per la dottrina svizzera, R.H. WEBER, in *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, VI, *Das Obligationenrecht*, Bern, 2000, p. 64.

distingueva tra impossibilità soggettiva ed oggettiva e tra entrambe e la mora, configurava «un vero e proprio errore di impostazione»¹³, sia dal punto di vista della politica del diritto¹⁴, sia dall'angolo visuale della tecnica giuridica, avendo tale idea «anche fallito in concreto» proprio per le sue «“pignole” distinzioni»¹⁵.

2. Le insufficienze teoriche e pratiche della disciplina tedesca sulle perturbative dell'adempimento sono così evidenti che, quasi immediatamente dopo l'entrata in vigore del BGB, un giurista tedesco non pandettista, Hermann Staub, avvocato molto conosciuto soprattutto per i suoi Commentari in tema di diritto commerciale¹⁶, elaborando le *Grundlagen* delle violazioni positive del contratto, giudicate, a tutt'oggi, dalla dottrina tedesca come una delle più importanti «scoperte» giuridiche del Novecento¹⁷, porrà le basi per la moderna teoria dell'obbligazione.

Considerato in Germania, forse con eccessiva enfasi, come lo scopritore dell'inadempimento¹⁸, Hermann Staub pone a fondamento della sua riflessione una considerazione elementare quanto essenziale, che proprio l'attività di pratico aveva posto alla sua attenzione: il codice tedesco, nel prevedere specificamente il risarcimento per il danno provocato dal ritardo (§ 286 BGB), non conteneva «un'analogia disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un'obbligazione mediante condotta positiva», facendo «qualcosa che non si sarebbe dovuto fare», op-

¹³ Testualmente, K. ZWEIFERT e H. KÖTZ, *o.c.*, p. 212, dei quali sono le espressioni citate tra virgolette.

¹⁴ K. ZWEIFERT e H. KÖTZ, *o.c.*, p. 183.

¹⁵ K. ZWEIFERT e H. KÖTZ, *o.c.*, p. 212.

¹⁶ H. STAUB, *Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1894; ID., *Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung*, Berlin, 1985; ID., *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Berlin, 1903.

¹⁷ H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, B 1 ss., ed E. SCHMIDT, *Nachwort*, in occasione della ristampa dei contributi di R. VON JHERING, sulla *culpa in contrahendo*, e di H. STAUB, sulle *positive Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H.-Berlin-Zürich, 1969, p. 131. Considera la teoria delle violazioni positive del contratto come una *Spezialität* del diritto tedesco, H. STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, pp. 589 e 593.

¹⁸ In proposito, H. HEINRICHS, *Hermann Staub. Kommentator des Handelsrechts und Entdecker der positiven Vertragsverletzung*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, 1993, p. 385 ss.

pure eseguendo la prestazione dovuta, «ma in maniera difettosa»¹⁹. Gli esempi da lui indicati contemplano, in maniera promiscua, ipotesi di violazione di obblighi ora di prestazione ora di protezione e trovano il tratto comune nel fatto che la violazione dell'obbligo non consiste in un'omissione, bensì in un'azione positiva²⁰.

Risultando impraticabili le soluzioni dettate specificatamente per l'impossibilità e per il ritardo, Hermann Staub elabora, sulla base «dell'ovvia e inevitabile analogia del § 286 BGB», il «principio giuridico secondo il quale chi viola colpevolmente un'obbligazione con un'azione positiva deve risarcire l'altra parte del danno cagionato»²¹. L'aggettivo *positiv* sta ad indicare la circostanza che l'inadempimento trova il suo fondamento in un comportamento positivo (*Tun*) del debitore. Ma la dottrina successiva, nel contestare la genericità e l'inesattezza della denominazione, che comprende «fattispecie di tipo completamente diverso», sottolineerà il suo carattere erroneo anche sul piano linguistico «perché in tutte le tipologie di violazione dell'interesse l'azione può consistere sia in un fare positivo sia in un'omissione e perché gli obblighi possono nascere non solo da contratti, ma anche da obbligazioni *ex lege*»²². La locuzione *Vertragsverletzungen* intendeva restringere il campo al solo ambito contrattuale, escludendo dalla riflessione gli altri rapporti obbligatori. Ma ciò non impedirà alla scienza giuridica successiva di discorrere di «violazione positiva del credito» (*positive Forderungsverletzung*)²³, o, più semplicemente, di violazione del credito (*Forderungsverletzung*)²⁴. Nella sua ideazione originaria è proprio il carattere “positivo” della condotta che impedisce di applicare in via diretta il § 286 poiché, nelle ipotesi individuate da Staub, si è «compiuto qualcosa che non si sarebbe

¹⁹ H. STAUB, *o.u.c.*, pp. 39 e 40.

²⁰ H. STAUB, *o.u.c.*, p. 40.

²¹ H. STAUB, *o.u.c.*, p. 48.

²² HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *AcP*, 136, 1932, ora nella trad. it. di A.L. Lettieri, *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, in HE. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 24 e p. 47.

²³ Così, tra i tanti, D. SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, Heidelberg, 1987, p. 347; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 299; V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, p. 724, nota 559.

²⁴ HE. STOLL, *o.c.*, p. 23 ss.

dovuto fare»²⁵ e non, al contrario, non si è fatto qualcosa che si sarebbe dovuto fare. In analogia al § 286 BGB questo autore ravvisa, nel BGB, l'esistenza di un principio generale secondo il quale «la conseguenza giuridica della violazione colpevole di un'obbligazione consiste nell'obbligo di risarcimento del danno, a meno che questa conseguenza giuridica non sia esclusa dalla legge»²⁶.

Il «principio giuridico generale» in base al quale «colui che viola colpevolmente il proprio obbligo contrattuale è tenuto a risarcire il danno all'altra parte»²⁷ riguarda, però, non ogni violazione positiva di un diritto, ma soltanto quegli «atti positivi di inadempimento, che compromettano il raggiungimento dello scopo del contratto»²⁸. In questi casi, le conseguenze giuridiche di tali violazioni devono essere valutate, sulla base dell'applicazione analogica del § 326 BGB, «come quelle violazioni di chi, con la propria condotta negativa, pregiudica il raggiungimento dello scopo contrattuale attraverso il ritardo colpevole della prestazione dovuta»²⁹.

La teoria *Die positiven Vertragsverletzungen*, esposta per la prima volta nella relazione redatta in occasione dell'incontro del XXVI *Deutschen Juristentag*, nella sua essenziale intuizione di colmare le lacune del BGB in ordine alle condotte positive che “turbano” l'adempimento, rappresenta un momento di svolta nel diritto tedesco delle obbligazioni, poiché, seppur immediatamente criticata³⁰, sarà poi integrata, arricchita e riordinata nei decenni successivi e condizionerà l'evoluzione del pensiero giuridico germanico per l'intera durata del XX secolo.

Come rileva, con soddisfazione, lo stesso autore, la giurisprudenza della Suprema Corte del *Reich* accoglie immediatamente questa teoria

²⁵ H. STAUB, *o.c.*, p. 40.

²⁶ H. STAUB, *o.l.u.c.*

²⁷ H. STAUB, *o.c.*, p. 63.

²⁸ H. STAUB, *o.c.*, p. 55.

²⁹ H. STAUB, *o.c.*, p. 55 s.

³⁰ Ad es., nella dottrina dell'epoca, e in quella immediatamente successiva, H. DERNBURG, *Über das Rücktrittrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung*, in *DJZ*, 1903, p. 1 ss.; T. KIPP, *Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen*, *ivi*, 1903, p. 253 ss.; H. LEHMANN, *Die positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 96, 1905, p. 60 ss.; H. SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, in *JherJb*, 50, 1906, p. 190 ss.; J. HIMMELSCHNEID, *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 135, 1932, p. 255 ss.; R. WICHER, *Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung*, *ivi*, 158, 1959-1960, p. 297 ss.

nelle ipotesi nelle quali il contraente dichiara, prima della scadenza del contratto, di non voler adempiere, «svincolandosi dal contratto»³¹. Nell'annuncio di non voler osservare il contratto è individuata una violazione positiva dello stesso, che legittima il creditore a chiedere il risarcimento del danno causato da tale condotta. Tuttavia, se nelle ipotesi di rifiuto di adempimento e di messa in pericolo dello scopo del contratto il *Reichsgericht* seguirà la teoria di Staub (accordando, attraverso l'applicazione analogica dei §§ 325 e 326 BGB, il rimedio della risoluzione)³², nella maggior parte dei casi il RG, osservando un suo precedente orientamento³³, fonderà l'obbligazione risarcitoria sulla norma generale iscritta nel testo del § 276 BGB³⁴. Tesi, questa, già contestata con veemenza dall'illustre autore, il quale aveva ravvisato in tale soluzione una «errata intuizione», offrendo il § 276 «nient'altro che una definizione della colpa in diritto civile»³⁵.

Sarà, invece, il *Bundesgerichtshof*, sulla scia della dottrina prevalente³⁶, a individuare con consapevolezza nella teoria delle violazioni positive del contratto il fondamento del diritto al risarcimento del danno per le ipotesi di inadempimento e, soprattutto, di adempimento inesatto. Così la Cassazione tedesca ha riconosciuto, in via generale, che, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte lesa dall'inadempimento può far valere, in presenza di determinati presupposti, ulteriori diritti "corrispondenti" a quelli previsti dai §§ 325 e 326 BGB, che trovano unitario fondamento nel § 242 BGB³⁷. Il riferimento alla clausola generale di buona

³¹ RG, 23 febbraio 1904, in *DJZ*, 1904, p. 345, cit. da H. STAUB, *o.c.*, p. 85.

³² RG, 6 marzo 1903, in *RGZ*, 54, 1903, p. 98, cit. dallo stesso H. STAUB, *o.c.*, p. 86; RG, 29 novembre 1922, *ivi*, 106, 1923, p. 24 s. Non così, invece, RG, 10 dicembre 1935, *ivi*, 149, 1936, pp. 401 e 404, che esclude il rimedio del recesso dal contratto (ex § 325 BGB) per il caso di violazione positiva del contratto.

³³ RG, 13 giugno 1902, in *RGZ*, 52, 1903, p. 18 s.; RG, 19 dicembre 1902, *ivi*, 53, 1903, p. 200 ss.

³⁴ Ad es., RG, 29 novembre 1922, in *RGZ*, 106, 1923, pp. 22 e 25; RG, 5 ottobre 1939, *ivi*, 161, 1939, pp. 330 e 337; e già, RG, 9 luglio 1907, *ivi*, 66, 1907, pp. 289 e 291; RG, 5 febbraio 1908, *ivi*, 68, 1908, p. 104.

³⁵ H. STAUB, *o.c.*, p. 41, ove contesta la tesi sostenuta, in dottrina, dal Crome.

³⁶ Tra i tanti, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 295 s.; G. KÖPCKE, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, 1965, p. 9 ss.

³⁷ BGH, 13 novembre 1953, in *BGHZ*, 11, 1954, pp. 80 e 84; BGH, 19 ottobre 1977, in *NJW*, 1978, p. 260; e già RG, 29 novembre 1922, in *RGZ*, 106, 1923, p. 22 e p. 26.

fede, che viene posta proprio da Heinrich Stoll a fondamento degli obblighi di protezione³⁸, e che diverrà un vero e proprio *Rechtsgrund* in materia, completa il discorso intrapreso da Staub e, nel contempo, ne permette l'ulteriore evoluzione.

Nei decenni successivi, se si eccettua quella dottrina che avrebbe voluto risolvere le lacune del BGB con la figura dell'impossibilità parziale, estesa alle modalità (tempo, oggetto, luogo, specie di prestazione), agli obblighi accessori e a qualsiasi divergenza della prestazione dal programma obbligatorio, al fine di disciplinare, in tal modo, ogni ipotesi di adempimento inesatto³⁹, v'è da rilevare una pressoché unanime adesione della scienza giuridica germanica alla tecnica ricostruttiva suggerita da Staub. Ma una parte della letteratura germanica proporrà di risolvere il problema delle condotte omissive in ambito delittuale, con la teoria degli obblighi del traffico (*Verkehrspflichten*)⁴⁰, sul piano dell'antigiuridicità del comportamento, piuttosto che su quello della violazione degli obblighi di diligenza⁴¹.

3. La dottrina delle violazioni positive del contratto introduce quell'ampliamento della struttura del rapporto obbligatorio che caratterizzerà la scienza giuridica tedesca fino al tempo presente. Oltre alla prestazione principale (*Hauptpflicht*), convenuta nel contratto o stabilita dalla legge, sono individuati una serie di obblighi integrativi (*Neben-*

³⁸ HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 25 s.

³⁹ La teoria dell'impossibilità, già contestata da H. STAUB, *o.c.*, pp. 42-48, con riferimento alla dottrina anteriore, è rielaborata anche dalla scienza giuridica successiva alla sua opera: cfr. J. HIMMELSCHNIG, *Erfüllungszwang und Lehre*, cit., p. 282 ss.; ID., *Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung*, in *AcP*, 158, 1959-1960, p. 284 ss. Ulteriori indicazioni in V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, cit., p. 747 s.

⁴⁰ Ad es., C. VON BAR, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im Deutschen Deliktsrecht*, Köln-Berlin, 1980, pp. 1 ss., 204 ss.; M. FUCHS, *Deliktsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 84 ss.; H.B. SCHÄFER e C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, 2005, pp. 168 ss., 291 ss.; B.S. MARKESINIS e H. UNBERATH, *German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford, 2002, p. 86 ss.; C.W. CANARIS, *Schutzgesetz - Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in *Festschr. K. Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, p. 84 ss., saggio tradotto da A. di Majo e da M.R. Marella con il titolo *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, parti I e II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss., p. 793 ss. (da qui le ulteriori citazioni).

⁴¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 317.

pflichten), suddivisi in obblighi d'informazione⁴² e, soprattutto, in obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) che, partecipando ad integrare lo scopo positivo dell'obbligazione⁴³, proteggono l'interesse del creditore a non subire pregiudizi alla propria persona e al patrimonio in conseguenza dell'attuazione del rapporto obbligatorio. Alcuni esempi citati da Staub proprio all'esordio del suo celeberrimo saggio, e considerati come casi emblematici di violazione positiva del contratto, rappresentano lesione di obblighi di protezione e come tali saranno individuati e qualificati dalla dottrina successiva⁴⁴. Inoltre, il riferimento ai vizi della cosa venduta comprende due distinte tipologie di danni: il danno-vizio (*Mangelschaden*), consistente nella violazione dell'interesse alla prestazione, e il danno conseguenza del vizio (*Mangelfolgeschaden*), rappresentato dalla lesione dell'interesse di protezione dell'acquirente⁴⁵. Quindi, già nella dottrina delle *positive Vertragsverletzungen* può intravedersi quella prospettiva allargata del rapporto obbligatorio, inteso come *Organismus*⁴⁶ o *Gefüge*⁴⁷, nel quale, accanto all'obbligo di prestazione, sono rinvenibili obblighi di diversa natura che, considerati collaterali, accessori o connessi sotto i profili strutturale e funzionale, si distinguono reciprocamente in ordine alle finalità assolute⁴⁸. Obblighi di contenuto positivo che richiedono al debitore di agire, di informare, di adottare quelle misure di sicurezza che impediscano qualsiasi evento lesivo della sfera giuridica del creditore o del terzo.

