

# L'obbligazione tra prestazione e protezione

Antonino Procida Mirabelli di Lauro\*

## I *IL RUOLO DELLA DOTTRINA TEDESCA NELLE “SCOPERTE GIURIDICHE” IN TEMA DI OBBLIGAZIONE*

La pubblicazione, in lingua italiana<sup>1</sup>, di uno dei più celebri saggi di Heinrich Stoll arricchisce ulteriormente l'itinerario dedicato alla ricostruzione degli orientamenti dottrinari che hanno pensato il rapporto obbligatorio come struttura complessa, già intrapreso con la traduzione della “scoperta”<sup>2</sup>, ad opera di Hermann Staub, delle *Grundlagen* delle violazioni positive del contratto<sup>3</sup> e del più controverso lavoro di Günter Haupt sui rapporti contrattuali di fatto<sup>4</sup>. 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 Kress<sup>5</sup> – per altro puntualmente citato da Stoll nel corso dell'opera – e da altri Autori che, interpretando il pensiero di Rudolf von Jhering<sup>6</sup>,

---

\* Professore ordinario di Diritto privato comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Questo studio si colloca nell'ambito della ricerca “Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice” (PRIN 2010-2011, cofinanziato MIUR) svolta dall'Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> La traduzione del saggio di H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, comparirà nel volume, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli, intitolato *L'obbligazione come rapporto complesso*; 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.

<sup>2</sup> Considera, infatti, una “scoperta giuridica” la teoria di Staub sulle violazioni positive del contratto, H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, B 1 ss.

<sup>3</sup> H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, trad. it. di G. Varanese, Presentazione di R. Favale, Napoli, 2001.

<sup>4</sup> G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, in *Studi di Diritto Comparato*, Collana diretta da A. Berlinguer, R. Favale, M. Oliviero, M. Papa, L. Pegoraro, G.M. Piccinelli, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, n. 2, Torino, 2012.

Tra le traduzioni di opere più recenti in materia di struttura complessa del rapporto obbligatorio è opportuno segnalare la bella versione italiana, ad opera di A. DI MAJO e di M.R. MARELLA, 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., e del volume di K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, Istituti, 3<sup>a</sup> ed. con aggiornamenti a cura di A. di Majo, trad. it. di E. Cigna e A. Gangemi, Milano, 2011, pp. 207 ss., 269 ss., 362 ss. e *passim*.

<sup>5</sup> H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

<sup>6</sup> Che l'idea dell'obbligazione come rapporto complesso si trovi già nel pensiero di R. VON JHERING (*Della culpa in contrahendo* ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a

avevano già pensato di costruire il rapporto obbligatorio come *Organismus*<sup>7</sup>, *konstante Rahmenbeziehung*<sup>8</sup> o “rapporto cornice”.

Proprio da tali suggestioni parte questa breve riflessione che, più che essere imperniata sul pensiero di Heinrich Stoll, cercherà di porre in evidenza alcuni dei passaggi più problematici che il tema dell’obbligazione e della sua struttura complessa pone oggi all’attenzione della scienza giuridica.

Come testimoniano, con ampiezza di dati, gli studi in materia, questo tema nasce nella dottrina tedesca e, forse ancor prima, in quella francese<sup>9</sup>, 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 giuridica, le idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca dello scorso secolo, sia pure 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 fondato sulla sola prestazione, dall’altro, gli stessi confini della responsabilità contrattuale. Ma, come si è potuto verificare con riferimento al concetto di “contatto sociale”<sup>10</sup>, la ricezione spesso travalica l’esatta fisionomia che il modello assume nell’ordinamento di appartenenza. La novità nella ricezione è dovuta non soltanto a fattori sociali, politici o economici<sup>11</sup> o all’esigenza di armonizzare il modello trapiantato con un diverso sistema giuridico, ma anche, talvolta, alla inesatta comprensione, nell’ordinamento recipiente, della fisionomia che il modello ha assunto nella scienza giuridica d’origine<sup>12</sup>. Ciò può essere accaduto proprio in ordine al tema qui trattato, almeno per quella dottrina che ha rimproverato esplicitamente la nostra giurisprudenza di non aver compreso il reale significato che alcuni istituti di recente apparsi nel nostro diritto (la teoria del contatto “sociale” o “negoziale”<sup>13</sup>, il contratto con effetti di protezione per terzi<sup>14</sup>, la responsabilità

---

perfezione, trad. it. di F. Procchi, Napoli, 2005), è opinione 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.

<sup>7</sup> H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, Schuldrecht, Leipzig, 1931, p. 1.

<sup>8</sup> F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 ss.

<sup>9</sup> M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1883, p. 596 s.; Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, pp. 95 ss., 118 ss. e *passim*.

<sup>10</sup> A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

<sup>11</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 330 ss.

<sup>12</sup> M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, in *Studi di Diritto Comparato*, Collana diretta da A. Berlinguer, R. Favale, M. Oliviero, M. Papa, L. Pegoraro, G.M. Piccinelli, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, n. 1, Torino, 2012, p. 32.

<sup>13</sup> Cfr., ad es., A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 78 ss.

<sup>14</sup> 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, Atti del IV Congresso Internazionale ARISTEC (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, p. 113 ss. Per una critica della nostra giurisprudenza in materia, G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 169 ss.

da affidamento ingenerato dallo *status* professionale<sup>15</sup>, la possibilità di generalizzare un rapporto obbligatorio senza prestazione<sup>16</sup>, ad es.) avevano assunto nei paesi d'origine.

Ciò che può rilevare ai fini della ricezione giurisprudenziale è anche il metodo che viene osservato nell'esame e nell'illustrazione del termine straniero. Anche se l'affermazione ha già suscitato qualche autorevole dissenso<sup>17</sup>, mi sembra che l'approccio dogmatico-deduttivo non sia propriamente adeguato a compiere una ricerca comparativa. Infatti, come sottolinea con l'abituale chiarezza Joachim Bonell nelle pagine introduttive di un pregevole volume dedicato agli istituti e ai problemi del diritto comparato, "in un mondo caratterizzato da una sempre maggiore mobilità" di ogni scienza e conoscenza, la comparazione giuridica si propone innanzitutto "di individuare e, possibilmente, anche di spiegare sia le concordanze che le divergenze formali e sostanziali riscontrabili tra i vari diritti nazionali"<sup>18</sup>, insistendo "sulla necessità di focalizzare l'attenzione sui problemi e sulle funzioni anziché sui concetti e sulle istituzioni"<sup>19</sup>.

Sulla base di questo autorevole insegnamento di metodo, che rappresenterà una delle costanti di questo contributo, è possibile affermare, con riferimento all'argomento qui trattato, che le diverse dottrine elaborate in Germania e in Francia nel corso del XX secolo in tema di obbligazione trovano la loro spiegazione nell'ambito delle peculiarità sistemiche dei due ordinamenti, con riferimento non soltanto ai problemi dell'inadempimento e del contratto<sup>20</sup>, 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 (articolo 1382 *Code civil*) e modelli tipici (§ 823 ss. BGB) di responsabilità delittuale, quanto, soprattutto, per l'esistenza (in Francia ed in Italia) di regole di responsabilità oggettiva delittuale (ad es., per i fatti della cosa e *d'autrui*: articolo 1384, comma 1, *Code civil* e articoli 2051 e 2049 Codice civile italiano) che rendono più appetibile per la vittima tale regime di responsabilità rispetto ad un'estensione dell'obbligazione (se qualificata "di mezzi") e della conseguente responsabilità contrattuale<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> In argomento, M. BARCELLONA, Trattato della responsabilità civile, Torino, 2011, p. 72 ss.; Id., La responsabilità extracontrattuale. Danno ingiusto e danno non patrimoniale, Torino, 2011, p. 35 ss.; L. LAMBO, Obblighi di protezione, Padova, 2007, p. 385 ss.

<sup>16</sup> Sul punto, la critica di A. DI MAJO, Le tutele contrattuali, Torino, 2009, p. 65 ss. e *passim*.

<sup>17</sup> Da parte di C. Castronovo, in occasione della presentazione, a Palermo, del volume *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami e M. Serio, ricordando G. Criscuoli, Torino, 2013. In particolare, oggetto di discussione fu la mia affermazione secondo la quale "il metodo dogmatico-deduttivo non è mai appartenuto e mai potrà appartenere allo storico-comparatista" (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Comparazione giuridica e storia nello studio del diritto dell'era presente, *ivi*, p. 60); ma, sul punto, mi limitavo a ricordare l'insegnamento di R. ORESTANO, Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna, 1987, pp. 11 e 307.

<sup>18</sup> M.J. BONELL, Comparazione giuridica e unificazione del diritto, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH e A. ZOPPINI, Diritto privato comparato. Istituti e problemi, Roma-Bari, 2008, p. 3.

<sup>19</sup> M.J. BONELL, *op. loc. cit.*

<sup>20</sup> In argomento, R. FAVALE, Il rapporto obbligatorio, *cit.*, § 1 ss.

<sup>21</sup> Con specifico riguardo alle regole di imputazione della responsabilità, in ambito contrattuale e delittuale, M. FEOLA, L'obbligazione come rapporto complesso, *cit.*, § 17 s.

