

STUDI IN ONORE
DI
PASQUALE STANZIONE

TOMO III



Edizioni Scientifiche Italiane

Opera pubblicata con il patrocinio e con il contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche (Scuola di Giurisprudenza), del Dottorato in Scienze giuridiche e della Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università degli studi di Salerno; della Fondazione Cassa di risparmio salernitana; del CERSIG - Centro di ricerca sulle scienze giuridiche della Link Campus University di Roma; dell'Unione giuristi cattolici della Archidiocesi di Salerno.

In copertina:

Laurentius de Voltolina, *Il Collegio di Enrico di Allemagna*, ultimo folio del *Liber ethicorum di Fra Henricus de Allemania*, Bologna, seconda metà del XIV sec.

Berlino, Kupferstichkabinett - Staatliche Museen zu Berlin, manoscritto miniato, inv. min. n. 1233.

Foto: Joerg P. Anders. © 2019. Foto Scala, Firenze/bpk, Bildagentur fuer Kunst, Kultur und Geschichte, Berlin.

Studi in onore di Pasquale Stanzone – Tomo III

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018

pp. XIV+794; 24 cm

ISBN 978-88-495-3703-1

© 2018 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

TOMO I

<i>Pasquale Stanzione, maestro e guida</i>	p.	XV
di SALVATORE (RINO) SICA		
<i>Curriculum vitae</i>	»	XVII
BARBATO TINO IANNUZZI		
<i>Pasquale Stanzione giurista</i>	»	1

TEORIA GENERALE E SISTEMI

GUIDO ALPA		
<i>CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto</i>	»	15
BIAGIO ANDÒ		
<i>Creatività giudiziale e giurisprudenza costante in un (micro) sistema ibrido: il caso della Louisiana</i>	»	27
GABRIELLA AUTORINO		
<i>La comparazione come fonte del diritto tra scienza e conoscenza</i>	»	55
VITTORIA BARSOTTI		
<i>Lo stile italiano della giustizia costituzionale: luci e ombre</i>	»	75
FRANCESCA BENATTI		
<i>La legittimità delle Corti supreme nell'età della globalizzazione</i>	»	87
GIOVANNI CANZIO		
<i>Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione</i>	»	99
FRANCESCO D'AGOSTINO		
<i>L'ecologia integrale. Riflessioni giuridiche preliminari</i>	»	109
GIUSEPPE DALLA TORRE		
<i>Noterelle in tema di erezione di pie fondazioni autonome</i>	»	115

ANTONIO GAMBARO Rule-based approach vs. Range of factors approach. <i>Note sui criteri con cui affrontare temi giuridici controversi</i>	p.	123
GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE <i>Metodo scientifico e funzioni del diritto nella società attuale: dalla causalità alla correlazione?</i>	»	137
NATALINO IRTI <i>Per una concezione normativa dell'autonomia privata</i>	»	177
LUIGI LABRUNA <i>Il percorso di giurista di Francesco Lucarelli</i>	»	185
FRANCESCO LUCREZI <i>La voce del collazionatore</i>	»	193
PIERLUIGI MATERA <i>It is Winter in Delaware for merger litigation. And it might be Autumn for Delaware's dominance</i>	»	207
ANTONELLO MIRANDA <i>Lo stingimento delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni</i>	»	225
PIER GIUSEPPE MONATERI <i>L'ambiguità di legge e costume</i>	»	239
BARBARA PASA <i>Traduzioni giuridiche e mutamento dei paradigmi nazionali</i>	»	249
FILIPPO PATRONI GRIFFI <i>La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali</i>	»	271
PIETRO PERLINGIERI <i>Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione</i>	»	283
GIOVANNI MARIA RICCIO <i>Crowdfunding & Art (Bonus): analisi comparatistica e proposte di riforma legislativa</i>	»	305
FERRUCCIO MARIA SBARBARO <i>Equilibri di governance nelle società quotate tra shareholder activism e antitakeover devices</i>	»	319
SANDRO SCHIPANI <i>Fondamenti romanistici e diritto cinese (Un «tempo dei giuristi»: riflessioni sull'accrescimento del sistema)</i>	»	327
ALESSANDRO SOMMA <i>Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico</i>	»	359

BRUNO TROISI <i>La fallacia dei luoghi comuni</i>	p. 383
ERSILIA TROTTA <i>L'armonizzazione dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sotto il paradigma del principio di non discriminazione</i>	» 403

PERSONA E FAMIGLIA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES, SONIA LIDIA QUEQUEJAN MAMANI <i>Los fundamentos jurídicos del derecho a la identidad personal</i>	» 415
VALENTINA BARELA <i>Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale</i>	» 423
FRANCESCO DONATO BUSNELLI <i>«Vite nascenti» e storie di «calvari» vecchie e nuove</i>	» 449
VINCENZO CARBONE <i>Il disconoscimento di paternità da parte del padre biologico</i>	» 469
GIANPIERO PAOLO CIRILLO <i>Profili pubblicistici della famiglia</i>	» 487
VIRGILIO D'ANTONIO <i>Oblio e cancellazione dei dati nel diritto europeo</i>	» 493
AMALIA CHIARA DI LANDRO <i>La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Rifles- sioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave</i>	» 513
ANGELA DI STASI <i>La nozione giuridica di «embrione umano» nel judicial dialogue tra Corti internazionali</i>	» 539
GILDA FERRANDO <i>Genitori e figli nelle unioni civili</i>	» 557
GIUSEPPE FRANCO FERRARI <i>Lo statuto costituzionale del non cittadino</i>	» 585
GIUSEPPE GIAIMO <i>Natura e caratteristiche del consenso al prelievo di organi e tes- suti da cadavere. Un raffronto tra Italia ed Inghilterra</i>	» 599

- VITULIA IVONE, CATERINA MIRAGLIA
La protección jurídica del menor en España: el derecho a ser escuchado p. 629
- OLINDO LANZARA
Profili patrimoniali dell'unione civile » 645

TOMO II

- EVA LECCESE
Capacità e neuroscienze cognitive: un dialogo con il Prof. Stanzone » 673
- GASPARE LISELLA
Nuova disciplina della filiazione e usufrutto legale dei genitori » 697
- FRANCESCO MANCUSO
Vulnerabilità e persona: la malattia mentale e le tutele giuridiche » 719
- MARIA ROSARIA MARELLA
«Love Will Tear Us Apart». Some Thoughts on Intrafamilial Torts and Family Law Modernization Between Italy and Canada » 731
- SILVIO MAZZARESE
Capacità, status e tutela della persona nell'iterazione dai modelli sociali ai modelli giuridici della famiglia: il «diritto alla famiglia» e le formazioni familiari «in cerca d'autore» » 761
- LUIGI NONNE
La risoluzione del contratto (tipico) di convivenza: una lettura sistematica » 793
- ROSANNA PANE
Comunità familiari tra matrimonio, unione civile e convivenza » 825
- FRANCESCA MARIA PANUCCIO DATTOLA
Il diritto dei nonni: una lettura fra atti di sentimento e dovere di contribuzione » 839
- FERDINANDO PARENTE
I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto » 851
- ANNAMARIA GIULIA PARISI
La realtà giuridica delle unioni civili alla luce dei decreti attuativi della l. 20 maggio 2016, n. 76 » 863

ORAZIO FRANCESCO PIAZZA <i>Persona e «dimensione relazionale» nella postmodernità. Una traccia di lettura</i>	p.	907
GISELLA PIGNATARO <i>Cognome familiare e cittadinanza europea tra identità ed autoregolamento</i>	»	923
LILIANA ROSSI CARLEO <i>Diritto del minore di crescere in famiglia tra realtà sociale e regolamentazione</i>	»	961
FRANCESCO RUSCELLO <i>Potere di amministrazione dei beni del minore e rimozione di uno dei genitori dall'amministrazione</i>	»	969
LIVIA SAPORITO <i>La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio</i>	»	983
ANDREA SASSI <i>La discendenza tra paidocentrismo e diritti fondamentali</i>	»	1005
VINCENZO SCALISI <i>Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto</i>	»	1025
MICHELE SESTA <i>Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva</i>	»	1051
GIOVANNA STANZIONE <i>Processo penale e dignità dell'uomo. Profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica</i>	»	1065
MARIA GABRIELLA STANZIONE <i>Omogenitorialità, adozione coparentale e interesse del minore</i>	»	1097
CLAUDIA TROISI <i>Diritti e doveri nelle unioni civili</i>	»	1123
GIUSEPPE VECCHIO <i>I giovani e la politica. Appunti sul regime di partecipazione ai partiti degli infradiciottenni</i>	»	1145
FILIPPO VIGLIONE <i>We the family: il significato della tradizione nel disegno giurisprudenziale della famiglia americana</i>	»	1173

VIRGINIA ZAMBRANO

Le neuroscienze, la capacità e la radiografia della macchina del pensiero successioni

p. 1193

SUCCESSIONI

SILVIA DÍAZ ALABART

El testamento olografo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones

» 1227

ILARIA FERLITO

Clausola di diseredazione e sistema di tutele del legittimario "Storie di illusioni e verità rovesciate"

» 1243

GIOVANNI PERLINGIERI

Possesso, rinuncia e acquisto ex lege dell'eredità

» 1273

VINCENZO VERDICCHIO

Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)

» 1299

PROPRIETÀ

DOMENICO APICELLA

La proprietà intellettuale: profili comparatistici

» 1335

GUIDO BISCONTINI

Equo indennizzo e valore di mercato del bene espropriato: considerazioni a margine della funzione sociale della proprietà

» 1361

TOMO III

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

LUIGI BALESTRA

Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità

» 1387

NICOLA BRUTTI

Metamorfosi del diritto di rettifica: rilievi sull'esperienza francese

» 1403

PAOLO L. CARBONE <i>Contratti collegati, aliud pro alio, causa concreta: uno slancio verso il futuro o un ritorno al passato?</i>	p. 1427
ANTONINO CATAUDELLA <i>Nota breve sulla struttura della simulazione relativa</i>	» 1461
ANTONIO CATRICALÀ <i>Contratti per adesione e contratti dei consumatori</i>	» 1471
NICOLA CIPRIANI <i>Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119</i>	» 1481
MAURIZIO D'ORTA, CARLO D'ORTA <i>The guarantor's consumer protection introduced by Directive N. 93/13 EEC</i>	» 1505
GIUSEPPE FAUCEGLIA <i>La comunità dei creditori nel concordato preventivo e la regola della maggioranza</i>	» 1521
ROCCO FAVALE <i>Conclusione del contratto fra i modelli europei</i>	» 1531
CARLO GRANELLI <i>Autonomia privata e intervento del giudice</i>	» 1559
EMANUELA MIGLIACCIO <i>La par condicio creditorum, oggi</i>	» 1577
FRANCESCA NADDEO <i>Remissione del debito e volontà del debitore</i>	» 1597
STEFANO PAGLIANTINI <i>Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?</i>	» 1615
ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, MARIA FEOLA <i>Rapporto obbligatorio e tutela del terzo</i>	» 1633
VITO RIZZO <i>Itinerario e nuove vicende della "trasparenza" (con particolare riguardo ai "contratti del consumatore", al settore assicurativo e finanziario)</i>	» 1675
GIOVANNI SCIANCALEPORE <i>I limiti funzionali del trust</i>	» 1699
PIETRO SIRENA <i>Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo</i>	» 1715