La teoria di Staub viene discussa e rielaborata da Heinrich Stoll il quale, considerando insufficiente un'indagine incentrata esclusivamente sul comportamento del debitore, propone di allargare la prospettiva a

⁴² In giurisprudenza cfr., ad es., BGH, 20 novembre 1984, in *NJW*, 1985, p. 794; BGH, 14 luglio 1993, *ivi*, 1993, p. 2808.

⁴³ Così, HE. STOLL, *o.c.*, p. 34.

⁴⁴ Ad es., nel caso della consegna di mele bacate, HE. STOLL, *o.c.*, p. 37, rileva che, se sono state contaminate altre merci, «è colpito l'interesse di protezione».

⁴⁵ Testualmente, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 38, che, in proposito, cita il pensiero di W. THIELE, *Leistungsstörung und Schutzverletzung*, in *JZ*, 1967, p. 656.

⁴⁶ H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

⁴⁷ Discorre di *sinnhaftes Gefüge*, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 24.

⁴⁸ Sul punto, per tutti, D. MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 2003, p. 2 ss.; H. BROX e W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2003, p. 7 ss.

tutti gli interessi “altri”⁴⁹ che entrano in gioco nell’esecuzione del rapporto obbligatorio. Mentre gli obblighi che derivano dal contenuto del contratto hanno uno scopo positivo e «sono diretti alla realizzazione dell’interesse alla prestazione» (obblighi di adempimento), con il rapporto obbligatorio si crea una «relazione specifica» che «offre ad entrambe le parti la possibilità di incidere su persone e cose dell’altra parte; effetto del dovere di buona fede è, *in questo caso, l’obbligo di astenersi dall’esercizio di qualsiasi azione dannosa*»⁵⁰. Questo dovere di buona fede ha necessariamente una finalità negativa: «esso deve salvaguardare la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per mezzo di questa»⁵¹. Tali obblighi possono avere «un contenuto piuttosto vario e, nonostante il loro scopo negativo, possono consistere anche in un fare positivo»⁵². Malgrado una nitida distinzione tra obblighi di prestazione ed obblighi di protezione fosse già stata elaborata da Hugo Kress⁵³, il quale, anzi, considerando questi ultimi come espressione di una pretesa di protezione relativa «non sviluppata» diretta ad evitare la lesione di beni altrui, aveva esteso il loro ambito ai casi di *culpa in contrahendo* sulla base di un «costante rapporto cornice»⁵⁴, Heinrich Stoll verrà considerato dalla dottrina successiva come il vero scopritore degli obblighi di protezione. Non è dato stabilire con certezza se ed in qual misura il pensiero di questo A. sia stato influenzato dalla giurisprudenza francese in materia di obbligazioni di *sécurité*, poiché l’elaborazione degli obblighi di protezione si presenta fin dall’inizio con connotazioni di autonomia e di originalità. Inoltre v’è da rilevare come, rispetto al pensiero di Hermann Staub, comunque incentrato a trovare una soluzione tecnica, fondata sull’interpretazione analogica, alle lacune del codice tedesco in tema di turbative dell’adempimento, al fine di tutelare in maniera più efficace *il solo interesse del creditore all’esatto adempimento della prestazione*, si verifichi una vera e propria rivoluzione copernicana,

⁴⁹ Discorre di «“obblighi altri” rispetto all’obbligo di prestazione», C. CASTRONOVO, *o.u.c.*, p. 463.

⁵⁰ HE. STOLL, *o.c.*, p. 25 e p. 26 (il corsivo è dell’A.).

⁵¹ HE. STOLL, *o.c.*, p. 26.

⁵² HE. STOLL, *o.l.u.c.*

⁵³ H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 s.

⁵⁴ F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 ss.

che modificherà sostanzialmente i rapporti tra le due “specie”⁵⁵ della responsabilità civile.

Anche la dottrina successiva continuerà a coltivare l’idea che, nell’ambito di un rapporto obbligatorio inteso come organismo complesso, oltre al tradizionale obbligo primario di prestazione, vi sono una serie di obblighi, strutturalmente e funzionalmente connessi⁵⁶, che sono finalizzati a tutelare l’interesse del creditore (e del debitore) a non subire lesioni alla propria persona o al patrimonio a causa dell’esecuzione della prestazione. Questi obblighi, che integrano un più complessivo *konstante Rahmenbeziehung*⁵⁷ o «rapporto di copertura», possono avere ad oggetto un *facere* o un *non facere*, sulla base delle esigenze di tutela della sfera giuridica dell’altra parte, e trovano la loro fonte nella clausola di buona fede iscritta nel § 242 BGB. Come nel caso delle obbligazioni di *sécurité*, gli obblighi legali di protezione (*Schutzpflichten*), che nella maggior parte dei casi risultano connessi all’obbligo di prestazione, nelle loro prime applicazioni giurisprudenziali tutelano la sfera giuridica della controparte con riferimento a beni (vita, salute, integrità fisica, proprietà) che potrebbero essere protetti sulla base delle regole della responsabilità aquiliana. La violazione di obblighi che, pur non rientrando nell’oggetto della prestazione, riguardano interessi comunque meritevoli di protezione che risultano funzionali a realizzare lo scopo positivo dell’obbligazione, legittima la controparte ad agire ai sensi della responsabilità contrattuale.

Approfondendo l’idea di Heinrich Stoll, la dottrina ha proposto numerose classificazioni: ora distinguendo gli “obblighi accessori” in virtù della loro vicinanza alla prestazione (come *Nebenleistungspflichten*), da tutti gli altri obblighi che, invece, riguardano la corretta attuazione del rapporto obbligatorio e, quindi, la tutela dell’integrità della persona e dei beni delle parti (gli obblighi di protezione, quindi, sarebbero parte della più generale figura delle *Nebenpflichten*)⁵⁸. Ora, considerando poco chiara quest’ultima partizione, perché interamente fondata sul termine polisenso *Nebenpflicht*, si è proposto di distinguere gli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*), sia primari, sia secondari, dagli altri doveri

⁵⁵ La terminologia è mutuata da C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 69 ss.

⁵⁶ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 65.

⁵⁷ F. HERHOLZ, *o.c.*, p. 257.

⁵⁸ Cfr., ad es., J. ESSER ed E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1995, pp. 39 ss. e *passim*.

di comportamento (*weitere Verhaltenspflichten*), pur collegati ai primi, che si sostanziano in doveri di protezione e di lealtà⁵⁹. La stessa figura della *culpa in contrahendo* viene rielaborata come violazione degli obblighi di protezione dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive⁶⁰. Le quali, ricollegando il rapporto di protezione alla trattativa, al contatto negoziale e all'affidamento incolpevole, al fine di evitare che la qualifica espressa in termini di "accessorietà" rispetto all'obbligo di prestazione rischiasse di limitarne l'autonomia alla connessione con questo⁶¹, hanno contribuito a spostare la teoria delle *Schutzpflichten* nella fase anteriore alla conclusione del contratto e all'esecuzione della prestazione. In tal modo la clausola di buona fede prevista dal § 242 BGB, a volta a volta precisata con specifici riferimenti a posizioni giuridicamente protette, ha operato in funzione ora integrativa, ora correttiva, ora di controllo degli interessi inerenti al rapporto obbligatorio, consentendo di adeguare il diritto tedesco alle nuove esigenze poste dal traffico giuridico.

Nel pensiero di Heinrich Stoll è ravvisabile più di un passaggio nel quale si aderisce alla concezione del rapporto obbligatorio come organismo o «rapporto-cornice», pur rilevandosi che tale definizione assume «soltanto una funzione descrittiva»⁶². Dall'inizio delle trattative fino alla cessazione di tutti gli effetti contrattuali «l'organismo obbligatorio è rimasto lo stesso», mutando «solo la forma con cui il rapporto obbligatorio si manifesta: rapporto giuridico delle trattative contrattuali – rapporto obbligatorio tipico – rapporto restitutorio»⁶³. Tuttavia, la «lesione dell'interesse di protezione è sempre la conseguenza del fatto che il debitore ha violato per colpa i suoi obblighi di protezione, sia tramite negligenza nelle modalità del comportamento dovuto, sia mediante prestazione colpevole di un oggetto contrattuale viziato»⁶⁴. Anche se nella maggior parte dei casi sottoposti alle Corti (emblematica, in proposito, l'esperienza francese) la violazione degli obblighi di protezione si avrà in presenza di un adempimento inesatto della prestazione, una violazione delle *Schutzpflichten* potrà esservi anche in presenza dell'esatto e

⁵⁹ Per tutti, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 9 ss.

⁶⁰ C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, p. 475.

⁶¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 550.

⁶² HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 43, nt. 175.

⁶³ HE. STOLL, *o.c.*, p. 43.

⁶⁴ HE. STOLL, *o.c.*, p. 34.

puntuale adempimento dell'obbligo di prestazione. Gli obblighi di protezione, infatti, «possono essere lesi non solo dalle modalità dell'adempimento, ma anche da altre condotte che con questo non hanno nulla a che vedere»⁶⁵. Se, ad esempio, un artigiano installa una stufa che ha realizzato, pur avendo eseguito a regola d'arte la sua prestazione, «egli risponde a titolo contrattuale sia se danneggia la tappezzeria per negligenza sia se sottrae qualcosa nell'abitazione; soltanto il contratto lo aveva messo nelle condizioni di poter incidere»⁶⁶.

Un ruolo senz'altro più significativo verrà riconosciuto, invece, agli obblighi di protezione «autonomi» ed, in particolare, a quelli che danno fondamento alla responsabilità per *culpa in contrahendo*, da Günter Haupt, il quale contempla tale ipotesi nel primo gruppo della sua «cassistica tipizzata» che comprende i rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*)⁶⁷. Nell'evocare il celeberrimo caso «del rotolo del linoleum», con il quale il *Reichsgericht* afferma la natura negoziale dell'obbligo (del commesso) di «osservare la diligenza necessaria per la salute e la proprietà dell'altra parte nel momento in cui viene fatta vedere la merce»⁶⁸, tale A. giudica infondate sia l'eventualità di applicare le regole della responsabilità extracontrattuale, perché «chi visita i locali non è semplicemente un “terzo” qualsiasi [...], come ad es. il passante che in caso di ghiaccio cade sul marciapiede davanti all'edificio ove ha sede l'attività»; sia quelle «finzioni» della dottrina (emblematica, in proposito, la costruzione «fittizia di un contratto di conservazione») che tendono «semplicemente» ad «inventar[e] la fattispecie contrattuale che manca»⁶⁹. La «particolare relazione sociale che nasce in modo tipico tra gli interessati li colloca su un piano diverso dalla mera coesistenza neutrale di “terzi”, ma crea tra di loro la relazione in cui l'uno è verso l'altro “partner”»⁷⁰. Tuttavia, «l'elemento che fa assurgere questo rapporto a relazione contrattuale non è certo un accordo negoziale, ma il dato di fatto, che si è realizzato oggettivamente, del particolare contatto sociale»⁷¹.

⁶⁵ HE. STOLL, *o.c.*, p. 33, nt. 134.

⁶⁶ HE. STOLL, *o.l.u.c.*

⁶⁷ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012, p. 50 ss.

⁶⁸ RG, 7 dicembre 1911, in *RGZ*, 78, 1912, p. 240.

⁶⁹ G. HAUPT, *o.c.*, pp. 52-51.

⁷⁰ G. HAUPT, *o.c.*, p. 52.

⁷¹ G. HAUPT, *o.l.u.c.*

Malgrado questa teoria sia stata violentemente contestata, dopo la caduta del regime nazional-socialista, anche da quegli autori che, all'epoca, ne avevano esaltato il «merito duraturo»⁷², ed abbandonata pur da coloro che avevano individuato nel principio di buona fede (§ 242 BGB) il fondamento della teoria dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico⁷³, eguale sorte non sarà seguita dal tema della *culpa in contrahendo*. Attraverso l'elaborazione di Hans Dölle⁷⁴, prima, e l'ideazione di un'obbligazione senza obbligo primario di prestazione⁷⁵, poi, la soluzione contrattuale è stata finalmente codificata nel testo del § 311 BGB.

4. La scienza giuridica tedesca successiva ad He. Stoll ha decretato la definitiva affermazione della teoria degli obblighi di protezione, utilizzando quest'ultima sia per tutelare in via contrattuale interessi che difficilmente avrebbero potuto essere protetti ai sensi della disciplina dell'illecito delittuale, sia per garantire un regime di responsabilità che fosse maggiormente favorevole alla vittima. Quest'ultima ragione, che è senz'altro alla base della «scoperta» dell'obbligazione determinata di *sécurité* in Francia nell'ambito del contratto di trasporto, riguarderà episodicamente il diritto tedesco, il quale, tuttavia, vi farà ricorso proprio al fine di tutelare con maggiore rigore il terzo danneggiato dal fatto degli ausiliari, anche indipendenti⁷⁶. Tuttavia, a parte questa ipotesi, nella quale v'è la consapevolezza di voler applicare la disciplina contrattuale (§ 278 BGB) in quanto più favorevole per il danneggiato, attraverso la scelta di un criterio d'imputazione della responsabilità che prescinde dalla colpa (non così, invece, il § 831), in altri casi la giurisprudenza applicherà la teoria degli obblighi di protezione anche allo scopo di risarcire un danno che difficilmente lo sarebbe stato, sulla base dei limiti posti dal sistema di responsabilità delittuale. Emblematica, in proposito, è l'evoluzione del

⁷² Il radicale mutamento di opinione di J. ESSER è messo in evidenza da G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in G. HAUPT, o.c., p. 34.

⁷³ K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2^a ed., München, 1972, p. 452, nt. 1.

⁷⁴ *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft*, 103, 1943, p. 67 ss.

⁷⁵ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14^a ed., München, 1987, p. 104 ss.

⁷⁶ Lo ricorda C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 2 s.

contratto con effetti di protezione per terzi, che rappresenta l'ipotesi più estrema di tutela degli interessi di protezione nel diritto tedesco.

Riguardo alla tutela di "terzi" estranei al contratto, ma danneggiati in occasione o "a causa" della sua esecuzione, v'è da porre in evidenza una singolare inferenza tra le Corti supreme francesi e tedesche. Se in Francia la *stipulation pour autrui tacite* nasce, nel 1913⁷⁷, quasi contemporaneamente all'obbligazione determinata di *sécurité*, in Germania i primi riconoscimenti degli obblighi di protezione da parte del *Reichsgericht* avvengono, implicitamente, proprio in funzione della tutela di terzi (nell'ambito dei contratti di trasporto, di locazione e di opera)⁷⁸, sulla base dell'estensione della disciplina applicabile al contratto a favore di terzi (§ 328 BGB), ben prima che gli stessi siano oggetto di teorizzazione da parte di Heinrich Stoll.

L'ulteriore, significativa evoluzione si avrà per merito di Karl Larenz verso la metà degli anni '50, il quale, esaminando i passaggi meno convincenti della giurisprudenza in una breve nota⁷⁹ posta a commento della sentenza del BGH denominata *Dreschmaschinenfall* (c.d. caso della trebbiatrice o della puleggia motrice), influirà sul nuovo corso del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten bestimmter Dritter* (quale "contratto con effetti protettivi a favore di determinati terzi"). Il ricorso delle Corti al contratto a favore di terzi appariva tutt'altro che convincente poiché, in questo caso, conclusa la stipulazione, sorge immediatamente una pro-

⁷⁷ Cass., 21 avril 1913, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 257.