**II LA “CONNESSIONE” FUNZIONALE DELLE OBBLIGAZIONI DI SÉCURITÉ ALLA PRESTAZIONE. LA CONTRAPPOSIZIONE, IN FRANCIA E GERMANIA, TRA LE CONCEZIONI PLURALISTICA E UNITARIA DELL’OBBLIGAZIONE. LE RAGIONI DELLA RIFORMA**

In merito alle più significative differenze esistenti in materia di struttura del rapporto obbligatorio in Francia e in Germania, si è rilevato<sup>22</sup> 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*<sup>23</sup>, 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 “proteggere la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione speciale e per suo tramite”<sup>24</sup>. 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 qualifica che pertiene essenzialmente alla prestazione<sup>25</sup> 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 (ad es., sanitaria) 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 ben oltre il dato della accessorietà poiché, soprattutto in talune ipotesi (ad es., prestazione medica, obbligazione di “vegliare sulla sicurezza” di un soggetto affidato<sup>26</sup>), 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 scienza giuridica francese, fedele alla qualificazione dell’obbligazione del professionista sanitario come obbligazione di mezzi, sancita nell’*arrêt Mercier*<sup>27</sup>, professata dalla giurisprudenza dominante e ribadita nell’articolo L. 1142-1, comma 1, del *Code de la santé publique* (come modificato dalla legge del 4 marzo 2002), ha distinto l’obbligo di

<sup>22</sup> Da M. FEOLA, *op. ult. cit.*, § 8, lett. b). La dottrina francese è solita qualificare le obbligazioni di *sécurité* come “*obligations accessoires*” o come obbligazioni “*par accessoire*” che, “*traduisant des normes générales de comportement*”, consentono “di far giocare alla responsabilità contrattuale un ruolo identico a quello che è tradizionalmente riservato alla responsabilità delittuale” (per tutti, M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de Droit civil* sous la direction de C. Larroumet, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2012, p. 69).

<sup>23</sup> Tuttavia, con riferimento alla relazione intercorrente tra affidamento e rapporto obbligatorio v. H. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1934, p. 125.

<sup>24</sup> H. STOLL, *Commiato*, *cit.*, § 4.2, lett. b).

<sup>25</sup> In questi termini, M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>26</sup> 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*, anche in *Rec. Dalloz*, 1982, *Inf. rap.* - *Somm. comm.*, p. 363.

<sup>27</sup> *Cass., 20 mai 1936*, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, p. 88, Rapp. L. Josserand, e in *Rec. Sirey*, 1937, 1, p. 321, con il commento di A. BRETON.

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”<sup>28</sup>. 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”<sup>29</sup>, conosce “due grandi eccezioni”<sup>30</sup> in materia di infezioni nosocomiali e di danni causati da prodotti sanitari. Nel primo caso, che le Corti avevano esteso non soltanto alle cliniche, ma anche alle infezioni contratte in studi privati, la legge di riforma (articolo L. 1142-1, comma 2) ha confermato il precedente orientamento giurisprudenziale che aveva individuato, sia per le infezioni esogene, sia per quelle endogene<sup>31</sup>, “un’obbligazione di *sécurité* di risultato dalla quale non ci si può liberare senza apportare la prova della *cause étrangère*”<sup>32</sup>. La prova dell’assenza di colpa è irrilevante, poiché la responsabilità delle strutture sanitarie non è “fondata su una presunzione di *faute*”, ma “riposa su una vera e propria responsabilità oggettiva, *de plein droit*”<sup>33</sup>. Nel caso del ricovero del paziente presso una pluralità di strutture sanitarie, la Cassazione – estendendo una soluzione già affermata in materia di vittime del DES<sup>34</sup> – ha presunto la causalità tra l’infezione e ciascuno degli stabilimenti nel quale aveva soggiornato il malato, consentendo di condannare in solido<sup>35</sup> quelle strutture che non erano state in grado di “invertire” la presunzione, provando di non essere state causa dell’infezione. Ma la giurisprudenza relativa all’obbligazione di *sécurité* di risultato in materia di infezioni nosocomiali è stata soltanto parzialmente confermata dal legislatore. Infatti, affianco alla responsabilità oggettiva delle strutture sanitarie, la responsabilità del professionista sanitario è ricondotta comunque all’obbligazione di mezzi anche in materia di infezioni nosocomiali, e ciò ha rappresentato “un *recul*”<sup>36</sup> nella protezione delle vittime. Ma il maggior rigore assegnato agli obblighi d’informazione circa i rischi delle infezioni nosocomiali tende a “palliare le insufficienze dell’obbligazione di *sécurité*, ormai di mezzi”<sup>37</sup> anche in questa materia. Da qui la scelta della Cassazione “di integrare l’infezione nosocomiale nel contenuto dell’informazione che il medico deve al suo paziente”<sup>38</sup> e il ritorno ad una presunzione di *faute*<sup>39</sup> che consente alle vittime di ottenere il risarcimento ogni qual volta il medico non sia in grado di provare di aver correttamente informato il paziente su ogni rischio di infezione ospedaliera.

<sup>28</sup> Così, M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 894.

<sup>29</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 902, *ivi* la giurisprudenza *cit.*

<sup>30</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 921.

<sup>31</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 927.

<sup>32</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 923.

<sup>33</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>34</sup> *Cass., I Ch. Civ., 24 septembre 2009*, n° 08-16.305 e n° 08.10.081, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 111, con le osservazioni di P. JOURDAIN, e in *Sem. jur.*, 2009, 381, con nota di S. HOCQUET-BERG.

<sup>35</sup> *Cass., I Ch. Civ., 17 juin 2010*, n° 09-67.011, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 567, con le osservazioni di P. JOURDAIN, e in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 283, con nota di C. BONNIN.

<sup>36</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 928.

<sup>37</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 930.

<sup>38</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

Anche in tema di danni causati dai prodotti sanitari la giurisprudenza “non aveva esitato a consacrare un’obbligazione di *sécurité* di risultato”<sup>40</sup>. Così in tema di protesi, di trasfusioni, di emoderivati infetti e di qualsiasi altro prodotto o materiale messo a disposizione dei pazienti dalle strutture sanitarie. 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”<sup>41</sup>. Tuttavia “la minaccia avverso la giurisprudenza relativa all’obbligazione di *sécurité* di risultato”<sup>42</sup> proviene non tanto dalla riforma del 4 marzo 2002, quanto dalla legge del 19 maggio 1998 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 (articolo 1386-9 *Code civil*). Ma se la legge del 1998 limita ormai considerevolmente la responsabilità di produttori e fornitori, non altrettanto potrebbe dirsi per la responsabilità del medico che utilizza il materiale difettoso. La possibilità che, per questi, possa trovare applicazione la più rigorosa disciplina di diritto comune ispirata alla obbligazione di *sécurité* di risultato sembra confermata da una decisione del 2009 della Corte di Giustizia europea la quale consente ai diritti nazionali di disciplinare diversamente la responsabilità per i danni causati “à des biens à usage professionnel”<sup>43</sup>. Il problema è stato riproposto alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea dal Consiglio di Stato<sup>44</sup>, il quale ha formulato due questioni pregiudiziali in ordine all’interpretazione dell’articolo 13 della direttiva: la prima consiste nel sapere se il regime della responsabilità ospedaliera rappresenti un regime speciale che può coesistere con quello della direttiva; con la seconda, “più ambiziosa”<sup>45</sup>, si chiede se la direttiva riguardi anche la responsabilità dei *prestataires de services* che utilizzano prodotti difettosi.

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 della dottrina italiana che, proprio sulla base di queste acquisizioni e del testuale riferimento alla prestazione quale oggetto dell’obbligazione (articolo 1174 Codice civile), tende ad allinearsi all’esperienza germanica; nell’esperienza 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 conferiscono al contraente “*toute son utilité économique*”, permettendo di “*procurer au créancier un avantage déterminé, une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans*

<sup>40</sup> Lo riferisce, M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 933.

<sup>41</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 942.

<sup>42</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>43</sup> Cfr., infatti, CJCU, 4 juin 2009, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 1731.

<sup>44</sup> *Cons. État*, 4 octobre 2010, n. 327449, in *Rec. Dalloz*, 2011, *Jur.*, p. 213.

<sup>45</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 948.

*contrat*<sup>46</sup>. Ecco che, pur comparando saltuariamente nella letteratura giuridica, il termine *prestation* non assume mai il senso di una contrapposizione dogmatica 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 pur è obbligazione *ex lege*<sup>47</sup>, 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 all'idea unitaria di obbligazione come rapporto complesso propria dell'esperienza tedesca, la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe si interessano essenzialmente di individuare criteri idonei (ad es., assenza di una qualsiasi libertà di iniziativa o di azione in virtù della giovane età del soggetto su cui vegliare)<sup>48</sup> a determinare la disciplina applicabile, in virtù della qualificazione dell'obbligazione di *sécurité* in termini "di mezzi" o "di risultato".