RESPONSABILITÀ CIVILE

- ENRICO AL MUREDEN
I punitive damages tra limiti del diritto interno e apertura delle Sezioni unite p. 1737
- ERMANNIO CALZOLAIO
La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Spunti per una comparazione » 1755
- SALVATORE CASABONA
La responsabilità civile contro il terrorismo internazionale: prime valutazioni sul Justice against Sponsors of Terrorism Act 2016 » 1773
- CRISTIANO CICERO
La presunta eclissi della responsabilità medica da contatto sociale » 1785
- ARIANNA FUSARO
Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto » 1805
- MARIASSUNTA IMBRENDA
La responsabilità notarile nella ermeneutica delle giurisdizioni superiori fra obbligazioni civili e tutela della fede pubblica » 1825
- BARBARA MARUCCI
La responsabilità precontrattuale » 1853
- BRUNO MEOLI
Adeguatezza dell'assetto organizzativo e responsabilità della struttura sanitaria alla luce della legge "Gelli-Bianco" » 1881
- ENRICO MOSCATI
La nuova responsabilità sanitaria. Prime impressioni di un civilista sull'art. 7 della legge Gelli/Bianco » 1903
- GIULIO PONZANELLI
Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno » 1927
- SALVATORE SICA
La responsabilità precontrattuale » 1933

RIMEDI E GARANZIE

- ROBERTO CARLEO
L'arbitro bancario finanziario: anomalia felice o modello da replicare? » 1949

DIEGO CORAPI <i>L'art. 83 bis l. fall. e gli effetti del fallimento sul patto compromissorio e sull'arbitrabilità della lite</i>	p. 1967
PASQUALE DE LISE <i>Il giudice amministrativo e la tutela della concorrenza</i>	» 1977
FRANCESCO DE SANTIS <i>Impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto e "stabilità" della clausola arbitrale</i>	» 1989
TOMMASO EDOARDO FROSINI <i>La giustizia sportiva italiana e comparata</i>	» 2007
LUIGI IANNICELLI <i>L'emanazione ufficioso dei provvedimenti sanzionatori-risarcitori in controversie relative a responsabilità genitoriale e rispetto delle modalità di affidamento</i>	» 2021
CARLO MAZZÙ <i>Tecniche di tutela degli interessi individuali emergenti nella dialettica tra Stato e mercato</i>	» 2031
GAETANA NATALE <i>Gestione di affari altrui</i>	» 2047
DANIELA NOVIELLO <i>La problematica classificazione della mediazione (e dell'arbitrato irrituale) nel quadro degli strumenti di ADR</i>	» 2067
SALVATORE PATTI <i>L'onere della prova nell'arbitrato internazionale</i>	» 2085
ANTONIO SCARPA <i>Interesse collettivo condominiale ed interessi individuali nell'uso e nella gestione delle parti comuni</i>	» 2095
PAOLO TROISI <i>La tutela del terzo titolare di diritti sui beni oggetto di sequestro e confisca nel procedimento penale</i>	» 2105
ISABEL VIOLA DEMESTRE <i>El artículo 39 de la Directiva 2014/17/UE y los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios sobre créditos hipotecarios en España</i>	» 2143
<i>Autori</i>	» 2167

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, MARIA FEOLA

Rapporto obbligatorio e tutela del terzo*

1. Il ruolo dell'analisi storicistico-comparativa e del sistema dei rimedi nello studio del rapporto obbligatorio. – 2. La “connessione” funzionale delle obbligazioni di *sécurité* alla prestazione. La contrapposizione in Francia e Germania tra le concezioni pluralistica e unitaria dell'obbligazione. – 3. Il carattere rimediabile delle obbligazioni di *sécurité* e degli obblighi di protezione. – 4. La partizione tra obblighi di prestazione e di protezione e l'adozione di un metodo ispirato alla scelta del rimedio (risarcitorio o in forma specifica) in concreto esigibile. – 5. Una caratteristica notevole del diritto tedesco: il fenomeno dell'espansione degli effetti di protezione del contratto nei riguardi di terzi. – 6 *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». – 7. 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. – 8. La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania: la ricezione degli obblighi di protezione e la sorte del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. – 9. L'osservanza, in Francia, del principio *de l'effet relatif des contrats* e l'“opponibilità” degli effetti del contratto nei riguardi di terzi. – 10. La teoria dei *groupes de contrats*. La preferenza della giurisprudenza per una responsabilità delittuale da inadempimento. – 11. Il confronto fra le esperienze tedesca, francese e italiana. La comune funzione rimediabile: estensione dell'area dei danni risarcibili e imputazione di un modello di responsabilità (contrattuale) più favorevole per il danneggiato.

1. Nell'esordio della sua pregevole indagine dedicata alle situazioni creditorie meramente potestative¹, Pasquale Stanzone aveva rilevato, fin dagli inizi degli anni '80, come l'obbligazione avesse rappresentato fino ad allora, in Italia, il campo di elezione della dogmatica giuridica e del correlato mito della neutralità del diritto. A fronte di ricostruzioni che, esaurendo l'indagine nel solo profilo strutturale, avevano finito col costruire il rapporto obbligatorio come «categoria storica», neutrale, «sempre eguale a sé stessa»², separata dagli atti e fatti che a volta a volta ne costituiscono la fonte, si proponeva di recuperare la

* Antonino Procida Mirabelli di Lauro è autore, in via esclusiva, del testo e delle note dei §§ 1-4. Maria Feola è autrice, in via esclusiva, del testo e delle note dei §§ 5-11 di questo contributo.

¹ P. STANZONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Camerino-Napoli, 1982, *passim*.

² Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 415; e già, *Id.*, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990.

consapevolezza della storicità del problema, anche sulla base di una valutazione di tipo funzionale e di una prospettiva dinamica e relazionale ispirate ad esigenze di socialità e di solidarietà. Nell'ambito di un'idea di obbligazione intesa «come rapporto unico»³, il controllo e la valutazione di meritevolezza dovevano essere «effettuati nel caso concreto, tenendo conto della specifica funzione che svolge un certo istituto e del singolo regolamento apprestato per un determinato rapporto»⁴. Il superamento delle visioni che continuavano a privilegiare il solo aspetto strutturale richiedeva sia la riformulazione della «stessa nozione tradizionale di situazione giuridica» quale «centro più o meno complesso d'interessi»⁵; sia l'approfondimento del profilo funzionale del rapporto obbligatorio, là dove «si configura come norma, regolamento, disciplina che postula l'avvenuta composizione di un conflitto d'interessi»⁶. Da qui «l'abbandono della tendenza astrattizzante» e «il fondamentale rilievo attribuito al collegamento tra struttura e funzione» che «se giustifica più agevolmente – anzi, richiede – il ricorso ad un esame complessivo del rapporto, non si esaurisce però in una mutua e meccanica implicazione tra i due profili»⁷.

Questo insegnamento, da un lato, postula l'idea dell'obbligazione come rapporto⁸ e richiama esplicitamente il termine *Schuldverhältnis* usato scientemente dal BGB in luogo della tradizionale nozione di *Obligation*. Dall'altro, invita alla sperimentazione di un'analisi comparativa di tipo storicistico che abbia ad oggetto non soltanto il problema delle fonti, quanto il complessivo sistema dei rimedi⁹ previsti da ciascun ordinamento. In tal senso, la pubblicazione di uno dei più celebri saggi della letteratura tedesca del XX secolo¹⁰ ha arricchito ulteriormente l'itinerario dedicato alla ricostruzione degli orientamenti che hanno pensato il rapporto obbligatorio come struttura complessa, già intrapreso con

³ P. STANZIONE, *Le obbligazioni: nozione, struttura, caratteri*, in G. AUTORINO STANZIONE, B. MEOLI, A. SATURNO, G. SCIANCALEPORE, S. SICA, P. STANZIONE, *Diritto privato. Lineamenti istituzionali*, Torino, 2003, p. 157.

⁴ P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Camerino-Napoli, 1982, p. 17.

⁵ P. STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 35. Più ampiamente, ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 67 ss.

⁶ P. STANZIONE, *op. loc. ult. cit.*

⁷ P. STANZIONE, *op. loc. ult. cit.*

⁸ Per tutti, 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.

⁹ Anche se con un diverso approccio, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, *passim*.

¹⁰ La traduzione del contributo di HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320, introduce il volume intitolato *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016; *ivi* i saggi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, di M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*.

la traduzione della “scoperta”¹¹, ad opera di Hermann Staub, delle *Grundlagen* delle violazioni positive del contratto¹² e del più controverso lavoro di Günter Haupt sui rapporti contrattuali di fatto¹³. Non a caso il contributo ha ad oggetto proprio la critica *von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung* ma, piuttosto che provocarne il commiato (*Abschied*), contribuirà alla sua imperitura affermazione. La storia attribuirà ad Heinrich Stoll il merito di aver ideato la dottrina degli obblighi di protezione, anche se non può essere sottovalutato l'essenziale contributo che a tale tema era stato già dato da Hugo Kress¹⁴ e da altri Autori che, interpretando il pensiero di Rudolf von Jhering¹⁵, avevano pensato di costruire il rapporto obbligatorio come *Organismus*¹⁶, *konstante Rahmenbeziehung*¹⁷ o «rapporto cornice».

Proprio da tali suggestioni parte questa riflessione che, più che essere imperniata sul pensiero di Heinrich Stoll, cercherà di porre in evidenza alcuni dei passaggi più problematici che i temi degli obblighi di protezione e degli effetti del contratto rispetto a terzi pongono oggi all'attenzione della scienza giuridica.