⁷⁸ In tema di contratto di trasporto cfr., ad es., RG, 7 giugno 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64, e soprattutto il c.d. *Klosterfall* (RG, 18 novembre 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289; sul punto, R.-A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, Berlin, 1991, p. 19 s). Per il contratto di locazione, v., per tutti, il celeberrimo c.d. *Tuberkulosefall*: RG, 5 ottobre 1917, in *RGZ*, 91, 1918, p. 21 (sottolinea il ruolo centrale assunto da questa decisione nella storia del contratto con effetti di protezione per terzi, M. PLÖTNER, *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*, Berlin, 2003, p. 24). In materia di contratto d'opera, del pari centrale è la sentenza nota come *Gasuhrfall*, decisa dal *Reichsgericht* il 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

⁷⁹ K. LARENZ, *Anmerkung* a BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193 s.; è già ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, I ed., München, 1953, p. 139 ss. La dottrina tedesca non ha dubbi nell'individuare in tale autore il vero ideatore del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*: per tutti, R.-A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, Berlin, 1991, p. 15.

messa di prestazione nei riguardi di un terzo, non, invece, un obbligo di protezione. Il § 328, comma 1, BGB dispone in maniera inequivoca che, per effetto della stipulazione, il terzo acquista «direttamente il diritto di pretendere la prestazione»⁸⁰. E ciò è confermato dai §§ 330 e 331 che, del pari, rinnovavano il richiamo all'acquisto del diritto alla prestazione⁸¹. Il terzo, nel *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, a differenza di quanto accade nel contratto a favore di terzi, non acquista un diritto alla prestazione⁸². Il creditore, mettendo a disposizione locali e attrezzature, diviene corresponsabile per il *Wohl und Wehe* e acquista un interesse meritevole di protezione a che tali soggetti non subiscano danni causati nell'esecuzione del rapporto obbligatorio⁸³. Questi può ben sapere che la controparte fa affidamento sia nella propria sicurezza, sia in quella di una cerchia, ben delimitata, prevedibile⁸⁴ e riconoscibile di "terzi", ai quali il creditore deve protezione o assistenza. Da qui la nascita di un'autonoma figura, denominata *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* che, proprio per l'essere imperniata sugli obblighi di protezione, chiaramente si distingue, sotto i profili della struttura, della funzione e degli effetti, dal modello del contratto a favore di terzi di cui al § 328 BGB. Riguardo alla nozione di terzo, la dottrina limita l'estensione degli effetti di protezione a quei soggetti che si caratterizzano per l'esistenza di un legame particolare con una delle parti del rapporto (parenti e soggetti che fanno parte della comunità familiare, domestici, dipendenti protetti dal § 618 BGB) e che si trovano coinvolti «nella stessa situazione di contatto con l'attività dell'altra parte dalla quale derivi il danno»⁸⁵. In tal senso, gli obblighi di protezione danno fondamento ad una più intensa tutela, rispetto a quella espressa dalla responsabilità aquiliana, proprio in virtù dell'«aumentata possibilità di danno che il rapporto obbligatorio col mettere in contatto due sfere giuridiche necessariamente porta con sé»⁸⁶.

⁸⁰ K. LARENZ, *Anmerkung*, cit., p. 1193; D. MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 13^a ed., München, 2002, p. 366.

⁸¹ K. LARENZ, *o.l.u.c.*

⁸² K. LARENZ, *o.l.u.c.*

⁸³ Tuttavia K. LARENZ, *o.u.c.*, p. 1194, esplicitamente discorre dell'interesse del creditore a che questi terzi non subiscano un danno causato da "vizi della prestazione" (*Mängel der Leistung*).

⁸⁴ K. LARENZ, *o.l.u.c.*

⁸⁵ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 126.

⁸⁶ C. CASTRONOVO, *o.l.u.c.*

Sarà, poi, Joachim Gernhuber che, nell'estendere la figura al più generale "rapporto obbligatorio con effetti protettivi per terzi" (*Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte*), anche al fine di comprendervi le ipotesi nascenti da *culpa in contrahendo*⁸⁷, e nel richiamare il ruolo della *Sozialwirkung* nel diritto delle obbligazioni⁸⁸, proporrà un ampliamento personale del rapporto obbligatorio, fino ad allora imperniato sui due centri d'interesse del debitore e del creditore, quali titolari degli obblighi e dei diritti primari e secondari di prestazione⁸⁹, a quei soggetti "terzi" che "provano" su di loro vicende strutturalmente "estrane" ma con un'intensità tale da rendere necessaria un'equiparazione rispetto alle parti del rapporto⁹⁰. Nel sottolineare le incongruenze e le disparità di trattamento relative all'individuazione dei soggetti a volta a volta "protetti" dai singoli contratti⁹¹, l'illustre autore contesta, anche sotto il profilo sistematico, le argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza, soprattutto la «via sempre sospetta» dell'accordo tacito che, rinviando alla volontà ipotetica delle parti, troppo spesso conduce nel «regno delle finzioni»⁹².

Il contributo dottrinario volto ad individuare l'esistenza autonoma di doveri di protezione e di diligenza (anche) nei confronti di terzi⁹³ ha un immediato riscontro nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. Nel decidere sui gravi danni alla salute provocati a una dipendente di un'impresa metallurgica dall'esplosione di un prodotto antiruggine (Capuzol Nr. 22), che era stato venduto senza sufficienti informazioni sulla sua pericolosità, tali da consentire all'acquirente di adottare le opportune misure di sicurezza, la Suprema Corte⁹⁴, pur decidendo un caso comunque inquadrabile nell'ambito delle persone già considerate protette dal contratto (*ex* § 618 BGB), per la prima volta distingue chiaramente tra

⁸⁷ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, vol. VIII, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellung*, a cura di J. Gernhuber, Tübingen, 1989, p. 511 s.

⁸⁸ J. GERNHUBER, *o.u.c.*, p. 462; e già ID., *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 249 s.

⁸⁹ J. GERNHUBER, *o.u.c.*, p. 249.

⁹⁰ J. GERNHUBER, *o.u.c.*, p. 250 s.

⁹¹ J. GERNHUBER, *o.u.c.*, pp. 253-256.

⁹² J. GERNHUBER, *o.u.c.*, p. 261.

⁹³ In questi termini è il pensiero di K. LARENZ, *Anmerkung*, cit., p. 1193 s.; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, III ed., München, 1958, p. 156 ss.

⁹⁴ Si tratta del celeberrimo caso c.d. *Capuzolfall*, deciso dal BGH il 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

obblighi di prestazione ed obblighi di protezione, aderendo, in tal modo, all'insegnamento di Karl Larenz sui doveri di protezione e di diligenza nei confronti di terzi. Poiché la domanda risarcitoria dell'attrice, terza rispetto al contratto di vendita, non riguardava l'obbligo di prestazione, che era stato esattamente adempiuto nei riguardi dell'impresa acquirente con la consegna del prodotto richiesto, non era possibile, in questo caso, ricorrere all'applicazione della disciplina del contratto a favore di terzi (*ex* § 328 BGB). Il diritto (secondario) al risarcimento contrattuale del danno, invece, è collegato alla violazione, da parte del debitore, di quegli obblighi di protezione che, conformemente "al senso ed allo scopo del contratto e ai principi di buona fede", tendono a proteggere quelle persone che possono essere danneggiate dall'inesattezza della prestazione o da carenti misure di sicurezza⁹⁵.

Dopo la svolta rappresentata dal *Capuzolfall*, considerato non a caso una "pietra miliare"⁹⁶ nell'itinerario giurisprudenziale del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, il BGH inizia a consolidare tale orientamento, ogni qual volta si sia in presenza di una lesione all'integrità psicofisica o ai beni di un "terzo" che rientri nella sfera di protezione del creditore (mandante, conduttore, committente, compratore, ecc.), che è giudicato "corresponsabile" della sorte del danneggiato. Così, i lavoratori che prestavano la loro opera in un capannone industriale vengono inseriti nella sfera di protezione del contratto di appalto stipulato tra due imprese⁹⁷. A seguito del crollo di una parte del soffitto del capannone, la società metallurgica viene condannata a risarcire i danni causati ai dipendenti (*ex* § 618, comma 1, BGB). Ma nella successiva azione di rivalsa intentata avverso l'impresa appaltatrice dei lavori, il BGH ravvisa un concorso di colpa di entrambe le società, rilevando sia che l'appaltatrice aveva realizzato il soffitto in modo non conforme, sia che la società metallurgica, con successivi lavori mal eseguiti, aveva contribuito a causare il danno⁹⁸.

5. L'ulteriore svolta della giurisprudenza tedesca si avrà allorché, nella sfera di protezione del contratto, verranno comprese non soltanto le le-

⁹⁵ Sul punto, W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, 1995, p. 184.

⁹⁶ R.-A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung*, cit., p. 27 s.

⁹⁷ BGH, 7 novembre 1960, c.d. *Spannbetonplattenfall*, in *JZ*, 1961, p. 169. Sulla possibile estensione della sfera di protezione del contratto di appalto a tutti i dipendenti dell'acciaieria, e non soltanto ai lavoratori infortunati, cfr. W. LORENZ, *Anmerkung*, *ivi*, 1961, p. 170.

⁹⁸ Cfr. G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 83.

sioni dell'integrità psico-fisica o della proprietà, ma anche i danni meramente economici. In questi casi si tratterà non di accordare la più vantaggiosa tutela contrattuale a soggetti "terzi" che comunque avrebbero potuto agire in via delittuale, allo scopo di attribuire a questi la stessa protezione prevista per le parti e, quindi, di evitare una disparità di trattamento tra soggetti tutti coinvolti nel rapporto obbligatorio⁹⁹, bensì di attribuire una protezione contrattuale ad interessi, la lesione dei quali non avrebbe consentito una tutela extracontrattuale, in presenza dei noti limiti posti dal § 823 ss. BGB.

Il primo passo in questo senso avviene con una decisione¹⁰⁰, vivamente criticata in dottrina¹⁰¹, con la quale il BGH accorda il diritto al risarcimento ad una donna, danneggiata dal comportamento negligente di un avvocato che, seppure più volte da lei sollecitato a mantener fede alla sua promessa, non si reca al domicilio del padre con un notaio al fine di redigere un testamento in suo favore (la figlia sarebbe stata nominata unica erede), prima che, improvvisamente, sopravvenga la morte del genitore. Il BGH condanna l'avvocato non soltanto a rimborsare i costi, sostenuti dalla figlia, per la divisione ereditaria, ma anche a risarcire i danni consistenti nella differenza tra quanto la figlia avrebbe acquisito in qualità di unica erede (sulla base del testamento mai redatto) e quanto, in realtà, aveva percepito nella successione legittima quale coerede con la nipote¹⁰². Con questa sentenza il BGH ricorre alla figura del contratto con effetti di protezione per terzi al fine di risarcire un danno meramente economico¹⁰³ (o, secondo altra interpretazione, la lesione di un'aspettativa di acquisto)¹⁰⁴ subito dalla figlia, a causa dell'inadempimento

⁹⁹ Su questo specifico aspetto, J. GERNHUBER, *Gläubiger, Schuldner und Dritte*, in *JZ*, 1962, p. 555; Id., *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*, cit., p. 270.

¹⁰⁰ BGH, 6 luglio 1965, in *NJW*, 1965, p. 1955 ss., c.d. *Testamentsfall*.

¹⁰¹ Per tutti, W. LORENZ, *Anmerkung* a BGH, 6 luglio 1965, in *JZ*, 1966, p. 143 ss.; E. VON BÖHMER, *Bedenkliche Konstruktion einer Vertragshaftung*, in *JR*, 1966, p. 173. Non così, invece, J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 513; E. VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, a cura di O. Behrends, M. Diesselhorst, H. Lange, D. Liebs, J.G. Wolf e C. Wollschläger, Göttingen, 1978, p. 321 ss.

¹⁰² BGH, 6 luglio 1965, cit., p. 1957.

¹⁰³ In questi termini, R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, in *Nuova Enciclopedia*, Collana diretta da P. Cendon, 2ª ed., Padova, 2011, p. 191 s.; G. VARANESE, *o.u.c.*, p. 87 s.

¹⁰⁴ H. SUTSCHET, *Der Schutzanspruch zugunsten Dritter – Unter Berücksichtigung*

mento (adempimento non tempestivo) dell'obbligo di prestazione assunto nei confronti del padre defunto. Anche per tale ragione questa decisione verrà criticata e, comunque, considerata estranea alla problematica del contratto con effetti di protezione per terzi: per avere ad oggetto l'inadempimento di un obbligo di prestazione nei riguardi del padre-cliente, e non la violazione di un obbligo di protezione nei riguardi della figlia.

La sempre maggiore consapevolezza dell'autonomia degli obblighi di protezione, rispetto a quelli di prestazione, condurrà il *Bundesgerichtshof* ad inserire terzi nella sfera di protezione di contratti che non sono stati conclusi, perché ancora in fase di formazione, o di contratti che non hanno mai prodotto effetti, in quanto nulli o altrimenti inefficaci. Il BGH risarcirà, proprio estendendo l'efficacia protettiva del contratto nella fase antecedente alla sua (eventuale) conclusione, i danni subiti da una bambina che era scivolata su una foglia di insalata mentre accompagnava la madre all'interno di un supermercato¹⁰⁵. In casi analoghi la giurisprudenza italiana, disponendo di una clausola generale di responsabilità oggettiva extracontrattuale per i danni cagionati dalle cose in custodia (art. 2051 c.c.), applicando la regola del concorso, preferirà questa soluzione per i danni "da caduta", anche là dove tra le parti sia stato stipulato un contratto¹⁰⁶.

Il BGH, inoltre, estende ulteriormente la sfera di protezione del contratto allorché risarcisce il danno ad una donna che abitava in un immobile sulla base di un contratto di locazione invalido, perché affetto da un vizio riguardante il potere rappresentativo nella conclusione dell'atto¹⁰⁷. Il pagamento del canone e la concessione in uso dell'immobile avevano fatto sorgere «rapporti giuridici diretti»¹⁰⁸ tra le parti e, quindi, quegli effetti di protezione in forza dei quali la danneggiata poteva chiedere il risarcimento dei danni *ex contractu*.

der Pflichtenlehre des Kommissionsentwurfs, Berlin, 1999, p. 25 e p. 173 s., e, nella dottrina italiana, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 545 ss.

¹⁰⁵ Il caso, c.d. *Gemüseblattfall*, che rappresenta un vero e proprio *leading case* in tema di responsabilità precontrattuale, è deciso dal BGH il 28 gennaio 1976, in *NJW*, 1976, p. 712, anche in *JZ*, 1976, p. 776, con nota critica di K.F. KREUZER.

¹⁰⁶ Per l'ampia giurisprudenza in materia, si rinvia a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 369 ss.

¹⁰⁷ BGH, 10 gennaio 1968, in *MDR*, 1968, p. 402.

¹⁰⁸ BGH, 10 gennaio 1968, cit., p. 403.