Allorché si verifichi, nell'esecuzione di un contratto, una lesione dell'integrità psico-fisica o dello *statu quo* dei beni della vittima che sia causalmente collegabile alla prestazione o ad altre obbligazioni (ad es., obblighi di informazione) nascenti dal contratto o dalla legge, la giurisprudenza, in ossequio al principio del *non-cumul*, accerta la violazione di un'obbligazione di *sécurité* che consente alla vittima di chiedere il risarcimento dei danni sul piano della responsabilità contrattuale. Ciò significa che il diritto francese conosce un ampliamento dei rapporti obbligatori che ruota comunque attorno alle idee di contratto e di prestazione. A differenza di quanto accade nell'esperienza tedesca, in Francia non sono ipotizzabili obblighi di protezione "puri", "autonomi" od "obbligazioni senza prestazione"<sup>49</sup>. La responsabilità pre-contrattuale, poiché si caratterizza ontologicamente per l'assenza di un contratto, è sicuramente extra-contrattuale ed è inquadrata, senza alcun dubbio, nell'ambito della clausola generale di cui all'articolo 1382 *Code civil*. La diversa soluzione ideata dal diritto tedesco, ed oggi codificata nel § 311 BGB, è stata necessitata dall'impossibilità di utilizzare il rimedio delittuale. E la giuridicizzazione in termini obbligatori del "contatto negoziale" ha consentito al legislatore della riforma di conservare il tradizionale sistema tipizzato di responsabilità delittuale (§§ 823 e 826 BGB), ispirato "al principio della piena libertà d'azione di ogni persona (fisica e giuridica), con il solo limite del comportamento antigiuridico espresso nelle forme del dolo e della colpa"<sup>50</sup>.

L'estensione dell'area dei danni risarcibili nell'ambito della sola responsabilità contrattuale attraverso la codificazione dell'obbligazione come rapporto complesso (§§

<sup>46</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, cit.*, p. 87 s.

<sup>47</sup> In tal senso è la dottrina francese di gran lunga prevalente. Tuttavia, con specifico riferimento al diritto italiano, sottolinea, da ultimo, l'ambiguità dell'espressione "obbligazione *ex lege*", F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 118 s.

<sup>48</sup> C. LARROUMET, Note a *Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982*, anche in *Rec. Dalloz*, 1982, *Inf. rap.* - *Somm. comm.*, p. 364.

<sup>49</sup> Più precisamente, di "*gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*", discorre K. LARENZ, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, 1982, p. 101.

<sup>50</sup> M. FEOLA, La responsabilità civile al confine tra contratto e torto. Obbligazioni di *sécurité*, *Schutzpflichten* ed effetti di protezione del contratto rispetto a terzi, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, in *Studi di Diritto Civile e Comparato*. Collana diretta da R. Favale, M. Feola e A. Procida Mirabelli di Lauro, n. 4, Torino, 2014, p. 50.

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 già 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"<sup>51</sup>, perché "la cerchia degli aventi diritto al risarcimento minaccerebbe di allargarsi a dismisura" e, con essa, la sfera dei danni subiti *indirettamente* da terzi<sup>52</sup>. Tuttavia, proprio allo scopo di "introdurre un parziale correttivo alla irrisarcibilità dei danni patrimoniali in sé considerati" è giudicato "plausibile che il diritto vigente ricorra allo strumento del contratto e a quello, equivalente, del 'rapporto particolare'"<sup>53</sup>. 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"<sup>54</sup> troverebbe fondamento nel fatto che "il 'contatto' contrattuale determina una maggiore possibilità di incidenza sui beni e sugli interessi della controparte"<sup>55</sup>. Quindi, "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"<sup>56</sup>.

Ecco spiegate, con vent'anni di anticipo, le ragioni e la congruenza sistematica della riforma 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 delittuale<sup>57</sup>. E ciò non tanto per l'esistenza di una "clausola generale" che, sulla scia dell'insegnamento di Stefano Rodotà<sup>58</sup>, le Sezioni Unite civili non si sono stancate di riaffermare<sup>59</sup>, quanto per la previsione di differenti regimi di

<sup>51</sup> C.-W. CANARIS, Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima), *cit.*, p. 575.

<sup>52</sup> C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>53</sup> C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>54</sup> C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 572.

<sup>55</sup> C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 576.

<sup>56</sup> C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>57</sup> Tale argomento è sostenuto, oggi, soprattutto da M. BARCELONA, Trattato della responsabilità civile, *cit.*, p. 65 ss.

<sup>58</sup> Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964, pp. 107 ss., 112 ss., 183 ss. e 199 ss. Sul punto, anche per le ulteriori citazioni bibliografiche, si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile), Parte II, Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss., ed a V. SCALISI, Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 38 ss.

<sup>59</sup> 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. Affermano che "il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., la lesione di



imputazione della responsabilità delittuale (ad es., gli articoli 2051 Codice civile e 1384, comma 1, *Code civil*) che prescindono dalla colpa e che, oltre ad invertire l'onere della prova, ne mutano l'oggetto<sup>60</sup>.

### III L'AMBIGUA NOZIONE DI "CONTATTO SOCIALE" E LA SUA CONTRAPPOSIZIONE ALL'IDEA DI "CONTATTO NEGOZIALE"

L'esistenza di un rapporto obbligatorio in assenza di un contratto e di una prestazione richiede l'individuazione di un ulteriore "atto o fatto" (*ex* articolo 1173 Codice civile) che ne costituisca la fonte<sup>61</sup>. Malgrado la concezione dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico<sup>62</sup> – non a caso pensata dall'ideatore dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione – sia stata poi respinta dal suo stesso autore "nella misura in cui fa riferimento ad un comportamento meramente fattuale senza fondamento negoziale"<sup>63</sup>, l'idea di una responsabilità da affidamento connessa all'inadempimento (*recte*, alla violazione) di un'obbligazione senza prestazione è stata fondata, dalla nostra giurisprudenza, direttamente sulla teoria dei rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), così come ideata da Günter Haupt<sup>64</sup>. La Cassazione italiana, quando contrattualizza la responsabilità in presenza di "un obbligato 'che non c'è'"<sup>65</sup>, individua la fonte della responsabilità contrattuale non tanto nell'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione, o in una generale nozione di responsabilità da affidamento, quanto nella violazione di "obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale"<sup>66</sup>. E così, tra le altre, sono state qualificate da "contatto sociale", oltre alla celeberrima responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata<sup>67</sup>, quella del "precettore" dipendente da un istituto scolastico per il non aver vigilato "sulla *sicurezza* e l'incolumità dell'allievo

---

qualsiasi interesse giuridicamente rilevante", anche Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 25.

<sup>60</sup> Così, M. FEOLA, Le obbligazioni di *sécurité*, *cit.*, p. 339 ss.

<sup>61</sup> Tra gli altri, M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 71.

<sup>62</sup> Sostenuta proprio da K. LARENZ fino alla IX edizione (1968) della sua opera (così, G. VARANESE, Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto, in G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, *cit.*, p. 42). Il mutamento di opinione dell'esimio maestro è posto in evidenza da H. KÖHLER, Karl Larenz, in *VersR*, 1993, p. 421.

<sup>63</sup> K. LARENZ e M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., München, 2004, p. 579.

<sup>64</sup> G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, *cit.*, p. 50 ss. Per una critica agli indirizzi della nostra giurisprudenza, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, *cit.*, pp. 78 ss., 94 ss.

<sup>65</sup> Con grande efficacia, A. DI MAJO, Le tutele contrattuali, *cit.*, p. 65.

<sup>66</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. DI MAJO, Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili.

<sup>67</sup> Basti citare il *leading case*: Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con i commenti di V. CARBONE, La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto, e di R. DE MATTEIS, La responsabilità medica tra *scientia iuris* e regole di formazione giurisprudenziale (*ivi*, p. 777 ss.).

nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica<sup>68</sup>, quella da “inesatto pagamento” della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile<sup>69</sup>, quella “da attività procedimentale” della P.A. nei confronti del cittadino, la quale si caratterizzerebbe per un contatto “specifico e differenziato”<sup>70</sup>. A questi casi va aggiunto quell’indirizzo della Cassazione<sup>71</sup>, poi revocato in dubbio dalla giurisprudenza successiva<sup>72</sup>, che aveva ravvisato nella responsabilità precontrattuale una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, in quanto sarebbe stato “lo stesso legislatore”, nel prevedere l’obbligo di buona fede, a costituire un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative.

Il riferimento ad una sempre più estesa responsabilità da “contatto sociale” più o meno qualificato rappresenta una soluzione che la nostra giurisprudenza ha ispirato essenzialmente ad esigenze di semplificazione. Ma questa semplificazione introduce, nella specie, una posizione sostanzialmente diversa rispetto alla stessa esperienza tedesca, nella quale il “contatto negoziale” è inteso proprio “in contrapposizione ad un mero ‘contatto sociale’”<sup>73</sup>. Infatti, non potrebbe “non destare sorpresa” che la teoria del “contatto sociale”, “specie nella ‘libera’ applicazione che sembra farne la giurisprudenza italiana”, appaia del tutto svincolata “dalle regole e dai limiti che ne hanno invece contrassegnato l’applicazione nel diritto tedesco”<sup>74</sup>. La situazione che si è verificata in Italia è stata considerata paradossale: mentre, “da ormai più di dieci anni, la nostra giurisprudenza invoca il contatto sociale quale possibile fonte” di obbligazioni “nelle situazioni più disparate”, in Germania si esclude oggi in maniera “praticamente unanime” che “un semplice contatto sociale possa essere considerato fonte di obbligazioni”<sup>75</sup>.