Come testimoniano, con ampiezza di dati, gli studi in materia, queste idee nascono nella dottrina tedesca e, forse ancor prima, in quella francese¹⁸, per poi evolvere in una circolazione transnazionale di modelli che condizionerà, negli ultimi anni, il diritto italiano. L'aver riproposto, nell'ambito della nostra esperienza, le idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca dello scorso secolo, ma per risolvere problemi del tutto peculiari di quel diritto, ha spinto la nostra giurisprudenza a recepire quelle idee, al punto da porre in discussione, da un lato, la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fon-

¹¹ Così, H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, p. 1 ss.

¹² H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, trad. it. di G. Varanese, *Presentazione* di R. Favale, Napoli, 2001.

¹³ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012. Tra le opere più recenti è opportuno segnalare le traduzioni del saggio di C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss., ID., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*, *ivi*, 1983, p. 793 ss., ad opera di A. di Majo e di M.R. Marella, e del volume di K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti*, 3^a ed. con agg. a cura di A. di Majo, trad. it. a cura di E. Cigna, A. Gangemi, Milano, 2011.

¹⁴ H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

¹⁵ L'opinione è espressa da E. SCHMIDT, *Nachwort*, in occasione della ristampa dei contributi di R. VON JHERING sulla *Culpa in contrahendo* e di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H. Berlin-Zürich, 1969, p. 132. Sul punto, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

¹⁶ H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

¹⁷ F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 ss.

¹⁸ M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1883, p. 596 ss.; CH. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, pp. 95 ss., 118 ss.

dato sulla sola prestazione, dall'altro, gli stessi confini della responsabilità contrattuale. Però, talvolta, la ricezione travalica l'esatta fisionomia che il modello assume nell'ordinamento di provenienza. Ciò può essere accaduto proprio in ordine a tali temi, almeno per quella dottrina che ha rimproverato le nostre Corti di non aver compreso il reale significato che alcuni istituti di recente apparsi nel diritto italiano (il contatto "sociale" o "negoziale"¹⁹, il contratto con effetti di protezione per terzi²⁰, la responsabilità da affidamento ingenerato dallo *status* professionale²¹, la possibilità di generalizzare un rapporto obbligatorio senza prestazione²², ad es.) avevano assunto nei paesi d'origine.

Le diverse teorie elaborate in Germania e in Francia nel corso del XX secolo in tema di rapporto obbligatorio trovano la loro spiegazione nell'ambito delle peculiarità sistemiche dei due ordinamenti, con riferimento non soltanto ai problemi dell'inadempimento e del contratto, ma anche alla differente fisionomia (riguardo all'estensione dell'area dei danni risarcibili e ai modelli di imputazione) dei sistemi di responsabilità extracontrattuale. E ciò, non tanto per la consueta contrapposizione tra modelli atipici (art. 1382 *Code civil*) e modelli tipici (§ 823 ss. BGB) di responsabilità delittuale, quanto, soprattutto, per l'esistenza (in Francia e in Italia) di regole di responsabilità oggettiva delittuale (ad es., per i fatti della cosa e *d'autrui*: art. 1384, comma 1, *Code civil* e artt. 2051 e 2049 c.c. it.) che hanno reso più appetibile per la vittima tale regime di responsabilità rispetto ad un'estensione dell'obbligazione (se qualificata "di mezzi") e della conseguente responsabilità contrattuale²³.

2. In merito alle più significative differenze esistenti in materia di struttura del rapporto obbligatorio in Francia e in Germania si è rilevato²⁴ che le obbligazioni di *sécurité* si caratterizzano per una struttura essenzialmente *accessoria*, ovvero per l'essere pensate in quanto funzionalmente "connesse" rispetto ad un obbligo di prestazione. Da qui una sostanziale analogia di vedute con il pensiero di Heinrich Stoll espresso nell'*Abschied*²⁵, là dove giustifica la sussistenza di obblighi di protezione in presenza di un'obbligazione che è diretta alla «realizzazione dell'interesse alla prestazione», allo scopo di «salvaguardare la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per mezzo di

¹⁹ A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

²⁰ Sul punto, i rilievi di A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 113 ss., e di G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 169 ss.

²¹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 72 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 385 ss.

²² V. la critica di A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65 ss.

²³ M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 ss.

²⁴ Da M. FEOLA, *op. cit.*, p. 118 ss.

²⁵ Tuttavia, con riferimento alla relazione intercorrente tra affidamento e rapporto obbligatorio v. HE. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1934, p. 125.

questa»²⁶. Nel diritto francese, il dato della accessorietà è confermato dallo stesso lessico utilizzato dalla scienza giuridica: l'essere "di mezzi" o "di risultato" è una nozione che pertiene essenzialmente alla prestazione²⁷ e che l'obbligazione di *sécurité* acquisisce proprio in virtù del fenomeno di connessione funzionale, pur potendo esprimere una qualificazione diversa rispetto alla prestazione alla quale è collegata. Così, ad una prestazione che rappresenta l'oggetto di un'obbligazione "di mezzi" può risultare collegata un'obbligazione di *sécurité* che è "di risultato", la cui violazione dà luogo ad un regime di responsabilità ben più rigoroso di quello che discende dall'inadempimento dell'obbligo di prestazione. Ma l'esperienza d'oltralpe va anche oltre il dato della accessorietà poiché, soprattutto in talune ipotesi (ad es., obbligazione di «vegliare sulla sicurezza» di un soggetto affidato)²⁸, v'è, sovente, nella prassi, una tendenziale "immedesimazione" dell'obbligazione di *sécurité* con la prestazione. In questi casi l'obbligazione di *sécurité* sfuma dal versante della protezione per affermarsi in quello, preminente, della prestazione.

La verifica di queste asserzioni discende, altresì, dall'esame della struttura del rapporto obbligatorio del professionista sanitario. La scienza giuridica francese, fedele alla qualificazione in termini di obbligazione "di mezzi" sancita nell'*arrêt Mercier*²⁹, professata dalla giurisprudenza dominante e ribadita nell'art. L. 1142-1, comma 1, del *Code santé publ.*, ha distinto l'obbligo di prestazione da quello di protezione ogni qual volta il paziente sia stato vittima di un accidente medico subito «à l'occasion d'une activité d'investigations, de soins ou de traitements», anche al fine di «sapere se l'obbligazione accessoria di *sécurité* sia egualmente di mezzi o possa essere, in certi casi, di risultato»³⁰. Ebbene, la dottrina è unanime nell'affermare che il principio della responsabilità per colpa, che pur in certi casi involge l'idea della *faute virtuelle*, ovvero di quella *faute* «che si deduce *ipso facto* dal danno», perché «inclusa nel danno o indotta dal danno», conosce «due grandi eccezioni»³¹ in materia di infezioni nosocomiali e di danni causati da prodotti sanitari. Nel primo caso la legge di riforma (art. L. 1142-1, comma 2) ha confermato il precedente orientamento giurisprudenziale che aveva individuato, sia per le infezioni esogene, sia per quelle endogene, «un'obbligazione di *sécurité* di risultato dalla quale non ci si può liberare senza apportare la prova della *cause étrangère*»³². Tuttavia, accanto alla responsabilità oggettiva delle strutture sanitarie, la responsabilità del professionista sanitario è stata ricondot-

²⁶ HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 26.

²⁷ In questi termini, M. FEOLA, *op. cit.*, p. 120 ss.

²⁸ G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d'autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 771, nel commentare Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982.

²⁹ Cass., 20 mai 1936, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, 88, Rapp. L. Jossierand.

³⁰ Così, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité Dr. Civ.*, sous la direction de C. Larroumet, II éd., Paris, 2012, p. 894.

³¹ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, pp. 902 e 921, *ivi* la giurisprudenza cit.

³² M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, pp. 927 e 923.

ta comunque all'obbligazione di mezzi. Da qui la scelta della Cassazione «di integrare l'infezione nosocomiale nel contenuto dell'informazione che il medico deve al suo paziente» e il ritorno a una presunzione di *faute*³³. Anche in tema di danni causati dai prodotti sanitari la giurisprudenza «non aveva esitato a consacrare un'obbligazione di *sécurité* di risultato»³⁴. A seguito della riforma del 2002, la responsabilità «resta oggettiva e rappresenta un'eccezione, consacrata ormai dalla legge, al principio della responsabilità soggettiva in materia»³⁵. Ma qui «la minaccia avverso la giurisprudenza relativa all'obbligazione di *sécurité* di risultato»³⁶ proviene non tanto dalla riforma del 2002, quanto dalla legge relativa alla responsabilità per il fatto dei prodotti difettosi, che fa gravare sull'attore la prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra il difetto e il danno (art. 1386-9 *Code civ.*).

Il dato della necessaria "accessorietà" dell'obbligazione di *sécurité*, anche nella controversa materia della responsabilità sanitaria, appare una caratteristica notevole del diritto francese che affonda le sue radici nella tradizione giuridica di questo Paese. A differenza dell'esperienza tedesca, che proprio a seguito del contributo di Heinrich Stoll inizierà a individuare nell'ambito dell'obbligazione intesa come rapporto complesso obblighi (*recte*, doveri) di protezione nettamente distinti dalla prestazione; e a differenza di una parte della giurisprudenza italiana che, proprio sulla base di queste acquisizioni, si è allontanata dal modello d'oltralpe per allinearsi all'esperienza germanica; nel diritto francese, malgrado il termine *prestation* sia talvolta usato per indicare il contenuto e/o l'oggetto dell'obbligazione *strictement contractuelle*, la dottrina e la giurisprudenza dominanti non procederanno mai ad una nitida scomposizione della prestazione dalla *sécurité* all'interno di un medesimo rapporto obbligatorio, ma preferiranno discorrere di obbligazioni di *sécurité* che sono connesse alle altre obbligazioni «*strictement contractuelles*», le quali sole permettono di «*procurer au créancier un avantage déterminé, une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans contrat*»³⁷. Ecco che, pur comparando saltuariamente nella letteratura giuridica, il termine *prestation* non assume mai il senso di una contrapposizione con la *sécurité* all'interno di un unico rapporto obbligatorio a struttura complessa. Invece di sezionare l'oggetto di un unitario rapporto obbligatorio al fine di discernere l'obbligo (e l'interesse) di prestazione da quelli di protezione, l'obbligazione di *sécurité*, che è obbligazione *ex lege*, conserva una sua completa autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni "strettamente contrattuali" alle quali è funzionalmente connessa. Sulla base di questa concezione pluralistica delle obbligazioni, che in un certo senso si contrappone

³³ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 930.