La dottrina che aveva ispirato questa decisione¹⁰⁹ aveva affermato che, se è certo che un contratto nullo non possa produrre obblighi di prestazione, non altrettanto può dirsi per gli obblighi di protezione, i quali trovano la loro fonte non nel contratto nullo (o nel futuro contratto), ma in un particolare «rapporto giuridico delle trattative», avente natura legale, espressione del principio di tutela dell'affidamento fondato sul § 242 BGB¹¹⁰. In tal senso viene ammessa l'autonoma esistenza degli obblighi di protezione, i quali possono esistere indipendentemente dalla sussistenza degli obblighi di prestazione. Trovando la loro fonte non nella volontà delle parti, ma nel principio dell'affidamento, gli obblighi di protezione non seguono le vicende del contratto, ricorrendo anche nella fase precontrattuale¹¹¹. Da qui l'idea di un «unitario rapporto obbligatorio di protezione»¹¹² che, consentendo di qualificare una relazione (come) giuridica sulla base «di obblighi creati dalla buona fede sulla scorta di un affidamento socialmente rilevante»¹¹³, doveva rappresentare la «dritte Spur», ovvero il «*tertium genus*»¹¹⁴ tra contratto e torto, nel quale comporre ad unità la *culpa in contrahendo*, le violazioni positive del contratto e il contratto con effetti di protezione per terzi.

Attraverso questa raffinata costruzione, la scienza giuridica tedesca, nell'elaborare una teoria del rapporto obbligatorio che consentisse di porre rimedio alle insufficienze del BGB in materia di responsabilità civile, si proponeva di offrire una tutela ragionevole al soggetto danneggiato, consentendogli di ottenere il risarcimento *ex contractu* del danno pur «in assenza di un contratto»¹¹⁵.

6. Sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale che prende avvio dal controverso *Testamentfall*, la Corte Suprema Federale inizia ad estendere l'efficacia protettiva del contratto ad ipotesi sempre più eterogenee, al fine di risarcire in via contrattuale danni meramente economici.

Sulla base di un rapporto di *Girokonto*, un'impresa di costruzioni

¹⁰⁹ C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in ZJ, 1965, p. 475 s.

¹¹⁰ C.-W. CANARIS, *o.u.c.*, p. 476.

¹¹¹ C.-W. CANARIS, *o.l.u.c.*

¹¹² C.-W. CANARIS, *o.u.c.*, p. 478.

¹¹³ In questi termini, C. CASTRONOVO, *o.u.c.*, p. 552 s.

¹¹⁴ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 567, nel sommario.

¹¹⁵ C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, p. 472.

aveva conferito mandato alla sua banca di pagare le scritture d'addebito che provenivano da una ditta fornitrice di materiali per l'edilizia¹¹⁶. Tuttavia tali scritture, allorché furono presentate alla banca del debitore, non furono pagate perché il conto dell'impresa edilizia risultava privo di copertura. Pur in assenza di un qualsiasi rapporto contrattuale tra la ditta creditrice e la banca del debitore, il *Bundesgerichtshof* accoglie il ricorso dell'attore affermando che, anche là dove non sussistono i requisiti minimi per l'applicazione della fattispecie di cui al § 328 BGB, il creditore (seppur "terzo" acquista il diritto al risarcimento del danno per violazione degli obblighi di protezione ogni qual volta ha fatto affidamento, in buona fede, sullo "scopo" del contratto e sulla prevedibilità dei suoi effetti con riguardo alla prestazione contrattuale¹¹⁷.

Questa sentenza solleva ulteriori perplessità in dottrina: se, con il c.d. *Testamentfall*, il BGH aveva esteso la sfera protettiva (*Schutzbereich*) del contratto sulla base dello stretto rapporto (di parentela) esistente tra il creditore (padre) e il terzo (figlia), con il c.d. *Lastschriftverfahren-Fall* la Suprema Corte effettua un vero e proprio salto in avanti rispetto alla giurisprudenza precedente, allargando a dismisura la sfera delle persone protette¹¹⁸. Piuttosto che estendere l'efficacia protettiva dell'accordo interbancario oltre ogni ragionevole limite, avrebbe potuto fondare la sua decisione su un dovere autonomo della banca verso il cliente¹¹⁹.

La successiva evoluzione giurisprudenziale del contratto con effetti di protezione per terzi, però, si incentrerà proprio sulla risarcibilità dei danni meramente economici, riguardando ipotesi di responsabilità contrattuale del professionista e, più in generale, dell'esperto nella redazione di consulenze, perizie, accertamenti di controllo, certificati di bilancio, prospetti informativi ed altre notizie che possano ingenerare legittimi affidamenti di terzi nel regolare svolgimento del traffico giuridico. Determinati soggetti che svolgono un'attività qualificata (avvocati, revisori dei conti, consulenti fiscali, banche, periti, ecc.)¹²⁰, in virtù della posizione

¹¹⁶ Il caso, noto come *Lastschriftverfahren-Fall*, è deciso dal BGH il 28 febbraio 1977, in *BGHZ*, 69, 1978, p. 82 ss.

¹¹⁷ BGH, 28 febbraio 1977, cit., p. 86.

¹¹⁸ Testualmente, G. VARANESE, *o.u.c.*, p. 98. Nella dottrina tedesca, M. PLÖTNER, *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*, cit., p. 35.

¹¹⁹ Così, C.-W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 817.

¹²⁰ Per talune ipotesi, cfr. H.-J. MUSIELAK, *Die Haftung der Banken für falsche Kreditauskünfte*, in *VersR*, 1977, p. 973 ss.; Id., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*,

assunta nell'espletamento dei propri uffici, ingenerano anche nei terzi una particolare fiducia che è ben superiore al normale affidamento che le parti, normalmente, ripongono nelle trattative. Ed è proprio in questa materia che si avranno alcune delle decisioni più contestate del BGH¹²¹, le quali contribuiranno a porre in discussione la stessa natura del rapporto tra creditore e terzo¹²², che fino ad allora era stato invocato come essenziale ai fini dell'applicazione del contratto con effetti di protezione per terzi. Il trovarsi, cioè, da parte del terzo, nella medesima posizione del creditore rispetto ai rischi che nascono dalla prestazione o, più in generale, dall'esecuzione del contratto.

In una prima sentenza, definita come *Konsulfall*¹²³, il BGH, ribaltando le due decisioni di merito ed il giudizio di rinvio che era conseguito alla cassazione della sentenza d'appello¹²⁴, ammette il risarcimento dei danni richiesto da una banca, per aver concesso un ingente mutuo al proprietario di un fondo per un progetto d'edilizia turistica, sulla base di una perizia sul valore dell'immobile redatta nella previsione della concessione dell'autorizzazione edilizia. Il BGH, nel risarcire i danni subiti dalla banca, afferma, per la prima volta, che l'inserimento del terzo (l'istituto di credito) nella sfera protettiva del contratto non può essere negato soltanto perché gli interessi del creditore e del terzo sono «discordanti»¹²⁵.

Tale orientamento troverà ulteriore conferma in un'altra decisione del BGH¹²⁶, non a caso definita come la «pietra dello scandalo»¹²⁷. Nel redigere una perizia che era stata commissionata dalla proprietaria di un immobile, che ne attestasse il valore ai fini della vendita, un perito edile sottace la necessità di consistenti lavori di ristrutturazione del tetto, anche a causa della condotta dolosa del figlio della proprietaria che, nel corso della perizia, aveva occultato i vizi dell'immobile. Dopo aver ac-

Berlin-New York, 1974, p. 32 ss.; B. GRUNEWALD, *Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten*, in *AcP*, 187, 1987, p. 285 ss.

¹²¹ Per la critica al c.d. *Konsulfall*, cfr. H. HONSELL, *Anmerkung* a BGH, 23 gennaio 1985, in *JZ*, 1985, p. 952; M. PLÖTNER, *o.u.c.*, p. 125.

¹²² In proposito, B. GRUNEWALD, *o.c.*, p. 288 s.

¹²³ BGH, 23 gennaio 1985, in *JZ*, 1985, p. 951.

¹²⁴ Cfr., infatti, BGH, 28 aprile 1982, in *NJW*, 1982, p. 2431.

¹²⁵ BGH, 23 gennaio 1985, *cit.*, p. 951.

¹²⁶ Il caso, c.d. *Dachbodenfall*, è deciso dal BGH il 10 novembre 1994, in *JZ*, 1995, p. 308.

¹²⁷ Così, G. VARANESE, *Il contratto*, *cit.*, p. 114.

quistato l'immobile, facendo affidamento sulla perizia, con l'esclusione delle garanzie per i vizi della cosa, sia palesi sia occulti, il compratore definisce in via stragiudiziale la controversia con il venditore. Agisce poi avverso il perito per il risarcimento dei danni conseguenti alla vendita, affermando che non avrebbe acquistato l'immobile se fosse venuto a conoscenza degli ingenti lavori di ristrutturazione. Il BGH, nel condannare il perito edile al risarcimento del danno, inserisce il compratore nella sfera di protezione di un contratto che era stato stipulato tra il perito e il venditore, soggetto, quest'ultimo, portatore di un interesse specularmente contrapposto a quello dell'acquirente¹²⁸.

7. Con queste ultime decisioni la giurisprudenza rinuncia non soltanto all'elemento volontaristico, e cioè alla "volontà ipotetica delle parti"¹²⁹ derivante dallo scopo del contratto¹³⁰, ma anche alla stessa vicinanza del terzo agli interessi del creditore. Nella giurisprudenza classica, il *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* aveva trovato applicazione proprio sul presupposto che il debitore non avesse adottato (o avesse violato, con una condotta positiva) quelle particolari misure di protezione che avrebbero evitato il rischio di danni sia al creditore, sia a tutti i soggetti "prossimi" alla sfera del creditore. Le due sentenze aventi ad oggetto la responsabilità del perito, invece, avevano dimostrato che non v'era alcun rapporto giuridico in base al quale il committente della perizia fosse obbligato alla cura del terzo danneggiato¹³¹ e che, anzi, v'era un evidente contrasto di interessi tra il committente creditore (della perizia) e il terzo¹³². Da qui le proposte, autorevolmente sostenute, di applicare a queste ipotesi controverse i principi della responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento¹³³, ovvero di qualificare le fattispecie in termini di responsabilità aquiliana, attraverso la teoria degli obblighi del traffico¹³⁴. Ma la profetizzata scomparsa delle *Schutzpflichten*

¹²⁸ C.-W. CANARIS, *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei "Gegenläufigkeit" der Interessen*, in *JZ*, 1995, p. 442 ss.

¹²⁹ C.-W. CANARIS, *o.l.u.c.*

¹³⁰ Su tale nozione, W. BAYER, *Der vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 133.

¹³¹ B. GRUNEWALD, *Die Haftung des Experten*, cit., p. 288.

¹³² G. VARANESE, *o.m.c.*, p. 127.

¹³³ La tesi era autorevolmente sostenuta da C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, p. 266 ss. e p. 411 ss.

¹³⁴ Con specifico riferimento alle problematiche qui esaminate, U. HUBER, *Verkehrs-*

a vantaggio di una corrispondente espansione delle *Verkehrspflichten* non si verificherà, essendosi proposto il legislatore tedesco (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) di risolvere le originarie “lacune” del BGB nell’ambito della disciplina delle responsabilità contrattuale, piuttosto che di quella extracontrattuale. La quale, pur in presenza di qualche significativa modifica, rimarrà sostanzialmente immutata nei suoi principi ispiratori. Anzi, l’abrogazione del § 847 BGB e la sua riproposizione nel comma 2 del § 253 hanno contribuito a determinare l’ulteriore espansione della responsabilità contrattuale anche in ordine al risarcimento del danno immateriale¹³⁵.

La legge di riforma¹³⁶, pur muovendo dall’esigenza di dare attuazione ad alcune direttive europee, costituisce l’occasione per effettuare la più considerevole riforma del diritto delle obbligazioni che sia stata conosciuta dal diritto tedesco dopo l’entrata in vigore del BGB. Viene modificata l’intera disciplina dell’inadempimento. Ad un sostanziale contenimento degli effetti protettivi all’esterno del rapporto obbligatorio fa seguito la più ampia esaltazione del ruolo degli obblighi di protezione proprio all’interno del rapporto obbligatorio¹³⁷. Il “rapporto particolare” che i soggetti pongono in essere allo scopo di regolamentare i propri interessi, da un lato, espone le parti ad un maggiore rischio di danno, che richiede una tutela più intensa rispetto a quella fornita dalla responsabilità aquiliana; dall’altro, permette di individuare precisamente i centri di interesse che sono coinvolti nel “contatto” giuridico-sociale, evitando il rischio di un aumento esponenziale della risarcibilità dei danni cc.dd. indiretti¹³⁸.

La teoria delle violazioni positive del contratto trova la sua ricezione legale e, parallelamente, la sua “dissoluzione”¹³⁹, nella riforma del § 280 BGB che, attraverso la «positivizzazione»¹⁴⁰ di una clausola generale di

pflichten zum Schutz fremden Vermögens, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 376.

¹³⁵ Su tale intervento legislativo, G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell’atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 132.

¹³⁶ Sulla quale, per tutti, C.-W. CANARIS, *Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni* a cura di G. De Cristofaro, Padova, 2003, p. 7 ss.

¹³⁷ Testualmente, G. VARANESE, *Il contratto*, cit., p. 133.

¹³⁸ Problema, questo, già sollevato da C.W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 576.

¹³⁹ C.-W. CANARIS, *Contenuti fondamentali*, cit., p. 21.

¹⁴⁰ F. ADDIS, *Risarcimento del danno contrattuale*, in *Dir. giur.*, 2007, p. 25.

responsabilità contrattuale e il superamento della teoria dell'impossibilità, fonda la tutela risarcitoria su qualsiasi "violazione dell'obbligo" (*Pflichtverletzung*) imputabile al debitore. In tale nozione sotto fatti rientrare sia gli obblighi precontrattuali, sia gli obblighi primari di prestazione e di protezione che trovano la loro fonte nel contratto o nella legge¹⁴¹.

Gli obblighi di protezione trovano un esplicito riconoscimento nel comma 2 del § 241 BGB¹⁴², il quale dispone che il rapporto obbligatorio, in relazione al suo contenuto, può obbligare le parti ad avere attenzione verso i diritti e i beni giuridici della controparte. A seguito dell'entrata in vigore di tale norma, si è sostenuta l'avvenuta equiparazione tra gli obblighi di prestazione e quelli di protezione, entrambi considerati obblighi primari (*Primärpflichten*), a loro volta suddivisi in obblighi principali ed in obblighi accessori rispetto alla prestazione¹⁴³. Il generale riferimento ai diritti e ai beni giuridici dell'altra parte, inoltre, risolve in senso affermativo l'annosa questione della risarcibilità dei danni meramente economici, consentendo la tutela contrattuale del patrimonio oltre i limiti stabiliti dal § 823 BGB. L'imputazione degli obblighi in capo a ciascuna delle parti prescinde dalla tradizionale contrapposizione tra i concetti di "debitore" e "creditore" e svincola la titolarità degli obblighi di protezione da quelli di prestazione. Il soggetto che riveste la qualifica di debitore o di creditore con riferimento agli obblighi di prestazione potrà assumere una diversa posizione con riguardo agli obblighi di protezione. Così, il creditore di un obbligo di prestazione potrà essere debitore di un obbligo di protezione¹⁴⁴.