D’altronde, proprio nel suo *leading case* la Suprema Corte aveva riconosciuto la mancanza di un qualsivoglia “contatto negoziale”<sup>76</sup> finalizzato alla conclusione di un contratto, essendo l’attività del sanitario dovuta non nei riguardi del paziente, ma “nei

<sup>68</sup> Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2649, con nota di F. DI CIOMMO, La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell’art. 2048 c.c.

<sup>69</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, *cit.*, p. 1708 s.

<sup>70</sup> Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78. Afferma che la responsabilità della P.A. “si estende alla cosiddetta responsabilità da ‘contatto sociale’” anche Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, I, c. 457.

<sup>71</sup> Cass., I Sez. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in I contratti, 2012, p. 237, con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo*, contatto sociale e modelli di responsabilità.

<sup>72</sup> Ad es., Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. DELLA NEGRA, La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta? Qualifica, in termini di illecito aquiliano, la decisione assunta da Cass., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4382, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1103, V. MONTANI, Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da *genus a species*, *ivi*, 2012, p. 1107.

<sup>73</sup> Così, A. DI MAJO, Le tutele contrattuali, *cit.*, p. 66, in nt. 34.

<sup>74</sup> A. DI MAJO, L’obbligazione “protettiva”, in *Europa e dir. priv.*, 2015, pp. 12 e 13, in nt. 29.

<sup>75</sup> A. ZACCARIA, Der aufhaltsame Aufstieg, *cit.*, p. 78. Sul punto, però, C. CASTRONOVO, Eclissi del diritto civile, Milano, 2015, p. 150 s., non ha mancato di rilevare che, pur ammettendo che nel trapianto avvenuto in Italia tale figura abbia “subito un approfondimento e un’estensione che la dottrina tedesca [...] non ha ritenuto di fare”, non vi sarebbero ulteriori “ragioni per rinnegare lo sviluppo che noi abbiamo inteso dare alla figura, in questo seguiti dalla giurisprudenza nostrana”.

<sup>76</sup> Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 444.

confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente"<sup>77</sup>. La Cassazione, al fine non soltanto di riaffermare la responsabilità solidale del medico con la struttura sanitaria<sup>78</sup>, ma anche, probabilmente, di dichiarare "il carattere privatistico-professionale della responsabilità dell'Ente, pur gestore di un servizio pubblico"<sup>79</sup>, individua la fonte dell'obbligazione in un "semplice 'contatto sociale'", ammettendo "che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto"<sup>80</sup>. Allo scopo di giustificare la "dissociazione tra la fonte [...] e l'obbligazione", essa afferma che bisogna riguardare il "fenomeno" non tanto in ragione della fonte, quanto "in ragione del rapporto che ne scaturisce", divenendo "allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto"<sup>81</sup>. Nella specie, il medico ha fatto non "qualcosa che non si sarebbe dovuto fare"<sup>82</sup>, ma non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò che avrebbe dovuto fare, cioè "ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale"<sup>83</sup>.

A parte l'argomento a effetto<sup>84</sup>, che ribalta la locuzione ideata da Staub<sup>85</sup> proprio per ricomprendere nelle perturbative dell'adempimento le ipotesi di violazioni (positive) del contratto diverse dall'omissione e dal ritardo, v'è da rilevare che il problema risolto dalla Corte non riguarda né gli obblighi di protezione, né, tanto meno, l'obbligazione senza prestazione. Come già rilevato da un'autorevole dottrina<sup>86</sup>, e come ammesso, nella specie, dalla stessa Cassazione<sup>87</sup>, la sentenza ha ad oggetto il solo inesatto adempimento della prestazione da parte di un soggetto, preposto dall'Ente, che non era obbligato nei confronti del paziente. La questione essenziale, quindi, concerne la teoria delle fonti dell'obbligazione<sup>88</sup>, nel senso di ammettere (o meno) l'eventualità che, nell'ambito del sistema "aperto" codificato dall'articolo 1173 del Codice civile<sup>89</sup>, sia possibile che l'esecuzione, spontanea nei riguardi del paziente, ma dovuta nei confronti dell'Ente, della

---

<sup>77</sup> Così, proprio Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 443.

<sup>78</sup> Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 441.

<sup>79</sup> In questi termini, A. DI MAJO, L'obbligazione senza prestazione, *cit.*, p. 448, in nt. 8.

<sup>80</sup> Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 444.

<sup>81</sup> Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 444.

<sup>82</sup> Sul punto, mi sembra opportuno richiamare l'insegnamento di H. STAUB, Le violazioni positive, *cit.*, p. 40.

<sup>83</sup> Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 444.

<sup>84</sup> Afferma, infatti, che l'argomento "è di quelli che fanno colpo", A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 447.

<sup>85</sup> H. STAUB, *op. loc. ult. cit.* Anche secondo H. STOLL, *Commiato, cit.*, § I.1, la peculiarità del pensiero di Staub consiste nell'aver individuato casi nei quali "qualcuno fa ciò che deve omettere" e non, invece, "in cui qualcuno omette ciò che deve fare".

<sup>86</sup> L. MENGONI, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 368 e 371.

<sup>87</sup> La Cassazione, infatti, afferma che si tratta di un problema di attribuzione di un diritto "al conseguimento della prestazione principale" (Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, p. 443).

<sup>88</sup> Così, già A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 449.

<sup>89</sup> Sul punto, l'insegnamento di M. GIORGIANNI, Appunti sulle fonti dell'obbligazione, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 71 ss.

prestazione configuri, mediante il “contatto sociale”, un “atto o fatto” idoneo a produrre un rapporto obbligatorio “in conformità dell’ordinamento giuridico”.

Come si è constatato con grande efficacia, “in principio” “v’è dunque la prestazione” (quasi sempre inesattamente eseguita), “cui segue come effetto necessario l’obbligazione”<sup>90</sup>. Il problema degli obblighi di protezione è ulteriore ed eventuale rispetto all’esistenza dell’obbligazione: una volta ammesso che questo “contatto sociale” sia idoneo a produrre un’obbligazione, si porrà il problema di ammettere o meno eventuali obblighi di protezione “connessi” all’esecuzione (esatta o inesatta) della prestazione. Si pensi, ad esempio, all’insorgere, a seguito del ricovero in ospedale, di un’ulteriore patologia (polmonite, epatite, HIV, infezione) contratta dal paziente a causa o in occasione dell’adempimento (anche esatto) della prestazione.

Non va sottaciuto, inoltre, che nella gran parte dei casi tipizzati dalla giurisprudenza in termini di “contatto sociale” (medico, “precettore”, ecc.) si è in presenza di ipotesi classiche di responsabilità per il fatto degli ausiliari<sup>91</sup>, e le soluzioni accolte per costoro, nel senso della responsabilità contrattuale e non di quella extracontrattuale<sup>92</sup>, non possono essere difformi da un’interpretazione unitaria dell’articolo 1228 del Codice civile nei riguardi di tutti gli altri ausiliari del debitore. In proposito non sembra possibile, da un lato, escludere che l’ausiliare del debitore possa essere “a propria volta debitore”, e quindi tenuto a responsabilità contrattuale nei riguardi del creditore<sup>93</sup>; dall’altro, affermare che il medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata (che è un ausiliare del debitore) sia direttamente responsabile in via contrattuale nei riguardi del paziente, in virtù di una responsabilità da affidamento derivante dallo specifico *status* professionale.

D’altronde, che il sanitario sia un “ausiliario necessario dell’organizzazione aziendale” è ribadito anche da una più recente sentenza<sup>94</sup> nella quale, anzi, si afferma che tale qualifica possa sussistere pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato tra clinica e chirurgo. Nella specie, il professionista è stato considerato responsabile anche dell’operato di terzi (e, quindi, della stessa clinica) della cui attività si avvale, poiché “di norma, l’individuazione della Casa di cura dove il medico eseguirà la prestazione promessa costituisce parte fondamentale del contenuto del contratto stipulato tra il paziente ed il professionista, nel senso che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche e che, a sua volta, ciascuna Casa di cura accetta solo i pazienti curati da determinati medici”<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 451.

<sup>91</sup> Tant’è che la dottrina, allorché esemplifica il fatto dell’ausiliario, cita proprio il caso del “cliente in cura presso una clinica” che “subisce lesioni per colpa di un sanitario di tale clinica” (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64).

<sup>92</sup> In questi termini è, invece, la dottrina di gran lunga prevalente (per tutti, C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>93</sup> C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 708.

<sup>94</sup> Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

<sup>95</sup> Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, *cit.*, p. 840.