³⁴ Lo riferisce M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 933.

³⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 942.

³⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 87 ss.

all'idea unitaria di rapporto obbligatorio a struttura complessa propria dell'esperienza tedesca, la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe si interessano essenzialmente di individuare criteri idonei a determinare la disciplina applicabile, in virtù della qualificazione dell'obbligazione di *sécurité* in termini "di mezzi" o "di risultato".

L'estensione dell'area dei danni risarcibili nell'ambito della sola responsabilità contrattuale attraverso la codificazione dell'obbligazione come rapporto complesso (§§ 241, comma 2 e 311 BGB), da un lato, risulta in linea con la tradizione, con lo stile e con le esigenze teoriche e pratiche dell'esperienza tedesca, così come si è andata evolvendo nel corso del XX secolo; dall'altro, ha consentito di conservare intatta la scelta originaria compiuta dal legislatore tedesco in tema di responsabilità delittuale. Se si rileggono alcune righe di Claus Wilhelm Canaris vergate alcuni decenni prima della riforma se ne ha una conferma inequivoca: «il riconoscimento di una tutela aquiliana generalizzata» porterebbe con sé «il rischio di uno "straripamento" della tecnica della responsabilità», perché «la cerchia degli aventi diritto al risarcimento minaccerebbe di allargarsi a dismisura»³⁸. L'esistenza, accanto alle regole di comportamento di ordine generale che sono proprie della responsabilità delittuale, di regole «a carattere particolare», espressione di una «più qualificata responsabilità», troverebbe fondamento nel fatto che «il "contatto" contrattuale determina una maggiore possibilità di incidenza sui beni e sugli interessi della controparte»³⁹. «Contratto e rapporto negoziale particolare» costituiscono «punti di riferimento adeguati per la costruzione di una tutela (generale) del patrimonio, in quanto, per loro natura, ne limitano la portata alla sfera del potenziale creditore (della prestazione risarcitoria), evitando con ciò il pericolo di un aumento incontrollato, ed in particolare, di un'esorbitante risarcibilità dei danni "indiretti"»⁴⁰.

Ecco spiegate, con vent'anni di anticipo, le ragioni e la congruenza sistematica della riforma⁴¹ con riferimento alle peculiarità del diritto tedesco. Proprio quest'ultimo dato ha indotto a contestare un'indiscriminata generalizzazione di queste soluzioni in ordinamenti (come quello italiano) che si caratterizzano per una diversa fisionomia strutturale e sistematica del modello di responsabilità delittuale⁴². E ciò non tanto per l'esistenza di una "clausola generale" che, sulla scia dell'insegnamento di Stefano Rodotà⁴³, le Sezioni Unite civili hanno a più

³⁸ C.W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 575.

³⁹ C.W. CANARIS, *op. ult. cit.*, pp. 572, 576.

⁴⁰ C.W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 576.

⁴¹ Sulla quale, G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 1 ss.

⁴² Tale argomento è sostenuto, oggi, soprattutto da M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss.

⁴³ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 107 ss., 183 ss. e 199 ss. Anche per le ulteriori citazioni bibliografiche, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss.

riprese riaffermato⁴⁴, quanto per la previsione di differenti regimi di imputazione della responsabilità delittuale (ad es., artt. 2051 c.c. e 1384, comma 1, *Code civil*) che prescindono dalla colpa e che, oltre ad invertire l'onere della prova, ne mutano l'oggetto⁴⁵.

3. Un altro aspetto che è stato posto nitidamente in evidenza⁴⁶ è quello del carattere *rimediale* dell'obbligazione di *sécurité-résultat*, tant'è che essa è definita come un'«obligation indemnitaire» con caratteristiche utilitarie e funzionali assai marcate⁴⁷. La nascita stessa dell'obbligazione di *sécurité* testimonia un'indiscutibile funzione *rimediale*, consistente nell'esigenza di tutelare il trasportato – in presenza di una lacuna del *Code Napoléon* (art. 1782 ss.) – mediante la previsione di un regime di responsabilità oggettiva contrattuale che esimesse il creditore della prestazione di trasportare dalla prova (diabolica) della *faute précise* richiesta, invece, dalla disciplina di diritto comune in tema di responsabilità extracontrattuale (art. 1382)⁴⁸. La successiva evoluzione della giurisprudenza in tema di trasporto confermerà questa tendenza. Ma poiché la qualificazione in termini “di mezzi”⁴⁹ dell'obbligazione del vettore di “prendere le misure di sicurezza” avverso gli *accidents de gare e de quai* non era altrettanto propizia per la vittima contraente, ingenerando anzi una disparità di trattamento⁵⁰ con il “terzo” (al quale si applicava la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'art. 1384, comma 1), con il caso Valverde⁵¹ la giurisprudenza procederà a “decontrattualizzare” il regime di responsabilità anche per il trasportato, sulla base dell'idea (già espressa nel caso “Caramello”)⁵² che può esservi un'obbligazione di *sécurité* (di risultato), e quindi una tutela contrattuale, soltanto durante l'esecuzione del contratto, cioè dal momento in cui il passeggero inizia ad entrare nel mezzo di trasporto e fino all'istante in cui ha terminato di uscirne⁵³.

⁴⁴ Il *leading case*, com'è noto, è rappresentato da Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.; conf. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 25, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

⁴⁵ Così, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 339 ss.

⁴⁶ Da M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 126 ss.

⁴⁷ D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1201.

⁴⁸ In tal senso, le conclusioni del Procuratore Generale L. SARRUT, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 254 ss., in ordine a Cass., 21 novembre 1911, e Cass., 27 janvier 1913, *ivi*, I, p. 253 ss. Sul punto, R. RODIÈRE, *Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs*, in *Sem. jur.*, 1952, I, *Doctr.*, p. 997, e l'attenta ricostruzione storica di J.L. HALPÉRIN, *La naissance de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1178.

⁴⁹ Intervenuta con il caso “*Dame Decharme*”: Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 ss.

⁵⁰ Considerata «scioccante» da C. MASCALA, *Accidents de gare: le «déraillement» de l'obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 81.

⁵¹ Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 633, con nota di G. PAIRE.

⁵² Il quale (Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 ss.), tra l'altro, aveva dato origine all'articolata evoluzione giurisprudenziale.

⁵³ Cass., 1 juillet 1969, cit., p. 640.

Anche in Germania e in Italia la scoperta degli obblighi di protezione ha assolto un ruolo rimediabile, contribuendo a realizzare una più intensa tutela della vittima, rispetto a quella che sarebbe conseguita sulla base dell'applicazione delle regole in tema di responsabilità delittuale. Già Hermann Staub⁵⁴, a due anni dall'entrata in vigore del BGB, aveva individuato un'ulteriore incongruenza nella diversa disciplina in tema di responsabilità degli ausiliari "nell'adempimento" e "nell'attività"⁵⁵. Non v'è dubbio che questa problematica caratterizzerà l'esperienza germanica per tutto il XX secolo, se è vero che la medesima «funzione della teoria dei "doveri di protezione"» consisterebbe proprio nel «rendere applicabile il par. 278 BGB» in luogo del § 831⁵⁶, al fine di escludere la prova liberatoria prevista dalla disciplina extracontrattuale e di estendere il rimedio risarcitorio anche agli ausiliari indipendenti⁵⁷. Le *Schutzpflichten* e l'estensione degli effetti di protezione anche nei riguardi di terzi, poi, hanno consentito di tutelare interessi non protetti ai sensi della responsabilità delittuale (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 salvaguardia degli interessi patrimoniali»⁵⁸.

In Italia l'importazione della dottrina degli obblighi di protezione e della controversa idea di "contatto sociale" ha consentito, quanto meno in specifici settori, di prevedere una tutela rafforzata per la vittima. Soprattutto in campo sanitario (ma un discorso analogo può valere anche per altre ipotesi individuate dalla S.C.), più che ad un superamento⁵⁹ della partizione, si è assistito ad una trasformazione pura e semplice dell'originaria obbligazione "di mezzi" in un'obbligazione "di risultato"⁶⁰. L'allegazione di un inadempimento solo «"astrattamente idoneo a causare il danno lamentato" inverte, nella sostanza, l'onere della prova della causalità, dovendo il debitore "dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante"»⁶¹. Ai fini dell'interruzione del rapporto causale «è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell'adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore» e gravando su di lui «il rischio della causa ignota e non accertabile»⁶². Nel qualificare come obbligazione "di risultato" un'obbligazione che fino ad allora era stata considerata "di mezzi", la giurisprudenza

⁵⁴ *Le violazioni*, cit., p. 70 ss.

⁵⁵ Anche HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 50.

⁵⁶ C.W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte seconda)*, cit., p. 802.

⁵⁷ C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 2 e 3.

⁵⁸ C.W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 576.

⁵⁹ Così Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790.

⁶⁰ A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

⁶¹ In questi termini, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

⁶² M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

italiana ha emulato quella funzione *rimediale* che l'obbligazione di *sécurité* ha assunto nell'esperienza francese.

4. A seguito della riforma del BGB, i problemi che interessano la dottrina tedesca in tema di rapporto obbligatorio sono in parte mutati. Limitata la rilevanza degli obblighi di protezione "autonomi" al problema della responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB), l'esperienza germanica si interessa oggi soprattutto di studiare e di classificare gli obblighi di protezione che sono, in qualche maniera, strutturalmente e/o funzionalmente "connessi" alla prestazione. Come si è opportunamente rilevato⁶³, mentre prima della riforma il problema era quello del fondamento e della latitudine degli obblighi di protezione, dopo l'intervento del legislatore la questione centrale è divenuta proprio quella del rapporto tra obblighi di protezione ed obblighi di prestazione. Cioè, quella di esaminare il tipo di connessione e il ruolo che assolvono gli obblighi di protezione rispetto alla prestazione, al fine di poterli inquadrare, quali *leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel primo comma del § 241, ovvero, quali *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel secondo comma del § 241. La distinzione non è di secondaria importanza poiché, mentre la violazione degli obblighi di cui al comma 1 del § 241 fa operare tutti i rimedi previsti «nei §§ 280, 282, 283, 311a, 323, 326 BGB, secondo le diverse perturbative dell'impossibilità, del ritardo, dei vizi della prestazione», nel caso di violazione degli obblighi contemplati nel secondo comma del § 241 risulterebbero applicabili le sole norme di cui ai §§ 280, 282 e 324 BGB⁶⁴. V'è quindi il rilevante problema, per gli obblighi di protezione rientranti nel comma 2 del § 241, di poter esigere non soltanto il rimedio risarcitorio, ma anche il loro adempimento in forma specifica.