La previsione di un'esplicita disciplina per la *culpa in contrahendo*, considerata fonte autonoma di obblighi di protezione, consente di risolvere in modo diverso quei casi nei quali la dottrina aveva ravvisato un utilizzo improprio del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*¹⁴⁵. Nell'aprire un varco alla responsabilità per false informazioni, il legislatore, in molte ipotesi controverse di responsabilità professionale, può aver pre-

¹⁴¹ Per tutti, S. LORENZ e T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 183 ss.

¹⁴² Rilevano il carattere meramente «declaratorio» di questo testo, H. EHMANN e H. SUTSCHET, *Modernisierte Schuldrecht*, München, 2002, p. 71.

¹⁴³ In questi termini, H. BROX e W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2003, p. 13.

¹⁴⁴ G. VARANESE, *o.u.c.*, p. 134, in nt. 119.

¹⁴⁵ Così, anche G. VARANESE, *o.u.c.*, p. 135.

ferito propendere per la responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB) piuttosto che per un'efficacia protettiva esterna del rapporto obbligatorio¹⁴⁶. Ad esempio, nel caso di un contratto di consulenza stipulato con un professionista, il soggetto estraneo che subisce un danno patrimoniale per aver fatto affidamento su quelle informazioni, piuttosto che essere risarcito in qualità di terzo, sulla base degli effetti di protezione di un contratto del quale non è parte, ma che, anzi, lo vede portatore di interessi contrastanti con quelli del creditore, può ottenere il risarcimento sul fondamento dell'affidamento riposto, nella fase precontrattuale, nei dati espressi da un soggetto qualificato, che lo hanno indotto a stipulare un contratto di per sé pregiudizievole¹⁴⁷. Così, nel caso di perizia inesatta in ordine ad un bene oggetto di un contratto di compravendita, l'acquirente che, sulla base di tale perizia, paghi un prezzo di gran lunga superiore rispetto al valore di mercato, più che essere protetto, in qualità di terzo, sulla base dell'efficacia esterna del contratto di perizia, potrà chiedere il risarcimento del danno al professionista per responsabilità precontrattuale, in qualità di soggetto che sta partecipando alla conclusione del contratto di compravendita. In queste ipotesi si è pur sempre nell'ambito della responsabilità contrattuale, ma il presupposto per la sua applicazione non è più (un uso per più versi contestato de) il *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, bensì l'applicazione della disciplina in tema di responsabilità precontrattuale.

La riforma tedesca ha dato adito, sul punto, ad interpretazioni parzialmente divergenti. Si è rilevato, infatti, come il contestato orientamento giurisprudenziale in materia di *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* avrebbe comunque ricevuto un suo riconoscimento legislativo¹⁴⁸. Nonostante le critiche della dottrina, la riforma dello *Schuldrecht* è sembrata muoversi «proprio nella prospettiva ora censurata» là dove il comma 3 del § 311 «fa esplicitamente l'esempio di una responsabilità da affidamento, che diventa il modello di responsabilità nei confronti della per-

¹⁴⁶ In argomento, M. SCHWAB, *Gründfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht*, in *JuS*, 2002, p. 773 ss.

¹⁴⁷ Afferma, in proposito, che si è così «passati dalla *Drittschutz* alla *Dritthaftung*», G. VARANESE, *o.u.c.*, p. 136.

¹⁴⁸ Sulla base del «combinato disposto dei §§ 311, comma 3, e 241, comma 2, BGB novellato, in forza dei quali gli obblighi di protezione ex § 241, comma 2, sono estesi dal comma 3 del § 311 a chi non sia parte del contratto» (E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 372).

sona e/o delle cose del terzo [...] nell'ambito del principio più generale della "culpa in contrahendo" assunto dopo la riforma al livello di uno degli istituti centrali del nuovo diritto civile tedesco»¹⁴⁹. La sopravvivenza del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* è, comunque, incontestata, sia che si ravvisi il suo nuovo fondamento normativo proprio nel § 311, comma 3, sia che lo si consideri come il frutto di una creazione della scienza giuridica tedesca, che la riforma non ha inteso modificare o cancellare.

8. Con riguardo al *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* ed alla *stipulation pour autrui tacite* appaiono evidenti profonde differenze. Mentre in Germania questa figura ha riguardato una serie di casi il cui elenco è quasi sterminato¹⁵⁰, rappresentando la più significativa ed estrema applicazione della dottrina degli obblighi di protezione, in Francia ha raramente travalicato l'ambito del contratto di trasporto. In questa materia sono riscontrabili soltanto isolate decisioni che, sulla scia del *leading case* del 1913, hanno consentito a terzi, prossimi congiunti del contraente, in qualità di *victimés par ricochet*, di beneficiare (dell'inadempimento) dell'obbligazione determinata di *sécurité* alla quale era tenuto il vettore. Così, se la vedova dell'agente postale vede riconosciuto il suo diritto al risarcimento del danno, in assenza di un contratto di trasporto, ma sulla base di una tacita *stipulation pour autrui* tra la Compagnia ferroviaria d'Orléans e l'amministrazione postale «nell'interesse dei suoi agenti»¹⁵¹; la Cassazione, nell'*arrêt Capitaine d'artillerie Noblet*, afferma che, avendo assunto, la Compagnia ferroviaria, verso la persona trasportata, «l'obbligazione di condurla sana e salva a destinazione», nel caso di «incidente mortale sopravvenuto nel corso dell'esecuzione del contratto, il diritto di ottenere la riparazione del danno si è dischiuso, ai sensi dell'art. 1147 C. Civ., a vantaggio del coniuge e dei figli della vittima, a favore dei quali quest'ultima aveva stipulato, senza che vi fosse bisogno di farlo espressamente, *dans la mesure de leur intérêt*»¹⁵².

La medesima soluzione non è stata, però, estesa a molti altri campi del diritto civile. Tra i settori nei quali si è riscontrato, in controten-

¹⁴⁹ E. MOSCATI, *o.c.*, p. 379 e p. 380.

¹⁵⁰ Testualmente, G. VARANESE, *Il contratto*, cit., p. 137.

¹⁵¹ Cass., 21 novembre 1911 e 21 avril 1913, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 253 e p. 257 ss.

¹⁵² Cass. civ., 6 décembre 1932, in *Rec. Sirey*, I, 1934, p. 81.

denza, un sensibile utilizzo della *stipulation pour autrui tacite* v'è quello della responsabilità delle strutture sanitarie per trasfusioni di sangue o per la somministrazione di emoderivati infetti. Il fornitore del plasma è stato giudicato contrattualmente responsabile nei confronti del paziente (terzo) al quale era stata praticata la trasfusione, sulla base di un'obbligazione determinata di *sécurité* che ha trovato la sua fonte in una *stipulation pour autrui tacite* presente nel contratto di somministrazione del plasma stipulato tra il fornitore e la struttura sanitaria nella quale il paziente era stato ricoverato¹⁵³. Le strutture sanitarie sono state considerate obbligate a fornire ai pazienti «prodotti esenti da vizi» e l'esonero da questa obbligazione di *sécurité* di risultato è stato consentito soltanto in presenza della «prova di una *cause étrangère* che non potesse essere loro imputata»¹⁵⁴. Tuttavia, sarà proprio la successiva evoluzione della giurisprudenza d'oltralpe, ispirata alla nuova disciplina d'origine europea (artt. 1386-1 – 1386-18 *Code civ.*), a «condannare [...] l'obbligazione *pretorienne* di *sécurité* gravante sul fabbricante e sul produttore»¹⁵⁵, a favore di una diversa ricostruzione tendente a ravvisare «nella violazione contrattuale dell'obbligazione di *sécurité* [...] una *faute delittuale* nei riguardi dei terzi»¹⁵⁶.

In Francia, oltre a sporadiche applicazioni in tema di contratto di assicurazione «pour le compte de qui il appartiendra», a vantaggio dei proprietari successivi della merce trasportata¹⁵⁷, la *stipulation pour autrui* non è stata estesa a molti altri settori del diritto civile. La stessa *Assemblée Plénière*, allorché ha deciso l'*affaire Perruche*¹⁵⁸, ha escluso il ricorso a tale figura nel qualificare la responsabilità del medico per il danno subito dal bambino nato malformato, preferendo applicare la disciplina in

¹⁵³ In questi termini, già Cass., 17 décembre 1954, in *Rec. Dalloz*, 1955, *Jur.*, p. 269, con nota di R. RODIÈRE; Cass., 14 novembre 1995, cit. in G. VINEY, *Responsabilité civile*, in *Sem. jur.*, 1996, *Doctr.*, I, 3985, p. 487.

¹⁵⁴ Cass., I civ., 12 avril 1995, in *Sem. jur.*, 1995, II, *Jur.*, 22467, con nota di P. JOURDAIN.

¹⁵⁵ G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, III éd., Paris, 2006, p. 463.

¹⁵⁶ G. VINEY e P. JOURDAIN, *o.u.c.*, p. 462. In giurisprudenza, per tutte, Cass., I civ., 13 février 2001, in *Sem. jur.*, 2002, II, *Jur.*, 10099.

¹⁵⁷ Su tale ipotesi cfr. M.-L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 85.

¹⁵⁸ Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309.

tema di responsabilità delittuale¹⁵⁹. Già a partire dagli anni '50 la giurisprudenza aveva disapplicato la *stipulation pour autrui tacite* a vantaggio dell'«azione diretta» normalmente esperibile nelle *chaînes de contrats*¹⁶⁰. Lo sfavore mostrato dalla scienza giuridica francese per la *stipulation pour autrui tacite* ha trovato ulteriore conforto nelle riforme legislative che hanno interessato la quasi totalità dei settori nei quali aveva trovato applicazione: «abbandonata», dalla giurisprudenza, alle soglie della nuova disciplina comunitaria in materia di danno da prodotti, il campo di applicazione di tale modello si è notevolmente ristretto anche nell'ambito del contratto di trasporto a seguito dell'entrata in vigore della Loi Badinter (l. 5 luglio 1985), almeno per quanto riguarda il risarcimento dei danni causati alle persone trasportate nell'ambito della circolazione di veicoli a motore. Il futuro giurisprudenziale della *stipulation pour autrui tacite* sembra interamente destinato al trasporto ferroviario o su tramvia¹⁶¹.

In Italia, il contratto con effetti di protezione per terzi ha avuto un'applicazione giurisprudenziale ancor più limitata. Nel *leading case* che ha introdotto la responsabilità da contatto sociale, la Cassazione ha esplicitamente escluso la possibilità di invocare l'applicazione di questa figura, perché il paziente lamentava l'inesatto adempimento della prestazione¹⁶². Le Corti italiane sono ricorse al fenomeno di estensione degli effetti di protezione del contratto verso terzi soltanto nelle ipotesi di danno prenatale. In questo ambito, i primi tentativi della nostra giurisprudenza di «contrattualizzare» la responsabilità del medico (e della struttura sanitaria) anche nei riguardi di terzi hanno origini abbastanza risalenti, se si considera quella decisione della Cassazione che, al fine di riparare al nascituro un danno all'integrità psicofisica non più risarcibile in sede delittuale, ha qualificato il «soggetto venuto ad esistenza» come terzo protetto dal contratto stipulato tra la madre partoriente e la struttura sanitaria, con la conseguenza di risarcire in ambito contrattuale il danno patito dal minore a causa di un negligente intervento ostetrico

¹⁵⁹ Per la verifica di tale assunto, cfr. M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 611 ss.

¹⁶⁰ G. VINEY, *Responsabilité civile*, cit., 3985, p. 487.

¹⁶¹ In questi termini, M.-L. IZORCHE, *o.u.c.*, p. 87, in nt. 46.

¹⁶² Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 443, con nota di A. DI MAJO.

praticato al momento della nascita¹⁶³. Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione¹⁶⁴, seguendo la tesi anti-perruchista¹⁶⁵, considererà terzo protetto dal contratto il solo coniuge della donna¹⁶⁶, in ordine al risarcimento del danno morale (o esistenziale) patito *iure proprio*. Più di recente, con una decisione che era sembrata prodromica ad un *overruling*¹⁶⁷, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici (che avevano mancato d'informare la donna sugli effetti potenzialmente teratogeni di una cura avverso la sterilità) e le malformazioni subite dal nascituro, ha qualificato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria (e con il medico) come un contratto che, oltre ad avere effetti tra le parti, produce effetti c.d. protettivi nei confronti sia del coniuge, sia dello stesso figlio nato handicappato, che è considerato il «destinatario “finale” del negozio»¹⁶⁸. Come si era previsto, poi, il *revirement* è realmente intervenuto: ma la Cassazione ha riconosciuto al minore il diritto di chiedere il risarcimento del danno da «nascita malformata»¹⁶⁹ ai sensi della responsabilità delittuale (seppur “da inadempimento”)¹⁷⁰, mentre ha esteso gli effetti di protezione del contratto ai danni morali e/o esistenziali subiti sia dal coniuge, sia da fratelli e dalle sorelle. Da ultimo tale regola è stata nuovamente ribaltata dalle Sezioni Unite, le quali, nel confermare gli effetti di protezione del contratto con riguardo ai soli danni morali subiti dai coniugi, hanno escluso che il nato con disabilità sia legittimato ad agire

¹⁶³ Cass., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

¹⁶⁴ Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss., con nota critica di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*. L'orientamento è stato riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1691 ss.

¹⁶⁵ Per la quale, sia consentito rinviare a M. FEOLA, *Violazione*, cit., p. 600 ss.

¹⁶⁶ In questi termini, anche Cass., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, p. 699 s., con nota parzialmente critica di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.

¹⁶⁷ Per questa interpretazione, M. FEOLA, *o.u.c.*, p. 706 s.

¹⁶⁸ Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. e giur.*, 2010, p. 108.

¹⁶⁹ Cass., III Sez. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 195.

¹⁷⁰ Così, M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 93 ss.

nei riguardi dei sanitari, non conoscendo il nostro ordinamento un “diritto a non nascere se non sano”¹⁷¹.

Nei riguardi del fenomeno dell'estensione degli effetti del contratto rispetto a terzi, la scienza giuridica francese, erede della tradizione giansenista e giusnaturalista di Domat¹⁷², ha assunto un atteggiamento assai più rigido di quella tedesca. La regola generale declamata in dottrina, con citazioni di fonti romane, medievali, canoniche e gius-razionaliste (*res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest; alteri nemo stipulari potest*), è quella dell'effetto relativo del contratto, considerato un vero e proprio «principe universel»¹⁷³. L'orientamento della giurisprudenza tedesca è stato giudicato «lassista», là dove ha consentito l'estensione del campo di applicazione degli effetti protettivi del contratto attraverso l'interpretazione «della volontà presunta, spesso fittizia, delle parti»¹⁷⁴. Ma il diritto germanico, a differenza di quello franco-italiano, pone al centro del discorso la dichiarazione di volontà, l'obbligazione, e non la nozione di contratto, per cui invano si cercherebbe nel BGB una norma corrispondente agli artt. 1165 *code civ.* o 1372, comma 2, c.c., né «maggiori lumi si ottengono in proposito consultando le opere dottrinali tedesche dedicate al negozio»¹⁷⁵.

Ha iniziato a farsi strada, però, nella stessa dottrina francese, l'idea secondo la quale il principio *de l'effet relatif des contrats* abbia potuto sopravvivere «senza inconvenienti» poiché, «ben presto, si sono trovati gli strumenti sia per aggirarlo, sia per spogliarlo delle sue conseguenze più perniciose»¹⁷⁶. Dire che il contratto in quanto rapporto tra due parti non può nuocere o giovare a terzi «è erroneo perché in tal modo si ignora che esso può bene essere ed anzi è normalmente una

¹⁷¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2016, p. 349 ss.