**IV DALLA TEORIA DELL'“OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE” ALLA PRAGMATICA DELLA “PRESTAZIONE SENZA OBBLIGAZIONE”. LA “SPECIFICITÀ” DELLA CULPA IN CONTRAHENDO. L'ESPLORAZIONE DELLE PRESTAZIONI “NON DOVUTE” COME FONTE DI OBBLIGHI DI PROTEZIONE**

La teoria dell'obbligazione senza prestazione, se amputata dal richiamo al “contatto sociale”, non è sembrata in grado di spiegare “come” e “quando” la relazione divenga “categoria essenziale dell'obbligazione”<sup>96</sup>. Malgrado si sia affermato, in generale, che “Essere in relazione significa doversi già reciprocamente alcunché”<sup>97</sup>, e ciò proprio al fine di impedire che possa realizzarsi una “non spiegata inversione tra fatto e diritto”<sup>98</sup>, poi, in realtà, si è ipotizzato “*ex ante* il carattere ‘relazionale’ del rapporto, per trarne la conseguenza che il dovere di protezione perde la sua natura *aquiliana*, per assumere quella contrattuale”<sup>99</sup>. In tale ricostruzione si anniderebbe una “petizione di principio”: occorrerebbe domandarsi “come fa un dovere e/o un obbligo, privo all'origine di ‘relazionalità’, a trasferirla *tout court* ad una situazione che si definisce essere di non-rapporto, e cioè non relazionale”<sup>100</sup>. Si finisce per “capovolgere la sequenza tradizionale”, mentre è l'obbligazione, “quale, per definizione, situazione ‘di rapporto’ tra soggetti determinati”, strutturata attorno all'obbligo di prestazione, “ad attribuire carattere di ‘concretezza’ al ‘dovere di protezione’ di natura *aquiliana*, ove questo venga in esso a innestarsi”<sup>101</sup>.

La protezione, dunque, deve essere “pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione” o in ogni caso “dovuta in previsione di essa”<sup>102</sup>. Diversamente, l'“azzeramento” di ogni connessione con la prestazione farebbe venir meno “ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi, pattuiti o comunque dovuti”<sup>103</sup>. Il ravvisare un obbligo di protezione anche “in previsione” di una prestazione, oltre ad allineare il nostro diritto alla riforma del diritto tedesco (§ 311, comma 2, BGB), sembra cogliere il senso di quella obbligazione che, per espressa volontà del legislatore, sorge nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, impegnando le parti a comportarsi secondo buona fede (articolo 1337 Codice civile). E così anche per i contratti invalidi o altrimenti inefficaci. In assenza di una disciplina analoga, il diritto francese, fedele all'idea di “connessione” funzionale dell'obbligazione di *sécurité* rispetto alla prestazione ed al contratto, colloca la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Ma, in Italia, è proprio il testo degli articoli 1337 e 1338 del Codice civile che può indurre a ravvisare un “rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i

<sup>96</sup> L'A. richiamato è C. CASTRONOVO, La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

<sup>97</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 73.

<sup>98</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 61.

<sup>99</sup> A. DI MAJO, L'obbligazione “protettiva”, *cit.*, p. 9.

<sup>100</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>101</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>102</sup> A. DI MAJO, Le tutele contrattuali, *cit.*, p. 65.

<sup>103</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

rapporti *ex lege*”, *inter partes* e “relativi”<sup>104</sup> la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale.

La soluzione dei problemi delle responsabilità precontrattuale o postcontrattuale, quindi, è indipendente dalla generalizzazione della regola di buona fede oggettiva prevista dall’articolo 1337 del Codice civile, poiché essa concerne il solo “contatto negoziale” avanzato, specificamente individuato “nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto”. Con tale norma il legislatore avrebbe inteso disciplinare non un’ipotesi di contatto sociale qualificato dall’affidamento ingenerato dalla “qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa”<sup>105</sup>, ma “la particolare relazione che si trova a ridosso del contratto” e che è, “intrinsecamente, affine al rapporto che sorge da un contratto”<sup>106</sup>. Si tratta di quel “contatto negoziale” del quale parla il legislatore tedesco nel § 311, non, invece, di una responsabilità da mero contatto sociale. Proprio la “specificità” del problema della *culpa in contrahendo* è tale da giustificare “il passaggio dalla situazione di non-rapporto a quella di rapporto”: ma “non sembra sia consentito ‘navigare’ oltre di essa, nel ‘mare aperto’ di rapporti aventi diversa natura e collocazione”<sup>107</sup>.

La teoria dell’obbligazione senza prestazione, così come è stata attuata dalla giurisprudenza, malgrado gli annunciati propositi di generalizzazione, in concreto è stata applicata a pochi casi di responsabilità da affidamento derivante dallo *status* professionale rivestito dal danneggiante. Più recenti dottrine, invece, riflettendo ora sul tema delle prestazioni non dovute<sup>108</sup>, ora sull’espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, comma 2, n. 3 del BGB)<sup>109</sup>, hanno esaminato ipotesi assai rilevanti, nelle quali l’obbligazione c’è, ma riguarda un soggetto diverso (è il caso, già citato, delle prestazioni eseguite dagli ausiliari del debitore), o nelle quali la relazione, semmai fondata su una promessa, è considerata “non giuridica”<sup>110</sup> in virtù dell’incoercibilità (ad es., rapporti di cortesia) o della spontaneità (ad es., gestione di affari altrui, obbligazioni naturali, adempimento del terzo) della prestazione.

Ecco che, allora, il problema si sposta dall’ontologia dell’“obbligazione senza prestazione” alla pragmatica della “prestazione senza obbligazione”. L’intuizione di Adolfo di Majo, che in origine poteva sembrare una benevola provocazione espressa mediante un abile gioco di parole, ma che in realtà descriveva fedelmente la posizione giuridica del medico dipendente dalla struttura sanitaria, è stata oggetto di un’attenta riflessione. Premesso che “uno dei temi più dibattuti”<sup>111</sup> ha riguardato proprio la possibilità di individuare doveri di protezione non collegati ad un obbligo di prestazione, e che non è

<sup>104</sup> L. MENGONI, Obbligazioni “di risultato”, *cit.*, p. 369, anche in nt. 16. In argomento, Id., Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.; F. BENATTI, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963, pp. 67 ss., 126 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, Milano, 1980, p. 213 ss.; C. CASTRONOVO, La nuova responsabilità civile, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, p. 459 ss.

<sup>105</sup> Così, invece, C. CASTRONOVO, Ritorno all’obbligazione senza prestazione, *cit.*, p. 698.

<sup>106</sup> L. LAMBO, Obblighi di protezione, *cit.*, p. 386.

<sup>107</sup> Per le due espressioni tra virgolette, A. DI MAJO, L’obbligazione “protettiva”, *cit.*, p. 11.

<sup>108</sup> F. VENOSTA, Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.

<sup>109</sup> A. ZACCARIA, Der aufhaltsame Aufstieg, *cit.*, p. 91 ss.

<sup>110</sup> G. MARINI, Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti, Napoli, 1995, p. 312.

<sup>111</sup> Così, F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 109 s.

parsa “sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell’indicazione proveniente dall’articolo 1337”<sup>112</sup>, poiché “a tal fine forse non basta il riferimento alla categoria, *puramente logica*, della *relazione*”<sup>113</sup>, è sembrato “necessario argomentare su basi normative” in cosa debba consistere il “contatto sociale” che può creare i doveri di protezione. Ma più che di “contatto sociale”, di per sé inidoneo a qualificare un’obbligazione sulla base del generico riferimento all’articolo 1173 del Codice civile<sup>114</sup>, l’indagine ha riguardato quelle ipotesi, tipicamente previste dalla legge (ad es., adempimento del terzo, gestione di affari altrui, contratto nullo ma eseguito, indebito pagamento, pagamento al creditore apparente, delegazione di pagamento, ecc.) nelle quali, pur in assenza di una previa obbligazione, si consente l’esecuzione di una prestazione<sup>115</sup>. Se si prescinde da alcune di queste ipotesi (ad es., pagamento dell’indebito o al creditore apparente), che potrebbero soltanto dimostrare “in realtà a quale ‘deriva’ possa dar luogo la generalizzazione del principio di buona fede”<sup>116</sup>, in altri casi la nascita di obblighi di protezione potrebbe spiegarsi con il fatto che entrambe le parti accettano “consapevolmente la legge dell’obbligazione” con la quale si trovano ad interferire, sia pure sul terreno del solo adempimento<sup>117</sup>. Qui l’esecuzione di una prestazione non dovuta instaura quella “speciale relazione giuridica”<sup>118</sup>, quel “rapporto particolare”<sup>119</sup> che espone entrambe le sfere giuridiche al rischio di “incidere su persone e cose dell’altra parte”<sup>120</sup>. La relazione che si instaura per effetto dell’esecuzione di una prestazione non dovuta (ma consentita dalla legge), cioè di una prestazione senza obbligazione, potrebbe generare obblighi di protezione il cui scopo è quello di “proteggere la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione speciale e per suo tramite”<sup>121</sup>. Ma, in questo caso, diversamente da quel che si afferma, si tratta non di obblighi di protezione “autonomi”<sup>122</sup>, ma di obblighi di protezione comunque funzionalmente “connessi” all’esecuzione di una prestazione, sia pure non dovuta. In questo caso gli obblighi di protezione sorgono non per effetto della previa costituzione di un rapporto obbligatorio, bensì a causa dell’esecuzione, *secundum legem*, di una prestazione senza obbligazione.

Si è già accennato alla prestazione eseguita dall’ausiliare del debitore (articolo 1228 Codice civile), il quale non è direttamente obbligato nei confronti del creditore del debitore. Qui la scienza giuridica di gran lunga dominante ha operato una netta distinzione: mentre il debitore risponde *ex contractu* ed a titolo di responsabilità oggettiva<sup>123</sup> per il fatto degli ausiliari nei riguardi del creditore, sia per l’inadempimento, sia per la violazione di eventuali obblighi di protezione, l’ausiliare risponderebbe personalmente in via

<sup>112</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 112.