La questione era già stata individuata, anche se con riguardo al diverso operare dell'onere della prova⁶⁵, proprio da Heinrich Stoll. Nel rilevare come non sia «sempre facile accertare se si tratta solamente della violazione dell'interesse di protezione o anche dell'interesse alla prestazione», l'illustre Autore aveva considerato come violazione del solo interesse alla prestazione, a titolo esemplificativo, le ipotesi nelle quali: «il locatore di un appartamento non mantiene in ordine la scala o [...] non illumina gli accessi all'abitazione»; «l'appaltatore danneggia il materiale che gli è stato consegnato custodendolo in modo negligente»; «il vettore ha fatto sì giungere le persone trasportate a destinazione nel luogo esatto e in orario, ma con delle ferite»; «il barbiere cagiona delle lesioni a un suo cliente durante la rasatura»⁶⁶. Sulla base della convinzione che l'interesse alla prestazione «deriva sempre dall'intero contenuto del contratto», egli rileva, ad es., che «la locazione non è soltanto consegnare la cosa locata, ma anche

⁶³ Da R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, p. 78 ss.

⁶⁴ In questi termini, R. FAVALE, *op. ult. cit.*, p. 78.

⁶⁵ HE. STOLL, *Commiato*, cit., 34, anche in nt. 136, p. 44 ss.

⁶⁶ HE. STOLL, *op. ult. cit.*, 34, nt. 136.

mantenerla in stato idoneo all'uso», e che nel contratto d'appalto «l'interesse alla prestazione consiste proprio nell'utilizzo fruttuoso dei materiali forniti o nella realizzazione dell'opera»⁶⁷. Senza voler entrare nel merito di queste affermazioni, è opportuno rilevare come egli stesso dia inconsapevolmente la prova delle difficoltà dogmatiche che possono riguardare la distinzione tra obblighi di prestazione ed obblighi di protezione “accessori” o funzionalmente “connessi”, se è vero che tale esemplificazione poneva in discussione, in Germania, proprio i primi casi (in tema di trasporto, di locazione e di contratto d'opera) nei quali la giurisprudenza aveva individuato effetti di protezione del contratto “a favore” di terzi⁶⁸; in Francia, la medesima “scoperta” dell'obbligazione di *sécurité* nel contratto di trasporto e la sua successiva estensione ai contratti “analoghi” e a quelli “diversi”; in Italia, la struttura bipartita dell'art. 1681, comma 1, c.c. che chiaramente distingue la responsabilità del vettore «per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto», alla quale l'unanime scienza giuridica applica la disciplina di “diritto comune” di cui all'art. 1218 c.c.⁶⁹, dall'obbligazione di sicurezza avverso i «sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio», per i quali il vettore è tenuto a provare di «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno». Le conclusioni alle quali perviene Heinrich Stoll, poi, sembrano ancor più problematiche, se è vero, come egli afferma, che il dovere di protezione deve rappresentare «il rovescio», ma pur sempre «l'integrazione dello scopo positivo dell'obbligazione»⁷⁰.

In un settore che oggi è di grande attualità, come quello della responsabilità degli operatori sanitari, già Luigi Mengoni aveva ammonito come fosse facile confondere l'obbligo di prestazione con quello di protezione⁷¹. In proposito, la stessa Cassazione, allorché procede alla “scoperta” della responsabilità da “contatto sociale” del medico dipendente, esclude la possibilità di «condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente)», poiché questa figura «si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, *come accade sicuramente nel caso del paziente*»⁷², ma a non violare un interesse di protezione. Una posizione più articolata può riguardare gli obblighi d'informazione ai quali è tenuto il professionista. Se l'informazione

⁶⁷ HE. STOLL, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

⁶⁸ V., *infra*, nt. 87.

⁶⁹ Per tutti, M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 77.

⁷⁰ HE. STOLL, *op. ult. cit.*, p. 34.

⁷¹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 371 ss.

⁷² Così, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 (il corsivo è nostro).

rappresenta l'oggetto del contratto⁷³, sicuramente si verterà in tema di obbligo di prestazione. Se, invece, l'informazione rappresenta un obbligo accessorio cui implicitamente è tenuto il sanitario al fine di assicurare la sicurezza del paziente, in questo caso, valutato il grado di connessione con la prestazione, sarà possibile ravvisare un obbligo di protezione.

È proprio l'incontrovertibile idea dell'obbligazione come rapporto complesso, quale "struttura unitaria funzionalmente orientata"⁷⁴ a rendere estremamente difficile discernere a priori, in maniera netta e precisa, ciò che va ascritto al primo o al secondo comma del § 241 BGB. Il problema consiste proprio nell'individuare parametri idonei ad effettuare e, nel contempo, a suffragare inequivocabilmente la partizione. Sia il criterio dello "scopo" dell'obbligo accessorio, nel senso di considerarlo tra gli obblighi di prestazione là dove è diretto alla protezione esclusiva della prestazione principale⁷⁵; sia il requisito della "prossimità" dell'obbligo accessorio alla prestazione⁷⁶; sia il rilievo attribuito al ruolo che la violazione dell'obbligo accessorio assume nei riguardi della prestazione, nel senso di ledere l'Äquivalenzinteresse ovvero l'*Integritätsinteresse*⁷⁷; sia la caratteristica dell'azionabilità in giudizio dell'obbligo accessorio, cioè la possibilità di esigere il rimedio dell'adempimento rispetto alla mera tutela risarcitoria⁷⁸, sono tutti parametri che, sulla base della volontà delle parti e del complessivo assetto degli interessi divisati, possono essere utili al fine di distinguere gli obblighi accessori legati alla prestazione (di cui al comma 1 del § 241 BGB) dagli obblighi di protezione (di cui al comma 2). Ma proprio la molteplicità e l'eterogeneità dei criteri proposti indicano la problematicità della partizione e l'impossibilità di fondarla su un giudizio *a priori*, universalmente valido per ogni obbligazione e per ogni contratto. Per pervenire ad una classificazione esaustiva e completa bisognerebbe esaminare l'intero diritto delle obbligazioni e dei contratti, "tipici" ma soprattutto "atipici". La qualificazione, quindi, non può che essere effettuata caso per caso, sulla base del complessivo regolamento d'interessi e di un giudizio comparativo di prevalenza che involga i diversi parametri con riferimento al caso di specie.

⁷³ Sul punto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 497; M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 95 ss.

⁷⁴ Così, lo stesso C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 69.

⁷⁵ D. MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts*, in *JuS*, 2002, p. 211; H.J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, 2002, p. 92 ss.; A. TEICHMANN, *Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben*, in *JA*, 1984, p. 546.

⁷⁶ V. EMMERICH, *Das Rechts der Leistungsstörungen*, München, 2003, p. 335; S. MADAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, *JURA*, 2004, p. 291 ss.

⁷⁷ D. MEDICUS, *Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen*, in *ZfBR*, 2001, p. 511; P. HUBER, F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, p. 131 ss.

⁷⁸ Già K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 9 ss.; E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, p. 82 ss.

Il problema appare meno complesso, però, se si invertono i termini della questione. Piuttosto che effettuare preventivamente, sulla base di un metodo dogmatico-tassonomico, la qualificazione dell'obbligo in una delle due categorie ai fini dell'applicazione (della disciplina e) delle tutele (che la dottrina collega al primo o al secondo comma del § 241 BGB), individuare, in concreto, il tipo di rimedio esigibile. Ma ciò comporta che sia superato il luogo comune secondo il quale la violazione dell'obbligo di protezione consentirebbe di esperire la sola tutela risarcitoria. Infatti l'obbligo di protezione «non rileva soltanto, al pari del dovere generico di astensione, quando la lesione dell'altrui sfera giuridica si è ormai consumata, ossia nella fase dell'illecito (non più extra) contrattuale e del risarcimento del danno, ma soprattutto nella fase di attuazione del rapporto, munito com'è di una sua precettività in grado di orientare le parti, di prevenire l'inesecuzione o di assicurare l'esecuzione in punto di rimedi inibitori o in forma specifica»⁷⁹.

Là dove la «prossimità/interferenza» ha già «sprigionato tutta la sua carica negativa» – e sono, queste, le ipotesi di gran lunga più ricorrenti nella prassi – alle *Schutzpflichten* non può che corrispondere «uno schema puramente reattivo, nel senso che la tutela accordata al portatore dell'interesse prende la forma del risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo»⁸⁰. In questo caso il rimedio previsto assolve ad una funzione tipicamente conservativa, dovendo «restaurare l'integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed esistenziali) del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica»⁸¹.

Tuttavia, la generale esigibilità della tutela risarcitoria *ex contractu*, sia pur distinta sulla base della duplice funzione assolta nella reintegrazione del «*plus contractuel*»⁸² o del risarcimento del danno consequenziale, non esclude che per taluni obblighi, pur qualificati “di protezione”, sia possibile chiedere l'adempimento e gli ulteriori rimedi che usualmente sono ricondotti alla violazione dell'obbligazione, unitariamente considerata quale rapporto complesso. Una volta «accettata l'idea che il dovere di protezione fa parte del contenuto del rapporto obbligatorio, sarebbe illogico negare ad esso quella forma di tutela (*specifica*) che assiste l'obbligo di prestazione»⁸³. Anzi è proprio nell'eventuale possibilità di esperire forme di tutela ulteriori rispetto al risarcimento del danno che si può cogliere una sicura peculiarità della dottrina degli obblighi di pro-

⁷⁹ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempiamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 659.

⁸⁰ L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 49 e 72.

⁸¹ L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 50.

⁸² Sul tale nozione, G. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1978, *passim*.

⁸³ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 126 ss.

tezione rispetto alla tutela aquiliana. Gli obblighi di protezione possono avere un contenuto sia positivo (doveri di fare), sia negativo (doveri di astensione). Si pensi, ad esempio, all'eventualità che il locatore di un immobile possa esigere che il conduttore si astenga dal compiere atti che mettano in pericolo la stabilità della cosa locata; o, viceversa, alla possibilità che il conduttore o i prestatori di lavoro subordinato esigano, rispettivamente, dal proprietario o dal datore comportamenti positivi tendenti a garantire la statica dell'immobile ovvero a proteggere l'integrità psico-fisica (e, per quanto riguarda i lavoratori, anche la «personalità morale»: art. 2087 c.c.) dei soggetti che abitano o che operano in quegli ambienti. In questi ed altri casi non sembra possano essere esclusi il rimedio dell'adempimento in forma specifica, la possibilità di esigere l'esecuzione forzata di cui agli artt. 2930 ss. c.c. e, trattandosi di una situazione di pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile, i provvedimenti di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. Così, proprio nei rapporti di durata la violazione degli obblighi di protezione potrà rappresentare un giustificato motivo di recesso⁸⁴.