¹⁷² G. ALPA e A. FUSARO, *Relazione introduttiva*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 1.

¹⁷³ V., in proposito, C. LARROUMET, *Droit civil*, III, *Les obligations. Le contrat*, Paris, 1998, p. 783.

¹⁷⁴ Le parole tra virgolette sono di J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Introduction*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, sous la direction de M. Fontaine et J. Ghestin, Paris, 1992, p. 9.

¹⁷⁵ M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 153.

¹⁷⁶ Così, Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris II, 1977, n. 19.

fonte di esternalità sia positive che negative»¹⁷⁷. L'espedito unanime utilizzato per giustificare le eccezioni al principio è quello della distinzione tra "effetti obbligatori" del contratto e "opponibilità" «della situazione giuridica della quale esso è la fonte»¹⁷⁸. Distinzione che, grosso modo, corrisponde a quella tra effetti "interni" ed effetti "esterni" del contratto, professata dal diritto belga¹⁷⁹, ed a quella tra effetti diretti ed effetti riflessi, declamata dal diritto italiano¹⁸⁰, sulla scia del celebre saggio di Jhering¹⁸¹ dedicato a dimostrare come, non soltanto in tema di immissioni¹⁸², l'azione dei singoli interferisse inevitabilmente con la libertà degli altri¹⁸³. Proprio la distinzione tra "effetto obbligatorio" ed "opponibilità" ha consentito alla dottrina, secondo la consueta tecnica regola-eccezione, di enucleare, anche sul fondamento dell'art. 1165 *Code civ.*, «due principi di eguale importanza: i contratti non producono la loro forza obbligatoria (gli effetti interni) che tra le parti; essi sono opponibili ai terzi (producono i loro effetti esterni nei confronti dei terzi)»¹⁸⁴. L'art. 1165 non costituirebbe un ostacolo: il terzo si limita a domandare il risarcimento del danno subito. Non pretende la qualità di creditore, non si avvale di un'eccezione inerente alla relatività delle convenzioni e, soprattutto, non esige l'esecuzione del contratto¹⁸⁵. Soltanto se l'azione del danneggiato rivestisse natura con-

¹⁷⁷ A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 342.

¹⁷⁸ In questi termini, tra i tanti, J. GHESTIN, *o.u.c.*, p. 11.

¹⁷⁹ Sul punto, M. FONTAINE, *Les effets «internes» et les effets «externes» des contrats (Rapport belge)*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 40 ss.

¹⁸⁰ Basti consultare, in proposito, non soltanto la manualistica tradizionale (per tutti, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1992, p. 619), ma anche quella più recente (ad es., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 947 s.). Sul punto, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 109.

¹⁸¹ R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher That-sachen auf Dritte Personen*, in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1871, p. 245 ss.

¹⁸² R. VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1882, rist. Stuttgart-Darmstadt, 1969, p. 22 ss.

¹⁸³ M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali*, cit., p. 156.

¹⁸⁴ M. FONTAINE, *Synthèse des travaux*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 431.

¹⁸⁵ I. MARCHESSAUX, *L'opposabilité du contrat aux tiers (La distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat)*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 91.

trattuale «bisognerebbe ammettere in principio l'esistenza di un'eccezione alla relatività delle convenzioni». Ma poiché essa «si rivela essere un'azione delittuale o quasi-delittuale, si può senz'altro concludere per l'inesistenza di un'eccezione all'art. 1165»¹⁸⁶.

La nozione di opponibilità, elaborata in occasione dei primi tentativi¹⁸⁷ di coordinare il principio del consenso traslativo con gli adempimenti pubblicitari (rispetto ai terzi) – e pertanto sconosciuta all'esperienza tedesca, che adotta, per il trasferimento della proprietà immobiliare¹⁸⁸, un meccanismo del tutto diverso –, conquista ben presto, in Francia, «lo scettro di categoria ordinante»¹⁸⁹, divenendo, nella sua generalizzazione, la «qualità riconosciuta ad un elemento dell'ordine giuridico, attraverso la quale esso s'irradia indirettamente al di fuori del suo cerchio di attività diretta», la «tecnica la cui finalità consiste nel collegare l'elemento *opposé* all'ambiente giuridico generale» e la «qualità giuridica autonoma, della quale in principio tutti i fatti, gli atti, i diritti o situazioni sono dotati»¹⁹⁰.

Questa idea ha avuto, «per effetto»¹⁹¹, di consentire alla scienza giuridica francese di affermare la responsabilità delle parti di un contratto nei riguardi di terzi¹⁹². Ma la *faute* è stata «invocata non quale *manquement* di un'obbligazione contrattuale, ma in quanto fatto generatore di responsabilità delittuale»¹⁹³. La Cassazione, palesando fino in fondo l'indole aquiliana che la responsabilità civile assume nel diritto francese, ha per lungo tempo affermato che l'*inexécution* di un'obbligazione era insufficiente, di per sé, a fondare la domanda di un terzo danneggiato a causa dell'inadempimento. Questi avrebbe dovuto comunque provare una «faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout

¹⁸⁶ A. WEILL, *o.u.c.*, p. 397.

¹⁸⁷ M. GRAZIADEI, *o.u.c.*, p. 157.

¹⁸⁸ Cfr. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 80 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Teorie del contratto, pubblicità e apparenza nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in *Annuario dir. comp.*, 2011, p. 381 ss.; P. G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 35 ss.

¹⁸⁹ M. GRAZIADEI, *o.l.u.c.*

¹⁹⁰ Così, J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, Paris, 1984, pp. 22, 35 e *passim*.

¹⁹¹ M. FONTAINE, *o.u.c.*, p. 432.

¹⁹² In argomento, I. MARCHESSEAU, *o.c.*, p. 91 ss.

¹⁹³ I. MARCHESSEAU, *o.c.*, p. 91.

point de vue contractuel»¹⁹⁴, ovvero la violazione «di una regola di portata generale» (negligenza, imprudenza, ad es.) costitutiva di una *faute* ulteriore e indipendente rispetto alle «stipulazioni contrattuali»¹⁹⁵. Oggi, invece, la giurisprudenza ammette che l'inesatta esecuzione di un contratto è sufficiente a fondare l'esistenza di una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi: un medesimo fatto, «susceptibile di costituire un *manquement* a un'obbligazione esistente tra due parti legate da un contratto, può costituire, nei riguardi di terzi estranei al contratto, una *faute* quasi-delittuale che implica la responsabilità del suo autore»¹⁹⁶. Ma la questione, per lungo tempo, non è stata «tranchée»¹⁹⁷: mentre alcune sentenze richiedevano che l'inadempimento costituisse, indipendentemente dal contratto, la violazione di un'obbligazione generale di prudenza o di diligenza¹⁹⁸, altre si erano affrancate da tale indirizzo, avendo deciso che «i terzi rispetto a un contratto sono legittimati ad invocare l'esecuzione difettosa dello stesso allorché essa ha causato loro un danno»¹⁹⁹.

Anche la dottrina non era unanime: da un lato si era affermato, in generale, il principio secondo il quale «qualsiasi *faute* contrattuale è delittuale nei riguardi dei terzi estranei al contratto»²⁰⁰. Dall'altro si era rilevato che la responsabilità non sorge «dal contratto in sé, poiché non trova in esso direttamente la sua fonte, ma nasce dalla *faute* che è stata

¹⁹⁴ Cass., I civ., 8 octobre 1962, in *Bull. civ.*, I, 1962, n. 405; nello stesso senso, Cass., I civ., 7 novembre 1962, in *Sem. jur.*, 1963, II, *Jur.*, 12987.

¹⁹⁵ M.-L. IZORCHE, *Les effets des conventions*, cit., p. 82.

¹⁹⁶ Tra le prime decisioni in tal senso, Cass., 16 janvier 1973, in *Bull. civ.*, 1973, IV, n. 28.

¹⁹⁷ M.-L. IZORCHE, *o.c.*, p. 83.

¹⁹⁸ Ad es., Cass. com., 17 juin 1997, in *Sem. jur.*, I, 1998, 144, anche in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 113, in tema di *faute* contrattuale del mandatario nei riguardi del mandante, la quale può essere qualificata come *faute* quasi-delittuale nei confronti di un terzo «a condizione che essa costituisca anche la violazione di un'obbligazione generale di prudenza e diligenza» (nello stesso senso, Cass. com., 16 décembre 1997, *ivi*, 1998, I, p. 144). Secondo P. JOURDAIN, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 113, tale decisione «non potrebbe esprimere meglio l'idea della relatività della *faute* contrattuale», la quale «non costituisce necessariamente una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi. Tutto dipende dalla portata del vincolo contrattuale che è stato violato».

¹⁹⁹ Cass., I civ., 15 décembre 1998, in *Contr. conc. consom.*, 1999, n. 37, con nota di L. LEVENEUR. Tale orientamento è stato condiviso dalla Sezione di diritto commerciale (Cass. com., 12 marzo 1991, in *Contr. conc. consom.*, 1991, n. 135) e dalla III Sezione civile (Cass., III civ., 25 mars 1998, in *Sem. jur.*, I, 1998, 144).

²⁰⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1996, p. 391, e già G. DURRY, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 815.

commessa per non aver rispettato un diritto del quale si conosceva l'esistenza grazie alla conclusione del contratto»²⁰¹. Dall'insieme della scienza giuridica francese emergeva la connotazione delittuale della responsabilità che sorge, per la parte di un contratto, dall'inadempimento di un'obbligazione che causa un danno a un terzo, sia che tale *faute* sia direttamente "opponibile" al terzo, sia che questi debba dimostrare che l'inadempimento costituisce, altresì, una *faute* delittuale.

La giurisprudenza, in proposito, sembrava distinguere le ipotesi secondo che il danno arrecato al terzo fosse stato causato dall'inadempimento di un'obbligazione «strettamente contrattuale» o, invece, dalla violazione di un'obbligazione di *sécurité*, la quale, non essendo «altro che un dovere generale integrato, dalla giurisprudenza, nel contratto», esprime «una norma generale di comportamento» che interessa sia le parti sia i terzi²⁰². Nel primo caso, la *Chambre commerciale* della Cassazione²⁰³ aveva escluso che un terzo estraneo al contratto potesse ottenere il risarcimento del danno da uno dei contraenti sul fondamento della responsabilità delittuale, se non dimostrando che tale pregiudizio rappresentasse la violazione, «nei suoi riguardi, di un dovere generale di non nuocere ad altri»²⁰⁴. Ma la I Sezione civile²⁰⁵, smentendo l'interpretazione restrittiva fornita dalla dottrina²⁰⁶ in ordine a due precedenti sentenze²⁰⁷, aveva avvalorato l'assimilazione (o la «confusione»)²⁰⁸ delle *fautes* contrattuale e delittuale, affermando che «la *faute* commessa nell'esecuzione del contratto era suscettibile di ingaggiare la responsabilità delittuale del suo autore nei riguardi dei terzi rispetto a questo contratto».

Questo periodo di oscillazione giurisprudenziale, caratterizzato dalla

²⁰¹ J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, cit., p. 15.

²⁰² Così, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité Dr. Civ.* sous la direction de C. Larroumet, II éd., Paris, 2012, pp. 84 e 82.

²⁰³ Cass. com., 1 juillet 2003, *B IV* n. 115, in *Sem. jur.*, I, 2004, 163, con il commento di G. VINEY.

²⁰⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 83.

²⁰⁵ Cass., I Ch. Civ., 18 mai 2004, *B I* n. 141, in *Rec. Dalloz*, 2005, p. 194, con nota di D. MAZEAUD.

²⁰⁶ Sul punto, M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 82 s.

²⁰⁷ Cass. civ., 18 juillet 2000, *B I* n. 221, in *Sem. jur.*, 2000, 10415, e in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 146, con le osservazioni di P. JOURDAIN; Cass. civ., 13 février 2001, *B I* n. 35, in *Rec. Dalloz*, 2001, *Somm.*, p. 2234, con nota di P. DELEBECQUE, e in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 367, con il commento di P. JOURDAIN.

²⁰⁸ Il termine è utilizzato da M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 73.

contrapposizione tra le Sezioni civile e commerciale della Cassazione, è stato risolto da un importante intervento dell'*Assemblée Plénière*²⁰⁹ che, «senza distinguere secondo la natura dell'obbligazione contrattuale violata»²¹⁰, ha disposto, con un'affermazione di principio, che il terzo «può invocare, sul fondamento della responsabilità delittuale, un *manquement* contrattuale allorché questo gli abbia causato un danno». Nella specie, la Suprema Corte ha deciso che l'inadempimento, da parte del conduttore, «delle sue obbligazioni di mantenere i locali locati costituisce, in sé, una *faute* delittuale, qualora causi un danno a terzi»²¹¹. Poiché tale decisione non ha ad oggetto specificamente «la violazione di obbligazioni contrattuali che traducono norme generali di comportamento integrate nel contratto, come le obbligazioni di *sécurité*», tale regola si estende a qualsiasi inadempimento, «quale che sia la natura dell'obbligazione ineseguita, anche se questa rappresenti "le plus contractuel", l'utilità economica attesa dal contratto, come era nel caso di specie»²¹². Così «la *faute* contrattuale nei riguardi delle parti è nello stesso tempo una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi vittime dell'inadempimento»²¹³. In tal senso, il principio di opponibilità degli effetti del contratto rispetto a terzi dà luogo ad un modello generale di *responsabilité delittuale da inadempimento*.

9. La regola *de l'effet relatif des contrats* conosce un temperamento²¹⁴ nella teoria dei *groupes de contrats* – suddivisi dalla dottrina in «*chaînes de contrats*» ed «*ensembles contractuels*» sulla base dell'identità dell'oggetto o della causa²¹⁵ –, la quale è considerata una vera e propria eccezione²¹⁶ al principio. La giurisprudenza riconosce, «in certi casi, natura contrattuale all'azione di responsabilità di terzi vittime dell'inadempimento di un contratto»²¹⁷. Ma la dottrina dei *groupes de contrats* è stata

²⁰⁹ Cass., Ass. Plén., 6 octobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 2825, con nota di G. VINEY; in *Sem. jur.*, II, 2006, 10181, con il commento di M. BILLIAU; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 123, con le osservazioni di P. JOURDAIN.

²¹⁰ Lo rileva M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 84.

²¹¹ Cfr. M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 85.

²¹² M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²¹³ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²¹⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 97.

²¹⁵ Cfr. B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, Paris, 1975, p. 69 s. e p. 174 s.

²¹⁶ In questi termini, I. MARCHESSAUX, *o.c.*, p. 95.