<sup>113</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 113.

<sup>114</sup> In questi termini, A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.

<sup>115</sup> L’indagine è stata svolta soprattutto da F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

<sup>116</sup> A. DI MAJO, L’obbligazione “protettiva”, *cit.*, p. 13, in nt. 30.

<sup>117</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>118</sup> Della quale parla già H. STOLL, *Commiato, cit.*, § IV.2 lett. a).

<sup>119</sup> C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, cit.*, pp. 572 ss., 808 ss.

<sup>120</sup> Già H. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.2 lett. b).

<sup>121</sup> Secondo le parole di H. STOLL, *op. loc. ult. cit.*

<sup>122</sup> Così, invece, F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 119.

<sup>123</sup> Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità, cit.*, p. 60.

extracontrattuale<sup>124</sup> e per colpa nei confronti del creditore per i danni cagionati nell'esecuzione della prestazione. L'ipotesi è estremamente rilevante, poiché proprio il caso del medico dipendente dalla struttura sanitaria ha rappresentato l'esempio più eloquente su cui si è fondata, in dottrina, la teoria dell'obbligazione senza prestazione e, in giurisprudenza, la responsabilità da contatto sociale qualificato. Ma, come s'è detto, non sembra possibile interpretare in maniera antinomica la disciplina della responsabilità degli ausiliari, che sarebbe ora contrattuale, ora delittuale nei confronti del creditore secondo che il "terzo" sia un medico, un infermiere, un insegnante, ovvero un altro ausiliare del debitore. D'altronde, la posizione del "terzo" ausiliare sembra richiamare quella descritta dall'articolo 1180 del Codice civile: in entrambe le ipotesi l'esecuzione di una prestazione non dovuta nei riguardi del creditore instaura una relazione che potrebbe generare obblighi di protezione nei suoi riguardi, e ciò a prescindere dall'eventuale *status* professionale dell'ausiliare e dal presunto affidamento riposto in esso dal creditore<sup>125</sup>.

In questo contesto, un ruolo altrettanto significativo è assunto anche dall'esecuzione di prestazioni che costituiscono l'oggetto di obbligazioni non coercibili, perché qualificate dalla legge come "esecuzione di doveri morali o sociali" (ad es., l'articolo 2034 Codice civile), ovvero considerate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti come attuazione di obblighi "non giuridici", perché non connotati dalla realizzazione di un interesse economico del promittente e/o dall'esercizio dell'attività in forma professionale<sup>126</sup>. Il discorso involge i cc.dd. rapporti di cortesia, che le esperienze francese, tedesca e italiana hanno confinato, per tradizione, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per colpa. Da rilevare, tuttavia, che il criterio della professionalità nell'esercizio dell'attività è un criterio che prova troppo (o troppo poco), poiché esso non connota tutti i contratti (onerosi o gratuiti) che sono considerati giuridicamente rilevanti. Il dato dell'interesse del promittente, poi, se si esamina la giurisprudenza in materia, è stato inteso spesso in modo ambiguo e polisenso, avendo dato luogo a decisioni incerte e contraddittorie<sup>127</sup>. Nell'ambito della circolazione stradale, la distinzione tra trasporto oneroso, gratuito e di cortesia è stata causa di un'ingiustificata disparità di trattamento tra le vittime (semmai, di un medesimo incidente). Mentre i trasportati a titolo oneroso e gratuito hanno potuto giovarsi, in Francia, del regime di responsabilità oggettiva contrattuale derivante dall'*inexécution* di un'obbligazione di *sécurité* di risultato e, in Italia, dell'inversione dell'onere della prova previsto dal più sibillino articolo 1681, comma 1, del Codice civile, sui trasportati a titolo di cortesia è continuato a gravare l'onere di provare la colpa del vettore ai sensi degli articoli 1382 *Code civil* o 2043 del Codice civile.

A questa situazione di diseguaglianza ha posto rimedio, in Francia, fin dal 1968, la *Chambre mixte* della Cassazione<sup>128</sup>, la quale ha consentito sia ai trasportati "di cortesia", sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale

<sup>124</sup> C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 64.

<sup>125</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 150 s.

<sup>126</sup> Su questi due criteri, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 171 ss.

<sup>127</sup> Cfr., ad es., la giurisprudenza cit. da V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2003, pp. 69-71, anche in nt. 115.

<sup>128</sup> *Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968*, in *Rec. Dalloz, Jur.*, p. 37.



previsto dall'articolo 1384, comma 1, "equivalente"<sup>129</sup> a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso o gratuito. A fronte della proposta (inascoltata, nella nostra esperienza giuridica) di considerare il trasporto gratuito e quello di cortesia nell'ambito di un unico paradigma normativo che caratterizza il trasporto "senza corrispettivo"<sup>130</sup>, il problema è stato definitivamente risolto dai legislatori francese e italiano, almeno con riguardo al trasporto mediante veicoli a motore. Sia la *Loi Badinter* (articolo 1 della legge n. 85-677 del 5 luglio 1985), sia il Codice delle assicurazioni private (articolo 141 del decreto legislativo del 7 settembre 2005, n. 209) hanno unificato la disciplina dei trasportati a titolo oneroso, gratuito o di cortesia prevedendo un regime di responsabilità oggettiva che, pur trovando il suo fondamento nel contratto di assicurazione di responsabilità, rappresenta il superamento della tradizionale partizione tra le due specie della responsabilità civile attraverso "*une unification des régimes d'indemnisation*"<sup>131</sup>.

Per quanto riguarda gli altri rapporti di cortesia, il carattere della patrimonialità o no dell'interesse del promittente non sembra possa continuare ad essere considerato decisivo. Sia perché, com'è noto, la prestazione può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale del creditore (articolo 1174 Codice civile)<sup>132</sup>; sia perché, piuttosto che vagliare il carattere economico o meno dell'interesse, sarebbe prioritario verificarne la sua meritevolezza di tutela ai sensi dell'ordinamento giuridico (articolo 1322, comma 2, Codice civile). D'altronde anche la prestazione cortese, per quanto incoercibile, non può non essere ispirata al principio di buona fede, che permea tutte le attività che possono definirsi "prestazione", "quale che ne sia il titolo ed anche se non sono giuridicamente dovute"<sup>133</sup>.

In Germania, una soluzione analoga è stata prospettata sulla base dell'interpretazione dell'espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, comma 2, n. 3 BGB). Se non si vuole intendere tale locuzione come un riferimento inutilmente ripetitivo di quei contatti negoziali "di minore intensità", comunque simili a quelli già previsti nei precedenti nn. 1 e 2, l'espressione potrebbe essere riferita "proprio ai rapporti di cortesia 'puri', in considerazione della loro affinità con i contatti negoziali" e della loro attitudine a generare obblighi di protezione sulla base di una "estensione della responsabilità *in contrahendo*" o comunque di "un principio di tutela dell'affidamento analogo a quello che anima la teoria della responsabilità *in contrahendo*"<sup>134</sup>. In tal modo, escluso che il semplice richiamo al mero "contatto sociale" possa essere di per sé sufficiente a fondare obblighi di protezione<sup>135</sup>, l'espressione esaminata concernerebbe non i "contatti negoziali simili" a

<sup>129</sup> Per una ricerca sulle ulteriori regole "equivalenti" che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali, ora contrattuali, la monografia di M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité, cit.*, pp. 35 ss., 222 ss. e *passim*.

<sup>130</sup> V. BUONOCORE, *op. ult. cit.*, pp. 65 e 79 s.

<sup>131</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2006, p. 1289 s.

<sup>132</sup> In proposito, il saggio di M.R. MARELLA, *Le conseguenze "non patrimoniali" dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 175 ss., sulla scia dell'insegnamento di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, rist., Milano, 1968, pp. 29 ss., 33 ss.

<sup>133</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 143.

<sup>134</sup> Così, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg, cit.*, pp. 90 e 91.

<sup>135</sup> C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 520.

quelli contemplati nei nn. 1 e 2 del § 311, comma 2, BGB, ma i rapporti di cortesia quali “contatti non negoziali [...] suscettibili di fondare comunque un obbligo di protezione in quanto simili ai contatti negoziali”<sup>136</sup>.

#### V *IL CARATTERE STRUMENTALE E RIMEDIALE DELLE OBBLIGAZIONI DI SÉCURITÉ E DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE*

Un altro aspetto che è stato posto nitidamente in evidenza<sup>137</sup> è quello del carattere *rimediale* del sistema delle obbligazioni di *sécurité*, nel senso di attribuire un rimedio contrattuale (anche se soltanto) risarcitorio, rispetto al rimedio delittuale, ma caratterizzato da un certo regime di imputazione della responsabilità, in presenza di determinate condizioni – scrutinate sulla base del principio del *non-cumul* –, al fine di tutelare uno specifico assetto di interessi. In proposito la stessa dottrina francese ha parlato dell’obbligazione di *sécurité* come di un’“obbligazione indennitaria”, con caratteristiche utilitaristiche e funzionali assai marcate<sup>138</sup>.