5. 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 indipendenti⁸⁵. 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 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 1913⁸⁶, quasi contemporaneamente all'obbligazio-

⁸⁴ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 127.

⁸⁵ Lo ricorda C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale"*, cit., p. 2 ss.

⁸⁶ Cass., 21 avril 1913, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 257.

ne 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)⁸⁷, 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 nota⁸⁸ 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 promessa 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»⁸⁹. E ciò è confermato dai §§ 330 e 331 che, del pari, rinnovavano il richiamo all'acquisto del diritto alla prestazione⁹⁰. Il terzo, nel *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, a differenza di quanto accade nel contratto a favore di terzi, non acquista un diritto alla prestazione⁹¹. 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 obbligatorio⁹². Questi può

⁸⁷ 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 ss.). 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.

⁸⁸ K. LARENZ, *Anmerkung* a BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193 ss.; 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.

⁸⁹ K. LARENZ, *Anmerkung*, cit., p. 1193; D. MEDICUS, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, XIII ed., München, 2002, p. 366.

⁹⁰ K. LARENZ, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹ K. LARENZ, *op. loc. ult. cit.*

⁹² Tuttavia K. LARENZ, *op. ult. cit.*, p. 1194, esplicitamente discorre dell'interesse del cre-

ben sapere che la controparte fa affidamento sia nella propria sicurezza, sia in quella di una cerchia, ben delimitata, prevedibile⁹³ 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»⁹⁴. 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»⁹⁵.

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*⁹⁶, e nel richiamare il ruolo della *Sozialwirkung* nel diritto delle obbligazioni⁹⁷, 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 prestazione⁹⁸, 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 rapporto⁹⁹. Nel sottolineare le incongruenze e le disparità di trattamento relative all’individuazione dei soggetti a volta a volta “protetti” dai singoli contratti¹⁰⁰, 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»¹⁰¹.

ditore a che questi terzi non subiscano un danno causato da “vizi della prestazione” (*Mängel der Leistung*).

⁹³ K. LARENZ, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 126.

⁹⁵ C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁶ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, vol. VIII, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellung*, a cura di J. Gernhuber, Tübingen, 1989, p. 511 ss.

⁹⁷ J. GERNHUBER, *op. ult. cit.*, p. 462; e già ID., *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 249 ss.

⁹⁸ J. GERNHUBER, *op. ult. cit.*, p. 249.

⁹⁹ J. GERNHUBER, *op. ult. cit.*, p. 250 ss.

¹⁰⁰ J. GERNHUBER, *op. ult. cit.*, pp. 253-256.

¹⁰¹ J. GERNHUBER, *op. ult. cit.*, p. 261.

Il contributo dottrinario volto ad individuare l'esistenza autonoma di doveri di protezione e di diligenza (anche) nei confronti di terzi¹⁰² 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 Corte¹⁰³, 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 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 sicurezza¹⁰⁴.

Dopo la svolta rappresentata dal *Capuzolfall*, considerato non a caso una "pietra miliare"¹⁰⁵ 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 imprese¹⁰⁶. A seguito del crollo di una parte del soffitto del capannone, una 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

¹⁰² In questi termini è il pensiero di K. LARENZ, *Anmerkung*, cit., p. 1193 ss.; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, III ed., München, 1958, p. 156 ss.

¹⁰³ Si tratta del celeberrimo caso c.d. *Capuzolfall*, deciso dal BGH il 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

¹⁰⁴ Sul punto, W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, 1995, p. 184.

¹⁰⁵ R.A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung*, cit., p. 27 ss.

¹⁰⁶ 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.

il soffitto in modo non conforme, sia che la società metallurgica, con successivi lavori mal eseguiti, aveva contribuito a causare il danno¹⁰⁷.

6. L'ulteriore svolta della giurisprudenza tedesca si avrà allorché, nella sfera di protezione del contratto, verranno comprese non soltanto le lesioni 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 obbligatorio¹⁰⁸, 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 decisione¹⁰⁹, vivamente criticata in dottrina¹¹⁰, 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 nipote¹¹¹. Con questa sentenza, il BGH ricorre alla figura del contratto con effetti di protezione per terzi al fine di risarcire un danno meramente economico¹¹² (o, secondo altra interpretazione, la lesione di un'aspettativa di acquisto)¹¹³ subito dalla figlia, a causa dell'inadempimento (adempimento non tempestivo) dell'obbligo

¹⁰⁷ Cfr. G. VARANESE, *Il contratto*, cit., p. 83.

¹⁰⁸ Su questo specifico aspetto, J. GERNHUBER, *Gläubiger, Schuldner und Dritte*, in *JZ*, 1962, p. 555; ID., *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*, cit., p. 270.

¹⁰⁹ BGH, 6 luglio 1965, in *NJW*, 1965, p. 1955 ss., c.d. *Testamentfall*.

¹¹⁰ 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. Wol, C. Wollschläger, Göttingen, 1978, p. 321 ss.

¹¹¹ BGH, 6 luglio 1965, cit., 1957.

¹¹² 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 ss.; G. VARANESE, *op. ult. cit.*, p. 87 ss.

¹¹³ H. SUTSCHET, *Der Schutzanspruch zugunsten Dritter – Unter Berücksichtigung der Pflichtenlehre des Kommissionsentwurfs*, Berlin, 1999, pp. 25 e 173 ss., e, nella dottrina italiana, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 545 ss.

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 supermercato¹¹⁴. 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 contratto¹¹⁵.

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'atto¹¹⁶. Il pagamento del canone e la concessione in uso dell'immobile avevano fatto sorgere «rapporti giuridici diretti»¹¹⁷ tra le parti e, quindi, quegli effetti di protezione in forza dei quali la danneggiata poteva chiedere il risarcimento dei danni *ex contractu*.

La dottrina che aveva ispirato questa decisione¹¹⁸ 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 BGB¹¹⁹. 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

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Per l'ampia giurisprudenza in materia, si rinvia a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 369 ss.

¹¹⁶ BGH, 10 gennaio 1968, in *MDR*, 1968, p. 402.

¹¹⁷ BGH, 10 gennaio 1968, cit., p. 403.

¹¹⁸ C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *ZJ*, 1965, p. 475 ss.

¹¹⁹ C.W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 476.

obblighi di protezione non seguono le vicende del contratto, ricorrendo anche nella fase precontrattuale¹²⁰. Da qui l'idea di un «unitario rapporto obbligatorio di protezione»¹²¹ che, consentendo di qualificare una relazione (come) giuridica sulla base «di obblighi creati dalla buona fede sulla scorta di un affidamento socialmente rilevante»¹²², doveva rappresentare la «dritte Spur», ovvero il “*tertium genus*”¹²³ 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»¹²⁴.

7. 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 aveva conferito mandato alla sua banca di pagare le scritture d'addebito che provenivano da una ditta fornitrice di materiali per l'edilizia¹²⁵. 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 contrattuale¹²⁶.

Questa sentenza solleverà 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

¹²⁰ C.W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

¹²¹ C.W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 478.

¹²² In questi termini, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 552 ss.

¹²³ C.W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 567, nel sommario.

¹²⁴ C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, p. 472.

¹²⁵ Il caso, noto come *Lastschriftverfahren-Fall*, è deciso dal BGH il 28 febbraio 1977, in *BGHZ*, 69, 1978, p. 82 ss.

¹²⁶ BGH, 28 febbraio 1977, cit., p. 86.

a dismisura la sfera delle persone protette¹²⁷. 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 cliente¹²⁸.

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.)¹²⁹, in virtù della posizione 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 BGH¹³⁰, le quali contribuiranno a porre in discussione la stessa natura del rapporto tra creditore e terzo¹³¹, 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*¹³², il BGH, ribaltando le due decisioni di merito ed il giudizio di rinvio che era conseguito alla cassazione della sentenza d'appello¹³³, 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»¹³⁴.

¹²⁷ Testualmente, G. VARANESE, *op. ult. cit.*, p. 98. Nella dottrina tedesca, M. PLÖTNER, *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*, cit., p. 35.

¹²⁸ Così, C.W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 817.

¹²⁹ 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*, 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.

¹³⁰ Per la critica al c.d. *Konsulfall*, cfr. H. HONSELL, *Anmerkung* a BGH, 23 gennaio 1985, in *JZ*, 1985, p. 952; M. PLÖTNER, *op. ult. cit.*, p. 125.

¹³¹ In proposito, B. GRUNEWALD, *op. cit.*, p. 288 ss.

¹³² BGH, 23 gennaio 1985, in *JZ*, 1985, p. 951.

¹³³ Cfr., infatti, BGH, 28 aprile 1982, in *NJW*, 1982, p. 2431.

¹³⁴ BGH, 23 gennaio 1985, cit., p. 951.

Tale orientamento troverà ulteriore conferma in un'altra decisione del BGH¹³⁵, non a caso definita come la "pietra dello scandalo"¹³⁶. 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 acquistato 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'acquirente¹³⁷.

8. Con queste ultime decisioni la giurisprudenza rinunzia non soltanto all'elemento volontaristico, e cioè alla "volontà ipotetica delle parti"¹³⁸ derivante dallo scopo del contratto¹³⁹, 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 danneggiato¹⁴⁰ e che, anzi, v'era un evidente contrasto di interessi tra il committente creditore (della perizia) e il terzo¹⁴¹. Da qui le proposte, autorevolmente sostenute, di applicare a queste ipotesi controverse i principi della responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento¹⁴², ovvero di qualificare le fattispecie in termini di responsabilità aquiliana, attraverso la teoria degli obblighi del traffico¹⁴³. Ma la profetizzata scomparsa

¹³⁵ Il caso, c.d. *Dachbodenfall*, è deciso dal BGH il 10 novembre 1994, in *JZ*, 1995, p. 308.

¹³⁶ Così, G. VARANESE, *Il contratto*, cit., p. 114.

¹³⁷ C.W. CANARIS, *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei "Gegenläufigkeit" der Interessen*, in *JZ*, 1995, p. 442 ss.

¹³⁸ C.W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁹ Su tale nozione, W. BAYER, *Der vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 133.

¹⁴⁰ B. GRUNEWALD, *Die Haftung des Experten*, cit., p. 288.