²¹⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

accolta soltanto con riguardo ai gruppi di contratti traslativi e alle *chaînes* che trasferiscono la proprietà, sulla base del principio *accessorium sequitur principale*²¹⁸, nelle ipotesi di *chaînes* sia omogenee sia eterogenee²¹⁹. Così l'avente causa a titolo particolare può beneficiare dei diritti e delle azioni che appartenevano al suo dante causa e che nascono da un contratto del quale non è parte, soltanto allorché appaiano come accessori della cosa della quale si acquista la proprietà²²⁰. L'esistenza di un'azione contrattuale diretta tra le «parti estreme» consente di agire *ex contractu* a coloro che hanno sofferto un danno a causa di un legame con il contratto iniziale. Ma la Terza Sezione civile della Cassazione, aderendo ad una «concezione ortodossa» della distinzione tradizionale tra le nozioni di parte e di terzo, «di opponibilità e di eccezione al principio di relatività dei contratti, di responsabilità contrattuale e di responsabilità delittuale»²²¹, ha censurato, per violazione dell'art. 1165, le sentenze delle Corti d'appello che avevano ammesso la responsabilità del subappaltatore che aveva inadempito la sua obbligazione determinata, al fine di garantire l'appaltatore dalle condanne pronunziate contro di lui a favore del committente, non ravvisandosi alcun legame contrattuale «tra l'appaltatore e il subappaltatore del suo subappaltatore»²²². Poiché «l'obbligazione di risultato di eseguire lavori esenti da vizi, alla quale il subappaltatore è tenuto nei confronti dell'appaltatore, ha per solo fondamento i rapporti contrattuali e personali esistenti tra loro, essa non può essere invocata dal committente, che è estraneo al contratto di subappalto»²²³.

La Prima Sezione civile, invece, ha assunto un orientamento contrapposto: dopo aver deciso che l'azione degli aventi causa a titolo particolare contro il dante causa del loro dante causa «è necessariamente di natura contrattuale»²²⁴, ha affermato che, «atteso che in un gruppo di

²¹⁸ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude de la maxime accessorium sequitur principale*, Paris, 1969, préf. D. TALLON.

²¹⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 100.

²²⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²²¹ Le espressioni tra virgolette sono di I. MARCHESSAUX, *o.l.u.c.*

²²² Cass., III civ., 13 décembre 1989, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Jur.*, p. 25, con nota di J. KULLMANN; conf. Cass., III civ., 28 mars 1990, *ivi*, 1991, p. 25.

²²³ Già Cass., III civ., 22 juin 1988, in *Bull. civ.*, III, n. 115, 1988, p. 63.

²²⁴ Cass., I civ., 9 octobre 1979, in *Rec. Dalloz*, 1980, *Inf. rap.*, p. 222, con le osservazioni di C. LARROUMET; Cass., I civ., 29 mai 1984, in *Sem. jur.*, 1985, II, *Jur.*, 20387, con nota di P. MALINVAUD, e in *Rec. Dalloz*, 1985, *Jur.*, p. 213, annotata da A. BÉNA-BENT; Cass., I civ., 4 mars 1986, in *Bull. civ.*, I, 1986, n. 57, p. 53.

contratti, la responsabilità contrattuale disciplina necessariamente la domanda di risarcimento di tutti coloro che hanno sofferto un danno a causa di un legame con il contratto iniziale; [...] dovendo il debitore prevedere le conseguenze della sua violazione secondo le regole contrattuali in materia, la vittima non può disporre contro di lui che di un'azione di natura contrattuale, anche in assenza di un contratto tra loro»²²⁵. Benché i contraenti "estremi", per quanto parti di un medesimo insieme contrattuale, non siano parti dello stesso contratto, si è ritenuto che «la presenza del contraente intermedio, pur non potendo fare da schermo alle relazioni giuridiche che li uniscono, modifica necessariamente il contenuto dei loro diritti, al punto che l'estensione del diritto di ciascun contraente estremo deve essere apprezzata sia con riferimento ai diritti dei quali dispone nei confronti del contraente intermedio, sia con riguardo ai diritti che quest'ultimo vanta verso l'altro contraente estremo»²²⁶. L'idea di prevedibilità, che dà fondamento all'intero regime della responsabilità contrattuale, può rappresentare un «argomento di coerenza che può essere avanzato per giustificare»²²⁷ tale soluzione. Il contratto non è più l'opera unica delle parti, ma «si radica in elementi esterni, nella legge, nella giurisprudenza, negli usi». È, in gran parte, «uno statuto che sviluppa i suoi effetti al di là delle sole persone che lo hanno concluso». E, in quanto statuto, deve essere protetto «esattamente come una legge»; l'equilibrio da esso creato «deve essere conservato e le azioni che lo minacciano, respinte nei loro limiti naturali»²²⁸. Malgrado il codice francese non preveda un principio generale di responsabilità contrattuale *pour autrui*, la dottrina è concorde nel ritenere che tale soluzione «s'imponga come una necessità assoluta», in materia contrattuale, ancor più che in ambito delittuale²²⁹.

In presenza dell'orientamento oscillante della Cassazione, l'*Assemblée Plénière* è intervenuta a più riprese. Con due sentenze rese nel febbraio del 1987 ha deciso che il «*maître de l'ouvrage*, come il subacquirente, gode di tutti i diritti e di tutte le azioni legate alla cosa che apparteneva al suo dante causa; egli dispone, quindi, contro il fabbricante, di un'a-

²²⁵ La massima *standard* è citata da I. MARCHESSAUX, *o.c.*, p. 94.

²²⁶ J. NERET, *Le sous-contrat*, th. Paris II, 1977, p. 513.

²²⁷ P. DELEBECQUE, *Note* a Cass., I civ., 21 juin 1988, in *JPC*, 1988, éd. E, 15294.

²²⁸ Le espressioni tra virgolette sono di P. DELEBECQUE, *o.l.u.c.*

²²⁹ G. VINEY, *Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui (rapport français)*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 340.

zione contrattuale diretta fondata sulla non conformità della cosa consegnata»²³⁰. Ma questo indirizzo non è stato considerato innovativo, poiché rappresentava «una semplice eccezione all'effetto relativo, che la Cassazione giustificava con il carattere *propter rem* dell'azione trasmessa»²³¹. Allorché l'*Assemblée Plénière* si è pronunciata sullo specifico contrasto che era sorto tra le Sezioni civili della Cassazione, essa ha ribadito l'orientamento più tradizionale, affermando che «viola l'art. 1165 *Code civ.* la Corte d'appello la quale [...] ritiene che, nel caso in cui il debitore di un'obbligazione ha incaricato un'altra persona di adempierla, il creditore non disponga contro quest'ultima che di un'azione necessariamente contrattuale, [...], deducendo che il subappaltatore può opporre al committente tutti i mezzi di difesa inerenti al contratto d'appalto concluso tra questi e l'appaltatore». Non essendo, il subappaltatore, «contrattualmente legato al committente»²³², l'eventuale risarcimento del danno deve essere chiesto sulla base delle regole della responsabilità extracontrattuale.

Tale orientamento, che sembra condannare la teoria dei gruppi di contratti e, più in generale, la proponibilità della tutela contrattuale da parte di soggetti che non siano parti del medesimo contratto, è stato criticato. Così come è stata considerata ingiustificata la stessa partizione tra gruppi traslativi o non traslativi della proprietà. Si è ritenuto di individuare nella «natura dell'obbligazione contrattuale violata»²³³ il criterio unitario da adottare al fine di qualificare come contrattuale o delittuale la responsabilità del debitore nei riguardi del terzo. Nel caso di inesatta esecuzione di un'obbligazione *strictement contractuelle*, il terzo dovrebbe agire ai sensi della responsabilità contrattuale. Una «rilettura più moderna»

²³⁰ Cass., Ass. Plén., 7 février 1986, 2 arrêts, in *Sem. jur.*, 1986, II, *Jur.*, 20616, con nota di P. MALINVAUD.

²³¹ I. MARCHESSAUX, o.c., p. 93.

²³² Cass., Ass. Plén., 12 juillet 1991, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Somm.*, p. 321, con osservazioni di J.-L. AUBERT. Questa decisione ha sollevato in dottrina molteplici commenti critici; ad es., C. LARROUMET, *L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels*, in *Sem. jur.*, I, 1991, 3531; C. JAMIN, *Une restauration de l'effet relatif du contrat (à propos de l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 12 juill. 1991, Besse)*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 257; P. JOURDAIN, *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée Plénière du 12 juillet 1991*, *ivi*, 1992, *Chron.*, p. 149 ss.

²³³ M. BACACHE-GIBEILI, o.c., p. 115.

del principio dell'effetto relativo del contratto dovrebbe permettere «ai membri del gruppo di perdere la loro qualità di terzi nei riguardi del debitore inadempiente, al fine di consentire loro di agire contro quest'ultimo sul fondamento della responsabilità contrattuale»²³⁴. Nel caso di violazione di un'obbligazione accessoria di *sécurité*, invece, «l'assimilazione delle *fautes* contrattuale e delittuale non sarebbe criticabile»²³⁵. Poiché queste obbligazioni esprimono doveri generali integrati nel contratto, «la loro violazione da parte del debitore costituisce nel contempo una *faute* delittuale autonoma, separabile dal contratto»²³⁶. La natura delittuale dell'azione di responsabilità dei terzi lesi dal contratto dovrebbe essere conservata. Ma, in questo caso, una soluzione più coerente potrebbe essere quella, «più semplicemente, di uscire dal contratto e di sopprimere le obbligazioni contrattuali di *sécurité*»²³⁷. La vittima, contraente o terzo, sarebbe allora sottoposta al medesimo regime di responsabilità delittuale.

Progetti di riforma hanno esaminato questo tema, considerato come uno dei punti cruciali dei rapporti tra l'obbligazione e il contratto, tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Sia l'*Avant-projet Catala* (art. 1342), sia la proposta di riforma depositata al Senato da L. Béteille (art. 1386-18), quasi all'unisono dispongono che «allorché l'inadempimento di un'obbligazione contrattuale è la causa diretta di un danno subito da un terzo», questi può chiedere il risarcimento del danno al debitore sul fondamento delle regole della responsabilità contrattuale. Ma egli, allora, «è sottoposto a tutti i limiti e condizioni che sono imposti al creditore per ottenere la riparazione del proprio danno». Il terzo danneggiato «può egualmente ottenere riparazione sul fondamento delle regole della responsabilità delittuale», ma soltanto apportando la prova «di uno dei fatti generatori» di questo tipo di responsabilità.

La riforma del «*droit des contrats*» introdotta con *Ordonnance* n. 2016-131 non ha disciplinato questa materia, lasciando sostanzialmente immutate le norme in tema di responsabilità extracontrattuale. Secondo la dottrina, però, la soluzione proposta dai progetti²³⁸, che consacra «l'estensione

²³⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 117.

²³⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 115.

²³⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²³⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²³⁸ E che potrebbe rappresentare l'oggetto di una prossima riforma della responsabilità civile.

del contratto a terzi, ammorbidendo così il principio dell'effetto relativo dei contratti», sarebbe stata mossa dall'intento di contrastare la decisione dell'*Assemblée Plénière* del 6 ottobre 2006²³⁹, la quale, «avendo assimilato le *fautes* contrattuale e delittuale, permette ai terzi di agire sul piano delittuale invocando la sola violazione del contratto e di sfuggire in tal modo al regime del contratto, in violazione delle previsioni del debitore»²⁴⁰. La «intrusione del regime delittuale nel contratto» potrebbe sconvolgere «le previsioni del debitore e arrecare un danno alla sicurezza giuridica di quest'ultimo», consentendo di eludere «clausole limitative o di esclusione dalla responsabilità, clausole attributive di competenza o clausole di arbitrato, così come i termini dell'azione risarcitoria»²⁴¹. Proprio la decisione dell'*Assemblée Plénière* non aveva consentito di opporre al sublocatario una clausola di esclusione dalla responsabilità prevista dal contratto, essendo stata risolta la questione sul piano della responsabilità delittuale²⁴². Si propone, quindi, l'applicazione della responsabilità contrattuale al fine di rispettare il regime previsto dal contratto ineseguito, sottoponendo il terzo a tutti i limiti e condizioni che sono imposti al creditore per ottenere il risarcimento del danno. In tal senso la proposta di riforma esprime una «duplice dinamica, che consiste, da un lato, nel proteggere il contratto contro il regime delittuale; dall'altro, nel conservare a vantaggio del danneggiato il beneficio del regime delittuale, a dispetto dell'allargamento del contenuto obbligatorio del contratto»²⁴³.

10. La distinzione tra le due specie della responsabilità potrebbe giustificarsi in funzione della natura dell'obbligazione violata. La specificità dell'obbligazione che trova la sua fonte nel contratto «legittima non soltanto l'esistenza di due regimi distinti, garantiti dalla regola del *non-cumul*, ma anche una differenza di natura tra una responsabilità delittuale destinata a risarcire i danni causati a terzi, e una responsabilità contrattuale la cui funzione è innanzitutto di assicurare l'esecuzione per equivalente della prestazione promessa nel contratto»²⁴⁴. Il porre in evidenza

²³⁹ Cass., Ass. Plén., 6 ottobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 2825, con nota di G. VINEY.

²⁴⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 130.

²⁴¹ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 89.

²⁴² M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 89, in nt. 2.

²⁴³ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 131, nt. 2.

²⁴⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 131 s.

questa duplice funzione della responsabilità civile permetterebbe di pervenire a un'ulteriore conclusione. Nei riguardi di terzi, la *faute* contrattuale può costituire una *faute* delittuale allorché l'obbligazione violata «costituisce un dovere generale integrato nel contratto, mentre, al contrario, tale assimilazione delle *fautes* è contestabile in presenza di una trasgressione di un'obbligazione *strettamente contrattuale*»²⁴⁵, la quale rappresenta il vantaggio specifico che il creditore attende dal contratto. In ogni caso, questa assimilazione delle *fautes*, anche qualora appaia come giuridicamente coerente, finisce inevitabilmente con l'accordare ai soggetti danneggiati dall'inadempimento di un contratto rimedi diversi secondo che rivestano le qualità di terzi o di parti.

Al fine di garantire una parità di trattamento per contraenti e terzi, una prima via potrebbe consistere nel decontrattualizzare «le obbligazioni accessorie che si traducono in norme generali di comportamento, come l'obbligazione di *sécurité*». I terzi, al pari del creditore, «vittime di un attentato alla sicurezza, nella loro persona o nei loro beni, potrebbero agire sul solo piano delittuale»²⁴⁶. Ma nel caso della violazione di un'obbligazione «strettamente contrattuale», sia i contraenti, sia i terzi che sono membri di un *groupe de contrats*, traslativo o no, potrebbero agire «sul solo terreno contrattuale»²⁴⁷.

L'armonizzazione tra le posizioni dei terzi e delle parti potrebbe essere ottenuta in altro modo, attraverso il superamento della distinzione tra le due specie della responsabilità civile, nel «sottomettere l'insieme delle vittime ad un regime speciale, che non è né contrattuale, né delittuale»²⁴⁸. Questa soluzione è stata spesso approntata dal legislatore moderno, «sia che si trattasse di danni conseguenti a un incidente della circolazione, a un prodotto difettoso o a un accidente medico»²⁴⁹. Nel qualificare la responsabilità professionale sanitaria, la riforma del 2002 discorre di una unitaria responsabilità per *faute* (art. L. 1142-1 *Code san. publ.*), la quale rappresenta il superamento delle partizioni sia tra responsabilità contrattuale e delittuale, sia tra responsabilità civile e amministrativa.

Il discorso riguarda, quindi, non soltanto «le condizioni» e le fun-

²⁴⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *o.c.*, p. 132.