Anche in Germania e in Italia la scoperta degli obblighi di protezione e, più in generale, il fenomeno di “contrattualizzazione” della responsabilità civile hanno contribuito a realizzare una più intensa tutela della vittima, rispetto a quella che sarebbe conseguita sulla base dell’applicazione delle regole di diritto comune in tema di responsabilità delittuale. Già Hermann Staub<sup>139</sup>, 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”<sup>140</sup> (§§ 278 e 831 BGB). Non v’è dubbio che questa problematica caratterizzerà l’esperienza germanica per tutto il XX secolo<sup>141</sup>, se è vero che un’autorevole dottrina ha individuato la medesima “funzione della teoria dei ‘doveri di protezione’” proprio nel “rendere applicabile il par. 278 BGB” in luogo del § 831<sup>142</sup>, al fine di escludere la prova liberatoria prevista da quest’ultimo testo. Il § 831, norma senz’altro “dubbia”, avrebbe potuto essere mantenuto in vigore nel BGB proprio grazie a quegli orientamenti delle Corti che “hanno riconosciuto *in via contrattuale* il risarcimento del danno, ancorché l’incidente subito dall’attore fosse da ricondurre ad una violazione generale del *neminem laedere*”<sup>143</sup>. La teoria delle *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”<sup>144</sup>.

<sup>136</sup> A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 91.

<sup>137</sup> Da M. FEOLA, L’obbligazione come rapporto complesso, *cit.*, §§ 8 lett. c), 9 e 10.

<sup>138</sup> Con la consueta arguzia, D. MAZEAUD, Le régime de l’obligation de *sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1201.

<sup>139</sup> Le violazioni positive, *cit.*, p. 70 s.

<sup>140</sup> Così, proprio H. STOLL, *Commiato*, *cit.*, § V.3, in fine.

<sup>141</sup> M. FEOLA, La responsabilità civile al confine tra contratto e torto, *cit.*, p. 55.

<sup>142</sup> C.-W. CANARIS, Norme di protezione (Parte seconda), *cit.*, p. 802.

<sup>143</sup> K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, Introduzione al diritto comparato, vol. II, Istituti, 3ª ed., *cit.*, p. 367.

<sup>144</sup> C.-W. CANARIS, Norme di protezione (Parte prima), *cit.*, p. 576.

Anche in Italia l'importazione della dottrina degli obblighi di protezione e della controversa idea di "contatto sociale qualificato" 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 la responsabilità dell'istituto scolastico nel caso di condotta autolesiva dell'allievo)<sup>145</sup>, più che ad un superamento<sup>146</sup> della distinzione, così come dichiarato dalle Sezioni Unite della Cassazione, si è assistito ad una trasformazione pura e semplice dell'originaria obbligazione "di mezzi" in un'obbligazione di "risultato"<sup>147</sup>. 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"<sup>148</sup>. Ai fini della prova 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"<sup>149</sup>.

L'orientamento ha trovato conferma ed ulteriore specificazione in una più recente sentenza della Cassazione: la prova del nesso di causa, quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto di cura, si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di danno, il quale è rappresentato "o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato"<sup>150</sup>. Il danneggiato, ai fini della prova della causalità, può limitarsi a dimostrare "uno di tali eventi", che si connotano "come inadempimento sul piano oggettivo, essendosi essi verificati a seguito dello svolgimento del rapporto curativo e, quindi, necessariamente – sul piano della causalità materiale – quale conseguenza del suo svolgimento"<sup>151</sup>. La presunzione *iuris tantum*<sup>152</sup> del rapporto eziologico fa gravare sui sanitari le cause "incerte" e "ignote", dovendo essi dimostrare "in alternativa il fatto di avere esattamente adempiuto, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante" tra l'inadempimento, la lesione, l'aggravamento, il decesso o l'insorgenza di una nuova patologia, ovvero che "gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento impreveduto o imprevedibile"<sup>153</sup>. Ancora una volta "la prova del caso fortuito, così come avviene nei

---

<sup>145</sup> Così, F. DI CIOMMO, La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica), *cit.*, c. 2638, nel commentare Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, *cit.*, c. 2635 ss.

<sup>146</sup> Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790, annotata da G. VINCIGUERRA, Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica.

<sup>147</sup> A. NICOLUSSI, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

<sup>148</sup> In questi termini, M. FEOLA, Le obbligazioni di *sécurité*, *cit.*, p. 366, che cita testualmente le espressioni utilizzate da Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*, p. 792.

<sup>149</sup> M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>150</sup> Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33.

<sup>151</sup> Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, *cit.*, p. 33.

<sup>152</sup> Così, G.M.D. ARNONE, La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa, in *Danno e resp.*, 2014, p. 40.

<sup>153</sup> G.M.D. ARNONE, *op. ult. cit.*, pp. 40 e 41.

casi di responsabilità oggettiva delittuale, si rivela l'unico elemento realmente idoneo ad interrompere il nesso causale e, quindi, a consentire l'esonero dalla responsabilità<sup>154</sup>.

Nel qualificare come obbligazione “di risultato” un'obbligazione che fino ad allora era stata considerata “di mezzi”, e per ora prescindendo dal fatto che tale qualificazione abbia ad oggetto un obbligo di prestazione (così come accade frequentemente nell'attività sanitaria) e non, invece, un obbligo di protezione<sup>155</sup>, la giurisprudenza italiana emula quella funzione *strumentale* e *rimediale* che l'obbligazione di *sécurité* ha assunto nell'esperienza francese. Se, infatti, per assurdo, nel qualificare nuovamente “di mezzi” l'obbligazione del sanitario, la giurisprudenza italiana identificasse questa sua responsabilità “contrattuale” con la disciplina prevista per la responsabilità delittuale per colpa (così come accade in Francia), o se, più probabilmente, il legislatore prevedesse una disciplina “speciale” unitaria per l'attività di tutti gli operatori sanitari (così come accaduto, in Germania, con la codificazione del contratto di trattamento medico<sup>156</sup> e, in Francia e in Italia, nei settori della circolazione stradale e del danno da prodotti), verrebbe meno ogni ragione pratica per considerare la responsabilità del medico dipendente come contrattuale (sulla base di un c.d. “contratto di protezione”)<sup>157</sup> piuttosto che extracontrattuale. In questo senso procede l'attuale riforma legislativa che tende a collegare nuovamente alla responsabilità delittuale per colpa (articolo 2043 Codice civile) l'attività degli operatori dipendenti da una struttura sanitaria, quali ausiliari del debitore nell'adempimento dell'obbligazione.

#### **VI SEGUE. LA CRITICA DELL'OBBLIGAZIONE DI SÉCURITÉ-MOYENS E IL SUO COLLEGAMENTO CON I RIMEDI DELITTUALI FONDATI SU REGOLE DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA**

La nascita stessa dell'obbligazione di *sécurité-résultat* testimonia, in Francia, un'indiscutibile funzione *rimediale*, consistente nell'esigenza di tutelare il trasportato – in presenza di una lacuna del *Code Napoléon* (articoli 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 (articolo 1382)<sup>158</sup>. La successiva evoluzione della disciplina giurisprudenziale in tema di trasporto terrestre confermerà

<sup>154</sup> M. FEOLA, Il danno da “nascita malformata”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 101.

<sup>155</sup> Così, L. MENGONI, Obbligazioni “di risultato”, *cit.*, pp. 368 e 371.

<sup>156</sup> Per tutti, J.F. STAGL, La “legge sul miglioramento dei diritti del paziente” in Germania, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 35 ss.; R. FAVALE, Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 693 ss.

<sup>157</sup> Un esplicito riferimento al “contratto di protezione” è in Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 30, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “*de profundis*” per il danno esistenziale.

<sup>158</sup> In tal senso, già le conclusioni del Procuratore Generale Luis SARRUT, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 254 s., in ordine a *Cass.*, 21 novembre 1911, e *Cass.*, 27 janvier 1913, *ivi*, I, p. 253 ss. Sul punto, per tutti, R. RODIÈRE, Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs, in *Sem. jur.*, 1952, I, Doctr., 997, e l'attenta ricostruzione storica di J.-L. HALPÉRIN, La naissance de l'obligation de sécurité, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1178.

questa tendenza: ma poiché la qualificazione in termini “di mezzi”<sup>159</sup> 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 trattamento con il “terzo”<sup>160</sup> al quale si applicava la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’articolo 1384, comma 1, con il caso Valverde<sup>161</sup> la giurisprudenza procederà a “decontrattualizzare” il regime di responsabilità<sup>162</sup> anche per il trasportato, sulla base dell’idea (già espressa nel caso “Caramello”)<sup>163</sup> che può esservi un’obbligazione di *sécurité* (di risultato) – e quindi una tutela contrattuale – soltanto durante l’esecuzione del contratto, ovvero dal momento in cui il passeggero inizia ad entrare nel mezzo di trasporto e fino all’istante in cui ha terminato di uscirne<sup>164</sup>.

Nell’evoluzione successiva, la qualificazione dell’obbligazione di *sécurité* in termini “di mezzi” o “di risultato” è stata puntualmente effettuata dalle Corti al fine di individuare la disciplina applicabile al concreto rapporto, soprattutto allorché tale obbligazione è stata inserita (come nella gran parte dei casi è accaduto) all’interno di un contratto atipico. Il numero e la varietà dei contratti ai quali la giurisprudenza ha collegato questa figura “sono impressionanti”, al punto che ci si è chiesti se “il campo di questa obbligazione non si estenda a qualsiasi convenzione la cui esecuzione possa ledere, in un qualsiasi momento e in qualunque maniera, la sicurezza fisica di uno dei contraenti o anche quella dei beni che sono stati affidati dall’altra parte”<sup>165</sup>.