¹⁴¹ G. VARANESE, *op. ult. cit.*, p. 127.

¹⁴² La tesi era autorevolmente sostenuta da C.W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, pp. 266 ss., 411 ss.

¹⁴³ Con specifico riferimento alle problematiche qui esaminate, U. HUBER, *Verkehrspflichten*

delle *Schutzpflichten* 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 immateriale¹⁴⁴.

La legge di riforma¹⁴⁵, 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 obbligatorio¹⁴⁶. 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. indiretti¹⁴⁷.

La teoria delle violazioni positive del contratto trova la sua ricezione legale e, parallelamente, la sua “dissoluzione”¹⁴⁸, nella riforma del § 280 BGB che, attraverso la «positivizzazione» di una clausola generale di responsabilità contrattuale¹⁴⁹ 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 legge¹⁵⁰.

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

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ Sulla quale, per tutti, C.W. CANARIS, *Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, p. 7 ss.

¹⁴⁶ Testualmente, G. VARANESE, *Il contratto*, cit., p. 133.

¹⁴⁷ Problema, questo, già sollevato da C.W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 576.

¹⁴⁸ C.W. CANARIS, *Contenuti fondamentali*, cit., p. 21.

¹⁴⁹ F. ADDIS, *Risarcimento del danno contrattuale*, in *Dir. giur.*, 2007, p. 25.

¹⁵⁰ Per tutti, S. LORENZ, T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 183 ss.

Gli obblighi di protezione trovano un esplicito riconoscimento nel comma 2 del § 241 BGB¹⁵¹, 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 prestazione¹⁵². 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 protezione¹⁵³.

La previsione di un'esplicita disciplina per la *culpa in contrahendo*, considerata fonte autonoma di obblighi di protezione "autonomi", consente di risolvere in modo diverso quei casi nei quali la dottrina aveva ravvisato un utilizzo improprio del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*¹⁵⁴. Nell'aprire un varco alla responsabilità per false informazioni, il legislatore, in molte ipotesi controverse di responsabilità professionale, può aver preferito propendere per la responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB) piuttosto che per un'efficacia protettiva esterna del rapporto obbligatorio¹⁵⁵. 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 pregiudizievole¹⁵⁶. 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

¹⁵¹ Rilevano il carattere meramente «declaratorio» di questo testo, H. EHMANN, H. SUTSCHET, *Modernisierte Schuldrecht*, München, 2002, p. 71.

¹⁵² In questi termini, H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2003, p. 13.

¹⁵³ G. VARANESE, *op. ult. cit.*, p. 134, in nt. 119.

¹⁵⁴ Così, anche G. VARANESE, *op. ult. cit.*, p. 135.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ Afferma, in proposito, che si è così «passati dalla *Drittschutz* alla *Dritthaftung*», G. VARANESE, *op. ult. cit.*, p. 136.

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 legislativo¹⁵⁷. 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 persona 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»¹⁵⁸. 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.

9. 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 sterminato¹⁵⁹, 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 *victimes par ricochet*, di beneficiare (dell'inaidempimento) 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»¹⁶⁰; la Cassazione, nell'*arrêt*

¹⁵⁷ 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).

¹⁵⁸ E. MOSCATI, *op. cit.*, pp. 379 e 380.

¹⁵⁹ Testualmente, G. VARANESE, *Il contratto*, cit., p. 137.

¹⁶⁰ Cass., 21 novembre 1911 e 21 avril 1913, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, pp. 253 e 257 ss.

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*»¹⁶¹.

La medesima soluzione non è stata, però, estesa a molti altri campi del diritto civile. Tra i settori nei quali si è riscontrato, in controtendenza, 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 ricoverato¹⁶². 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»¹⁶³. 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»¹⁶⁴, a favore di una diversa ricostruzione tendente a ravvisare «nella violazione contrattuale dell'obbligazione di *sécurité* [...] una *faute delittuale* nei riguardi dei terzi»¹⁶⁵.

In Francia, oltre a sporadiche applicazioni in tema di contratto di assicurazione «pour le compte de qui il appartendra», a vantaggio dei proprietari successivi della merce trasportata¹⁶⁶, 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*¹⁶⁷, ha escluso il ricorso a tale figura nel qualificare la responsabilità del medico per il danno subito dal bambino nato malformato,

¹⁶¹ Cass. civ., 6 décembre 1932, in *Rec. Sirey*, I, 1934, p. 81.

¹⁶² 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.

¹⁶³ Cass., I civ., 12 avril 1995, in *Sem. jur.*, 1995, II, *Jur.*, p. 22467, con nota di P. JOURDAIN.

¹⁶⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, III éd., Paris, 2006, p. 463.

¹⁶⁵ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 462. In giurisprudenza, per tutte, Cass., I civ., 13 février 2001, in *Sem. jur.*, 2002, II, *Jur.*, p. 10099.

¹⁶⁶ Su tale ipotesi cfr. M.L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 85.

¹⁶⁷ Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309.

preferendo applicare la disciplina in tema di responsabilità delittuale¹⁶⁸. 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*¹⁶⁹. 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 tramvia¹⁷⁰.

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 prestazione¹⁷¹. 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 praticato al momento della nascita¹⁷². Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione¹⁷³, seguendo la tesi anti-perruchista¹⁷⁴, considererà terzo protetto

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ G. VINEY, *Responsabilité civile*, cit., 3985, p. 487.

¹⁷⁰ In questi termini, M.L. IZORCHE, *op. ult. cit.*, 87, in nt. 46.

¹⁷¹ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 443, con nota di A. DI MAJO.

¹⁷² Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 ss.

¹⁷³ Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno 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.

¹⁷⁴ Per la quale, sia consentito rinviare a M. FEOLA, *Violazione*, cit., p. 600 ss.

dal contratto il solo coniuge della donna¹⁷⁵, 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*¹⁷⁶, 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»¹⁷⁷. 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»¹⁷⁸ ai sensi della responsabilità delittuale (seppur «da inadempimento»)¹⁷⁹, 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 nei riguardi dei sanitari, non conoscendo il nostro ordinamento un «diritto a non nascere se non sano»¹⁸⁰.

Nei riguardi del fenomeno dell'estensione degli effetti del contratto rispetto a terzi, la scienza giuridica francese, erede della tradizione giansenista e giusnaturalista di Domat¹⁸¹, 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»¹⁸². 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»¹⁸³. 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

¹⁷⁵ In questi termini, anche Cass., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno resp.*, 2010, p. 699 ss., con nota parzialmente critica di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.

¹⁷⁶ Per questa interpretazione, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 706 ss.

¹⁷⁷ Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. giur.*, 2010, p. 108.

¹⁷⁸ Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 195.

¹⁷⁹ Così, M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, cit., p. 93 ss.

¹⁸⁰ Cfr. Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno resp.*, 2016, p. 349 ss.

¹⁸¹ G. ALPA, A. FUSARO, *Relazione introduttiva*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 1.

¹⁸² V., in proposito, C. LARROUMET, *Droit civil*, III, *Les obligations. Le contrat*, Paris, 1998, p. 783.

¹⁸³ 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, J. Ghestin, Paris, 1992, p. 9.

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»¹⁸⁴.

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»¹⁸⁵. 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 fonte di esternalità sia positive che negative»¹⁸⁶. L'espedito unanimente 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»¹⁸⁷. Distinzione che, grosso modo, corrisponde a quella tra effetti «interni» ed effetti «esterni» del contratto, professata dal diritto belga¹⁸⁸, ed a quella tra effetti diretti ed effetti riflessi, declamata dal diritto italiano¹⁸⁹, sulla scia del celebre saggio di Jhering¹⁹⁰ dedicato a dimostrare come, non soltanto in tema di immissioni¹⁹¹, l'azione dei singoli interferisse inevitabilmente con la libertà degli altri¹⁹². Proprio la distinzione tra «effetto obbligatorio» ed «opponibilità» ha consentito alla dottrina, secondo la consueta tecnica regola-eccezione¹⁹³, 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

¹⁸⁴ M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 153.

¹⁸⁵ COSÌ, Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris II, 1977, n. 19.

¹⁸⁶ A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 342.

¹⁸⁷ In questi termini, tra i tanti, J. GHESTIN, *op. ult. cit.*, p. 11.

¹⁸⁸ Sul punto, M. FONTAINE, *Les effets «internes» et les effets «externes» des contrats (Rapport belge)*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 40 ss.

¹⁸⁹ 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 ss.). Sul punto, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 109.

¹⁹⁰ R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf Dritte Personen*, in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1871, p. 245 ss.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali*, cit., p. 156.

¹⁹³ Il ricorso, nell'esperienza franco-italiana, all'espedito delle eccezioni al principio è sottolineato, ad es., da A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 339 ss. La dottrina francese, ormai da tempo, ha iniziato a contestare tale principio: basti citare, per tutti, R. SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1934, p. 525, e A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, th. Strasbourg 1938, pubbl. Paris nel 1938, préf. M. Nast, pp. 174 ss., 279 ss.

(producono i loro effetti esterni nei confronti dei terzi)»¹⁹⁴. 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 contratto¹⁹⁵. Soltanto se l'azione del danneggiato rivestisse natura contrattuale «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»¹⁹⁶.

La nozione di opponibilità, elaborata in occasione dei primi tentativi¹⁹⁷ 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 immobiliare¹⁹⁸, un meccanismo del tutto diverso –, conquista ben presto, in Francia, «lo scettro di categoria ordinante»¹⁹⁹, 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»²⁰⁰.

Questa idea ha avuto, «per effetto»²⁰¹, di consentire alla scienza giuridica francese di affermare la responsabilità delle parti di un contratto nei riguardi di terzi²⁰². Ma la *faute* è stata «invocata non quale *manquement* di un'obbligazione contrattuale, ma in quanto fatto generatore di responsabilità delittuale»²⁰³. 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*

¹⁹⁴ M. FONTAINE, *Synthèse des travaux*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 431.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ A. WEILL, *op. ult. cit.*, p. 397.

¹⁹⁷ M. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*, p. 157.

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ M. GRAZIADEI, *op. ult. cit.*

²⁰⁰ Così, J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, Paris, 1984, pp. 22, 35 e *passim*.

²⁰¹ M. FONTAINE, *op. ult. cit.*, p. 432.

²⁰² In argomento, I. MARCHESSAUX, *op. cit.*, p. 91 ss.