²⁴⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²⁴⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²⁴⁸ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

²⁴⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *o.l.u.c.*

zioni, ma soprattutto i regimi di imputazione della responsabilità. In questi termini si può pensare ad un “diritto comune”²⁵⁰ che, superando una *summa divisio* spesso insoddisfacente ispirata alla fonte contrattuale o delittuale dell’obbligazione, colleghi ad un determinato “fatto” un unitario regime di imputazione della responsabilità. In tal senso si è cercato di dimostrare come un “principio di fungibilità”²⁵¹ tra le soluzioni delittuale o contrattuale già ispiri la giurisprudenza e, talvolta, lo stesso legislatore, pur nel diritto francese, che osserva la regola del *non-cumul*, al fine di offrire una maggior tutela al danneggiato, nel caso della lesione di beni particolarmente meritevoli di protezione.

Lo sfavore mostrato dalla scienza giuridica francese per la *stipulation pour autrui tacite* ha trovato ulteriore riscontro nelle riforme legislative che hanno interessato gran parte dei settori nei quali aveva trovato applicazione. Tuttavia, se si prescinde dal dato quantitativo, tra il *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* ed il suo omologo d’oltralpe è possibile rilevare qualche analogia. Entrambi gli istituti sono di origine giurisprudenziale e assumono una forte connotazione strumentale e rimediabile, nella misura in cui offrono una tutela (contrattuale) più vantaggiosa per il danneggiato, allorché il regime della responsabilità aquiliana appare, sotto qualche profilo, «inadeguato»²⁵²: perché manca del tutto una tutela delittuale o perché la responsabilità contrattuale risulta più favorevole, per la vittima, di quella extracontrattuale. Mentre il contratto con effetti di protezione per terzi, in Germania, ha esteso l’area dei danni risarcibili, permettendo alle Corti di riparare, mediante l’espansione, di là dal contratto, della responsabilità contrattuale, eventi dannosi che avrebbero rischiato di rimanere sforniti di ogni tutela delittuale (si pensi, ad es., ai cc.dd. danni meramente economici, ai danni da *culpa in contrahendo* e da contratti nulli, ai danni da inesatte informazioni, ecc.), sulla base dell’idea che debba essere proprio il contratto, e non la responsabilità delittuale, «il tipico strumento di salvaguardia degli interessi patrimoniali»²⁵³; la *stipulation pour autrui tacite* ha consentito alle Corti francesi, pur in presenza di una tutela delittuale comunque esperibile ai sensi dell’art. 1382 *code*

²⁵⁰ In questi termini, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Verso un “diritto comune” della responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 15.

²⁵¹ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 38 e p. 222 ss. e *passim*.

²⁵² M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali*, cit., p. 162.

²⁵³ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 576.

civ., di applicare il regime di responsabilità oggettiva contrattuale conseguente all'inadempimento di un'obbligazione determinata di *sécurité* e, quindi, di far beneficiare il danneggiato/creditore di un rimedio ben più favorevole di quello delittuale fondato sulla prova (quasi sempre "diabolica") della *faute*. Ma anche là dove l'obbligazione di *sécurité* verrà considerata, al di fuori del contratto di trasporto, come obbligazione "di mezzi" o di diligenza, la qualificazione, talvolta tacita, in termini di «obligations de moyens renforcées» e «obligations de résultat atténuées»²⁵⁴ consentirà il ricorso a presunzioni di responsabilità e al meccanismo dell'inversione dell'onere della prova²⁵⁵, con la conseguenza di estendere al danneggiato un regime decisamente più favorevole di quello previsto dalla responsabilità delittuale per colpa. Non va sottaciuto, però, come anche nell'esperienza tedesca, la contrattualizzazione del rapporto, anche nei confronti di "terzi", abbia assolto alla precipua funzione di garantire al danneggiato l'applicazione di una disciplina di responsabilità "oggettiva" ben più vantaggiosa (§ 278 BGB) di quella prevista in tema di responsabilità delittuale (§ 831 BGB) e di estendere la tutela anche avverso il fatto degli ausiliari indipendenti²⁵⁶. Un ulteriore vantaggio per la vittima è stato riscontrato anche in ordine all'onere della prova poiché, mentre in ambito extracontrattuale esso «grava in linea di principio sul creditore»²⁵⁷, nel caso della responsabilità contrattuale è il debitore che deve dare la prova di non dover rispondere dell'inadempimento (§ 280, comma 1, BGB). Anche in Italia, l'estensione della responsabilità contrattuale – sia pure in ambiti ben più limitati di quanto accaduto nelle esperienze tedesca e francese – ha fatto beneficiare la vittima/creditore, nell'ambito dei «c.d. contratti di protezione»²⁵⁸, dell'inversione dell'onere della prova conseguente al "principio di vicinanza"²⁵⁹ alla stessa, rafforzando la tutela del danneggiato rispetto alla disciplina generale in tema di illecito de-

²⁵⁴ Cfr. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., pp. 517 e 519 ss.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, Paris, VI éd., 1998, p. 419; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, VI éd., 1996, p. 452; C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome 3, *Les obligations. Le contrat*, Paris, IV éd., 1998, p. 626.

²⁵⁵ Sul punto, si rinvia a M. FEOLA, *o.u.c.*, p. 339 ss.

²⁵⁶ C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale"*, cit., p. 2 e p. 3.

²⁵⁷ C.-W. CANARIS, *o.u.c.*, p. 3.

²⁵⁸ Così Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 30.

²⁵⁹ Per tutte, Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 791 s.

littuale. Malgrado la recente riforma della responsabilità sanitaria abbia ricollocato in ambito extracontrattuale la responsabilità del singolo operatore sulla base del principio della colpa (art. 2043 c.c.), sia esso dipendente o «non dipendente della struttura» nella quale opera (art. 7 l. 8 marzo 2017, n. 24), con ciò ponendo in discussione la controversa teoria del «contatto sociale» quanto meno con riguardo anche agli altri ausiliari del debitore (art. 1228 c.c.), la responsabilità della struttura sanitaria permane una responsabilità oggettiva contrattuale²⁶⁰ che, anzi, è rafforzata dalla previsione dell'obbligo (sia pur unilaterale) di assicurazione e dalla proponibilità dell'azione diretta nei riguardi dell'assicuratore, là dove il tentativo obbligatorio di conciliazione non si concluda nel termine prescritto.

L'esigenza di fornire alla vittima una tutela maggiormente vantaggiosa sembra, quindi, la principale ragione che ha spinto le Corti, sia in Francia, sia in Germania, sia in Italia, ad estendere gli effetti di protezione del contratto a rapporti che altrimenti sarebbero stati soggetti alla disciplina della responsabilità delittuale per colpa. Tale intendimento, d'altronde, è chiaramente espresso, in Francia, nelle stesse sentenze *leader* del 1911 e del 1913 e nell'appassionato commento del Procuratore Generale Luis Sarrut; in Germania, nella stessa evoluzione che ha riguardato la teoria degli obblighi di protezione e la sua espansione ai terzi estranei al contratto; in Italia, nelle medesime argomentazioni che le Sezioni Unite hanno posto a fondamento della responsabilità contrattuale, con riferimento all'inversione dell'onere della prova (che grava sul debitore, anche nel caso di inesatto adempimento) e, soprattutto, al mutamento del suo oggetto (caso fortuito e forza maggiore). Non è da escludere, però, che una «simile trasposizione della responsabilità nel contratto» possa aver trovato ulteriore fondamento, nel diritto d'oltralpe, nell'esigenza di evitare la breve prescrizione triennale alla quale doveva sottostare l'azione civile nascente da *délit* che rivestiva anche carattere penale (art. 638 *Code instr. crim.*)²⁶¹; in Italia, nella volontà della Cassazione di consentire comunque la riparazione del danno ad un fanciullo nato malformato a causa di una condotta commissiva negligente del ginecologo, in presenza dell'avvenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno in via extracontrattuale²⁶².

²⁶⁰ In argomento, M. FEOLA, *o.u.c.*, p. 366.

²⁶¹ P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 78 e p. 128.

Con la *Schuldrechtsmodernisierung* il diritto tedesco ha smussato le principali differenze rispetto ai diritti dell'area francese, i quali hanno sicuramente tratto vantaggio da un illuminato modello legale che, a distanza di oltre duecento anni, continua a garantire un eccellente equilibrio tra le responsabilità contrattuale e delittuale. L'evoluzione, coronata nella riforma del 2002, di un lungo e complesso itinerario dottrinale e giurisprudenziale, ha eliminato alcuni elementi di divergenza tra i modelli francese e tedesco, favorendo l'idea di una possibile armonizzazione delle regole, quanto meno in materia di inadempimento e di responsabilità contrattuale. L'atteggiamento cauto del legislatore tedesco della riforma verso il contratto con effetti protettivi per terzi, anche in virtù del suo utilizzo "abusivo" in caso di interessi discordanti e/o contrapposti, potrebbe condurre ad un allineamento tra le esperienze francese e tedesca, caratterizzate oggi entrambe dalla valorizzazione degli obblighi di protezione e di *sécurité* all'interno, più che all'esterno del rapporto obbligatorio. Tuttavia le differenze appaiono evidenti riguardo alla qualificazione, in termini di responsabilità ora contrattuale ora delittuale, degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi. Mentre il *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* rappresenta il principale strumento di estensione della responsabilità contrattuale nei confronti di terzi; nel diritto francese, la giurisprudenza ha progressivamente abbandonato la *stipulation pour autrui tacite* e, pur tra le critiche della dottrina e le proposte di riforma, è propensa a qualificare come extracontrattuale la responsabilità nei riguardi del terzo (nell'ambito di una generale "responsabilità delittuale da inadempimento"), per quanto riguarda sia i *groupes de contrats*, sia la più generale "opponibilità" degli effetti del contratto *à l'égard des tiers*.

Abstract

Dopo aver esaminato il ruolo che le teorie delle violazioni positive del contratto e degli obblighi di protezione hanno assunto nell'evoluzione del moderno diritto tedesco dei rapporti obbligatori, l'indagine si sofferma sul problema degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi, anche alla luce della *Schuldrechtsreform* del 2002. Dal confronto tra i principali diritti continentali emerge la funzione rimediabile degli istituti con i quali le Corti europee hanno esteso gli effetti di protezione del contratto a terzi, consistente

²⁶² Cass., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, I, 1994, c. 557 s.

nell'esigenza di fornire alla vittima una tutela (contrattuale) maggiormente vantaggiosa di quella delittuale, al fine sia di espandere l'area dei danni risarcibili tutelando interessi non protetti ai sensi della responsabilità extracontrattuale, sia di applicare un regime di imputazione della responsabilità più favorevole (sotto i profili dell'onere della prova e del suo oggetto) rispetto alla disciplina della responsabilità delittuale per colpa. In Francia, la *stipulation pour autrui tacite* ha consentito di estendere al terzo (spesso, una *victime par ricochet*) il regime di responsabilità oggettiva contrattuale conseguente all'inadempimento di un'obbligazione di *sécurité* "di risultato". In Germania la dottrina degli obblighi di protezione e il pur controverso itinerario del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* hanno permesso sia di rimediare alle incongruenze del BGB in tema di responsabilità degli ausiliari (anche indipendenti) "nell'adempimento" e "nell'attività" (§§ 278 e 831 BGB), sia di invertire l'onere della prova a vantaggio del creditore e/o del terzo vittime del danno (§ 280, comma 1, BGB), sia di proteggere rapporti che altrimenti sarebbero risultati sforniti di una tutela extracontrattuale (ad es., danni meramente economici, danni da *culpa in contrahendo* e da contratti nulli, danni da inesatte informazioni, ecc.), sulla base della convinzione che debba essere proprio il contratto – e non la responsabilità delittuale – il tipico strumento di protezione degli interessi patrimoniali. Ma la "contrattualizzazione" della responsabilità nei riguardi di terzi non si rivela un fenomeno univoco e incontrovertibile, dipendendo da una serie di variabili e di caratteristiche strutturali che connotano un diritto in un determinato momento storico. La scienza giuridica francese, tendenzialmente fedele al principio *de l'effet relatif des contrats* (sia pure sulla base del consueto rapporto tra regola ed eccezione), dopo aver drasticamente ridimensionato la *stipulation pour autrui tacite*, si caratterizza per un collegamento sistematico con le regole della responsabilità extracontrattuale e sembra propendere, nei riguardi dei terzi, pur tra le critiche della dottrina e le proposte di riforma, per una forma di responsabilità delittuale da inadempimento anche nel settore dei *groupes de contrats*. Tuttavia, più che a una rigida partizione ispirata alle fonti dell'obbligazione, nel ricostruire gli itinerari della responsabilità civile sulla base di una regola di equivalenza e/o di fungibilità tra le soluzioni contrattuale o delittuale sembra opportuno ispirarsi, pragmaticamente e in concreto, ai diversi modelli d'imputazione, sulla base di un "diritto comune" che, soprattutto in taluni ambiti, dalla colpa conduce alla responsabilità oggettiva e all'assicurazione obbligatoria. Se si esamina il diritto delle obbligazioni sotto questo profilo, anziché sotto l'aspetto, tradizionale, delle fonti, la summa divisio è non più tra le responsabilità delittuale e contrattuale, bensì tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa, nella consapevolezza della persistenza di regimi intermedi che coinvolgono, parallelamente, sia il torto sia il contratto.

After looking at the role played by the theories of *positiven Vertragsver-*

letzungen and protective obligations within the evolution of contemporary German law system on obligatory relationships, this paper focuses on the issue of the effects of contractual protection for third parties – which constitutes an immediate consequence of the German *Schutzpflichten* category – also in view of the 2002 *Schuldrechtsreform*. By comparing the main Continental law systems, it emerges that French law – tendentiously close to the principle behind *l'effet relatif des contrats* – is characterised by systematic links with the rules of delictual liability. In German law, by contrast, the theory of protective obligations and, not least, the controversial views about *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* have made it possible to maintain the traditionally typified system of delictual liability (§§ 823 e 826 BGB) and to remedy inconsistencies posed by the German Civil Code in matters of liability falling upon auxiliaries for «performance duty» and «activities» (§§ 278 e 831 BGB). Not only this, but they have also made it possible to look out for unprotected interests under the rules of delictual liability – such is, for instance, economic damages, damage arising from *culpa in contrahendo* or void contracts, damage resulting from inaccurate information, and so on. This is based on a strong belief that contractual relations rather than delictual liability itself should provide the typical instrument to safeguard economic interests. Yet, the need for «contractualization» to face up to liability falling upon third parties does not just prove to be a straightforward and incontestable phenomenon; rather, it is subordinate to a number of physiognomic variables and circumstances that provide a given system of law with its own features at a particular point in time. Following sharp adjustment of the *stipulation pour autrui tacite* principle even through existence of violated obligations of *sécurité*, French legal theorists now seem to be inclined toward a type of delictual liability arising from unperformed duties of third parties in the area of *groupes de contrats* as well. But this is not the end of the matter. More than just a rigid partition drawn upon the sources of legal obligations, the body of French case law does seem to get inspiration from several distinct models of imputable liability in pragmatic and concrete fashion, while still depicting the forms of contractual liability vs. delictual liability. The reason for this lies in the idea of «ordinary law» which provide for fault-based liability to actually move to objective liability and obligatory insurance under specific circumstances. If we examine the law of obligations from this crucial perspective rather than simply from the traditional perspective of regulatory sources, then the *summa divisio* will no longer amount to delictual liability as opposed to contractual liability, but rather to objective liability as opposed to fault liability, thus raising awareness over the persistence of intermediate frameworks in which both tort and contract liability are involved hand in hand.