²⁰³ I. MARCHESSAUX, *op. cit.*, p. 91.

tout point de vue contractuel»²⁰⁴, ovvero la violazione «di una regola di portata generale» (negligenza, imprudenza, ad es.) costitutiva di una *faute* ulteriore e indipendente rispetto alle «stipulazioni contrattuali»²⁰⁵. 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»²⁰⁶. Ma la questione, per lungo tempo, non è stata «*tranchée*»²⁰⁷: mentre alcune sentenze richiedevano che l'inadempimento costituisse, indipendentemente dal contratto, la violazione di un'obbligazione generale di prudenza o di diligenza²⁰⁸, 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»²⁰⁹.

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»²¹⁰. 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 commessa per non aver rispettato un diritto del quale si conosceva l'esistenza grazie alla conclusione del contratto»²¹¹. 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.

²⁰⁴ 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.*, p. 12987.

²⁰⁵ M.L. IZORCHE, *Les effets des conventions*, cit., p. 82.

²⁰⁶ Tra le prime decisioni in tal senso, Cass., 16 janvier 1973, in *Bull. civ.*, 1973, IV, n. 28.

²⁰⁷ M.L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 83.

²⁰⁸ Ad es., Cass. com., 17 juin 1997, in *Sem. jur.*, I, 1998, p. 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, 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».

²⁰⁹ 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 mars 1991, in *Contr. conc. consom.*, 1991, n. 135) e dalla III Sezione civile (Cass., III civ., 25 mars 1998, in *Sem. jur.*, I, 1998, p. 144).

²¹⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1996, p. 391, e già G. DURRY, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 815.

²¹¹ J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, cit., p. 15.

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 terzi²¹². Nel primo caso, la *Chambre commerciale* della Cassazione²¹³ 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»²¹⁴. Ma la I Sezione civile²¹⁵, smentendo l'interpretazione restrittiva fornita dalla dottrina²¹⁶ in ordine a due precedenti sentenze²¹⁷, aveva avvalorato l'assimilazione (o la «confusione»)²¹⁸ 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 contrapposizione tra le Sezioni civile e commerciale della Cassazione, è stato risolto da un importante intervento dell'*Assemblée Plénière*²¹⁹ che, «senza distinguere secondo la natura dell'obbligazione contrattuale violata»²²⁰, 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»²²¹. 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

²¹² Così, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, cit., pp. 84 e 82.

²¹³ Cass. com., 1 juillet 2003, *B IV* n. 115, in *Sem. jur.*, I, 2004, p. 163, con il commento di G. VINEY.

²¹⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁵ Cass., I Ch. Civ., 18 mai 2004, *B I* n. 141, in *Rec. Dalloz*, 2005, p. 194, con nota di D. MAZEAUD.

²¹⁶ Sul punto, M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 82 ss.

²¹⁷ Cass. civ., 18 juillet 2000, *B I* n. 221, in *Sem. jur.*, 2000, p. 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.

²¹⁸ Il termine è utilizzato da M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 73.

²¹⁹ Cass., Ass. Plén., 6 octobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 2825, con nota di G. VINEY; in *Sem. jur.*, II, 2006, p. 10181, con il commento di M. BILLIAU; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 123, con le osservazioni di P. JOURDAIN.

²²⁰ Lo rileva M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 84.

²²¹ Cfr. M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 85.

dell'obbligazione ineseguita, anche se questa rappresenti «le plus contractuel», l'utilità economica attesa dal contratto, come era nel caso di specie»²²². Così «la *faute* contrattuale nei riguardi delle parti è nello stesso tempo una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi vittime dell'inadempimento»²²³. In tal senso, il principio di opponibilità degli effetti del contratto rispetto a terzi dà luogo ad un modello generale di *responsabilità delittuale da inadempimento*.

10. La regola *de l'effet relatif des contrats* conosce un temperamento²²⁴ nella teoria dei *groupes de contrats* – suddivisi dalla dottrina in «*chaînes de contrats*» ed «*ensembles contractuels*» sulla base dell'identità dell'oggetto o della causa²²⁵ –, la quale è considerata una vera e propria eccezione²²⁶ al principio. La giurisprudenza riconosce, «in certi casi, natura contrattuale all'azione di responsabilità di terzi vittime dell'inadempimento di un contratto»²²⁷. Ma la dottrina dei *groupes de contrats* è stata accolta soltanto con riguardo ai gruppi di contratti traslativi e alle *chaînes* che trasferiscono la proprietà, sulla base del principio *accessorium sequitur principale*²²⁸, nelle ipotesi di *chaînes* sia omogenee sia eterogenee²²⁹. 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 proprietà²³⁰. 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»²³¹, 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»²³². Poiché «l'obbligazione di risultato

²²² M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²²³ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²²⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 97.

²²⁵ Cfr. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. J.M. Mousseron, Paris, 1975, pp. 69 ss. e 174 ss.

²²⁶ In questi termini, I. MARCHESSEAU, *op. cit.*, p. 95.

²²⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²²⁸ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude de la maxime accessorium sequitur principale*, Paris, 1969, préf. D. TALLON.

²²⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 100.

²³⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²³¹ Le espressioni tra virgolette sono di I. MARCHESSEAU, *op. loc. ult. cit.*

²³² 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.

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»²³³.

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»²³⁴, ha affermato che, «atteso che in un gruppo di 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»²³⁵. 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»²³⁶. 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»²³⁷ 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»²³⁸. Malgrado il codice francese non preveda un principio generale di responsabilità contrattuale *pour autrui*, la dottrina è unanime nel ritenere che tale soluzione «s'imponga come una necessità assoluta», in materia contrattuale, ancor più che in ambito delittuale²³⁹.

In presenza dell'orientamento oscillante della Cassazione, l'*Assemblée Plénière* è intervenuta a più riprese. Con due sentenze rese nel febbraio del 1987

²³³ Già Cass., III civ., 22 juin 1988, in *Bull. civ.*, III, n. 115, 1988, p. 63.

²³⁴ 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.*, p. 20387, con nota di P. MALINVAUD, e in *Rec. Dalloz*, 1985, *Jur.*, p. 213, annotata da A. BÉNABENT; Cass., I civ., 4 mars 1986, in *Bull. civ.*, I, 1986, n. 57, p. 53.

²³⁵ La massima *standard* è citata da I. MARCHESSAUX, *op. cit.*, p. 94.

²³⁶ J. NERET, *Le sous-contrat*, th. Paris II, 1977, p. 513.

²³⁷ P. DELEBECQUE, *Note* a Cass., I civ., 21 juin 1988, in *JPC*, 1988, éd. E, p. 15294.

²³⁸ Le espressioni tra virgolette sono di P. DELEBECQUE, *op. loc. cit.*

²³⁹ G. VINEY, *Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui (rapport français)*, in *Les effets du contrat*, cit., p. 340.

ha deciso che il «*maître de l'ouvrage*, come il sub-acquirente, 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'azione contrattuale diretta fondata sulla non conformità della cosa consegnata»²⁴⁰. 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»²⁴¹. 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»²⁴², 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»²⁴³ 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» 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»²⁴⁴. Nel caso di violazione di un'obbligazione accessoria di *sécurité*, invece, «l'assimilazione delle *fautes*

²⁴⁰ Cass., Ass. Plén., 7 février 1986, 2 arrêts, in *Sem. jur.*, 1986, II, *Jur.*, 20616, con nota di P. MALINVAUD.

²⁴¹ I. MARCHESSAUX, *op. cit.*, p. 93.

²⁴² 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, p. 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.

²⁴³ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 115.

²⁴⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 117.

contrattuale e delittuale non sarebbe criticabile»²⁴⁵. 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»²⁴⁶. 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*»²⁴⁷. 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 le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Sia l'*Avant-projet Catala* (art. 1342), sia la proposta di riforma depositata al Senato da L. Bételle (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 progetti²⁴⁸, che consacra «l'estensione 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 2006²⁴⁹, 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»²⁵⁰. 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»²⁵¹. Proprio la decisione dell'*Assemblée Plénière* non aveva consentito di opporre al sublocatario una clausola di esclusione dalla responsabilità prevista dal contratto, essendo stata

²⁴⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 115.

²⁴⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁸ E che potrebbe rappresentare l'oggetto di una prossima riforma della responsabilità civile.

²⁴⁹ Cass., Ass. Plén., 6 ottobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 2825, con nota di G. VINEY.

²⁵⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 130.

²⁵¹ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 89.

risolta la questione sul piano della responsabilità delittuale²⁵². 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»²⁵³.

11. 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»²⁵⁴. Il porre in evidenza 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*»²⁵⁵, 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»²⁵⁶. 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»²⁵⁷.

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 regi-

²⁵² M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 89, nt. 2.

²⁵³ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 131, nt. 2.

²⁵⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 131 ss.

²⁵⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 132.

²⁵⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

me speciale, che non è né contrattuale, né delittuale»²⁵⁸. 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»²⁵⁹. 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 funzioni, ma soprattutto i regimi di imputazione della responsabilità. In questi termini si può pensare ad un “diritto comune”²⁶⁰ 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”²⁶¹ 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»²⁶²: 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

²⁵⁸ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁰ In questi termini, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Verso un “diritto comune” della responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 15.

²⁶¹ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 38, 222 ss. e *passim*.

²⁶² M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali*, cit., p. 162.

degli interessi patrimoniali»²⁶³; 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 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*»²⁶⁴ consentirà il ricorso a presunzioni di responsabilità e al meccanismo dell'inversione dell'onere della prova²⁶⁵, 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 indipendenti²⁶⁶. 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»²⁶⁷, 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»²⁶⁸, dell'inversione dell'onere della prova conseguente al "principio di vicinanza"²⁶⁹ alla stessa, rafforzando la tutela del danneggiato rispetto alla disciplina generale in tema di illecito delittuale. 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.

²⁶³ C.W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 576.

²⁶⁴ Cfr. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., pp. 517, 519 ss.; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, Paris, VI éd., 1998, p. 419; F. TERRÉ, P. SIMLER, 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.

²⁶⁵ Sul punto, si rinvia a M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 339 ss.

²⁶⁶ C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale"*, cit., pp. 2 e 3.

²⁶⁷ C.W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 3.

²⁶⁸ Così Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 30.

²⁶⁹ Per tutte, Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 791 ss.

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 contrattuale²⁷⁰ 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.*)²⁷¹; 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 extracontrattuale²⁷².

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

²⁷⁰ In argomento, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 366.

²⁷¹ P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, pp. 78, 128.

²⁷² Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, I, 1994, c. 557 ss.

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.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2018
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane – via Chiatamone, 7 – 80121 Napoli
Tel. 0817645443 – Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it