Tuttavia, la discutibile idea secondo la quale, nella tradizione francese, la *faute civile* rappresenti ancora l’unitaria nozione ordinante le responsabilità sia delittuale sia contrattuale<sup>166</sup> farà sì che, almeno ogni qual volta il danno sia cagionato da una cosa in custodia, il rimedio contrattuale fondato sull’obbligazione di *sécurité* “di mezzi” divenga più sfavorevole per la vittima di quanto non lo sia il rimedio delittuale fondato sull’articolo 1384, comma 1. La tutela contrattuale dell’obbligazione di *sécurité* “di risultato” risulterà circoscritta ad ipotesi specifiche<sup>167</sup> e non sempre pregnanti sotto il profilo sociale. Se si

---

<sup>159</sup> Intervenuta con il caso “*Dame Decharme*”: *Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970*, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s., con nota di R. ABADIR, alla quale *adde* R. RODIÈRE, *Voyageurs veillez sur vous! Dialogue avec l’indulgence*, in *Rec. Dalloz*, 1971, *Chron.*, p. 45.

<sup>160</sup> Considerava “scioccante” questa disparità di trattamento, C. MASCALA, *Accidents de gare: le “déraillement” de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 81.

<sup>161</sup> *Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989*, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 633, con nota di G. PAIRE.

<sup>162</sup> Discorre di un “assèchement” dell’obbligazione di *sécurité* “di mezzi”, P. JOURDAIN, *La responsabilité de la S.N.C.F. pour un accident de gare est de nature délictuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, p. 550.

<sup>163</sup> Il quale (*Cass., I Ch. civ., 1<sup>er</sup> juillet 1969*, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.), tra l’altro, aveva dato origine all’articolata evoluzione giurisprudenziale.

<sup>164</sup> Secondo *Cass., I Ch. civ., 1<sup>er</sup> juillet 1969*, *cit.*, p. 640, l’obbligazione di condurre il viaggiatore “sano e salvo a destinazione” “esiste a carico del vettore soltanto durante l’esecuzione del contratto di trasporto, cioè a partire dal momento in cui il viaggiatore inizia a montare sul veicolo e fino al momento in cui egli ha terminato di scenderne”.

<sup>165</sup> G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions*, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, *cit.*, p. 458.

<sup>166</sup> In argomento, basti citare la più avvertita trattatistica (G. VINEY e P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, pp. 363 ss., 428 ss. e *passim*).

<sup>167</sup> Per le quali si rinvia a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, *cit.*, pp. 233 ss., 251 ss., 346 ss. e *passim*.

eccettuano alcune decisioni più recenti, la Cassazione, oltre al contratto di trasporto terrestre, individua un'obbligazione di risultato, ad esempio, a carico dei gestori di funivie<sup>168</sup> (mentre una diversa disciplina riguarderà seggiovie e sciovie)<sup>169</sup>, di villaggi turistici<sup>170</sup>, di *manège* di altalene<sup>171</sup>, di auto-scontro<sup>172</sup> e di montagne russe<sup>173</sup>, a carico del ristoratore o del gestore di altre strutture (alberghi, colonie, villaggi turistici) con riguardo alla qualità degli alimenti<sup>174</sup> e della nutrice *professionnelle* cui sono affidati fanciulli che non sono in grado di vegliare sulla propria sicurezza<sup>175</sup>. Nella quasi totalità degli altri "contratti", invece, la giurisprudenza, fedele al principio del *non-cumul*, assegna una tutela risarcitoria contrattuale, ma sulla base di un'obbligazione di *sécurité* "di mezzi". E sarà proprio la *prolifération*<sup>176</sup> delle obbligazioni di *sécurité-moyens* a spingere la dottrina a contestare con veemenza tale fenomeno: da un lato si ravviserà lo "snaturamento" del modello di obbligazione, la quale, se ha ad oggetto la *sécurité*, non può non essere "di risultato"<sup>177</sup>; dall'altro, si constaterà che in molte ipotesi (ad es., nel caso in cui il danno sia cagionato da una cosa in custodia) la qualificazione in termini contrattuali della tutela nuoce sicuramente alla vittima, in quanto la sottopone ad un regime fondato sulla prova della *faute contractuelle* del debitore, non consentendole di invocare la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'articolo 1384, comma 1, *Code*

<sup>168</sup> Per un'esplicita qualificazione in termini di obbligazione "di risultato" cfr., ad es., *Cass., I Ch. civ., 17 février 1987*, in *Sem. jur.*, 1988, II, 21082.

<sup>169</sup> Per la giurisprudenza, cfr. M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 235 ss.

<sup>170</sup> Pur non richiamando esplicitamente l'obbligazione "di risultato", esclude che sul *club* gravasse un'obbligazione "di mezzi", *Cass. crim., 1<sup>er</sup> juillet 1997*, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Inf. rap.*, p. 212.

<sup>171</sup> Un esplicito riferimento ad una "obbligazione di risultato, per quanto concerne la sicurezza dei suoi clienti", è in *Cass., I Ch. civ., 18 février 1986*, in *Rec. Dalloz*, 1986, *Inf. rap.*, p. 235. Sul punto, J. HUET, *Entreprise d'attraction pour enfant: obligation de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 770 s.

<sup>172</sup> Discorrono di un'obbligazione "determinata" o "di risultato", *Cass., I Ch. civ., 3 avril 1973*, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Somm.*, p. 91; *Cass., I Ch. civ., 12 février 1975*, *ivi*, 1975, *Jur.*, p. 512; *Cass., I Ch. civ., 17 juin 1975*, *ivi*, 1975, *Inf. rap.*, p. 216.

<sup>173</sup> Con esplicito riferimento all'obbligazione "di risultato", *Cass., I Ch. civ., 13 novembre 1974*, in *Sem. jur.*, 1974, II, *Jur.*, 18344; *Cass., I Ch. civ., 28 octobre 1991*, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Somm. comm.*, p. 271, sulla scia di *Req., 13 mai 1947*, in *Sem. jur.*, 1948, II, *Jur.*, 4032, annotata da R. RODIÈRE. Cfr. P. JOURDAIN, *L'exploitant d'un toboggan est tenu d'une obligation de sécurité de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 397.

<sup>174</sup> Anche qui, con esplicito riferimento all'obbligazione di *sécurité* "di risultato", *Cass., I Ch. civ., 2 juin 1981*, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9, anche in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

<sup>175</sup> *Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770. In argomento, C. LARROUMET, *Note à Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982*, in *Rec. Dalloz*, 1982, *Inf. rap. - Somm. comm.*, p. 364.

<sup>176</sup> Il termine è utilizzato da G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, *cit.*, p. 453 ss.

<sup>177</sup> In questi termini, P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1198, per il quale "c'est la sécurité qui est objet d'obligation"; e poiché "la sécurité ne se divise pas", se "*l'on assure la sécurité, [...] l'obligation est de résultat*". In maniera del pari incisiva, afferma che "l'obligation de sécurité est par sa nature une obligation déterminée, l'objet de l'obligation étant la sécurité due en tout état de cause par l'auteur du dommage", Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 84 (il corsivo è dell'Autrice).

*civil*.<sup>178</sup> In tal modo l'elaborazione della giurisprudenza avrebbe perso di vista quel "carattere puramente utilitaristico e funzionale" che ha caratterizzato "la scoperta, cioè l'invenzione" dell'obbligazione di *sécurité*<sup>179</sup>.

Lo stesso criterio utilizzato più frequentemente dalle Corti per operare la qualificazione dell'obbligazione come "di mezzi" o "di risultato", cioè quello fondato sul ruolo più o meno attivo del creditore nell'esecuzione del contratto, è stato considerato incongruente e contraddittorio<sup>180</sup>, essendosi constatato sia come esso si ispiri ad un modello tipologico astratto improntato al "tipo" di contratto, sia come in talune ipotesi l'obbligazione venga qualificata "di risultato" pur in presenza di una condotta eminentemente attiva da parte del creditore che è titolare dei poteri di direzione e di controllo (esempio emblematico, quello del gestore di auto-scontro). Così gli ulteriori standard (caratteristiche dell'oggetto più o meno "determinato" dell'obbligazione; natura più o meno aleatoria dell'attività del debitore; accettazione implicita dei rischi da parte del creditore) citati dalle Corti talvolta autonomamente, talaltra ad integrazione del criterio del ruolo attivo, sono stati considerati del tutto inadeguati a fondare in maniera coerente la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". La sempre più frequente individuazione di obbligazioni di mezzi "rafforzate" o di risultato "attenuate", per un verso, esprime la preoccupazione della giurisprudenza francese "di garantire la giustizia della singola decisione"<sup>181</sup>, consentendo di "dosare la severità della responsabilità" sulla base di "qualsiasi sorta di circostanza che l'applicazione delle regole delittuali, per definizione rigide e uniformi" non consentirebbe di considerare<sup>182</sup>; ma per altro verso testimonia le perduranti incertezze della partizione e la sostanziale incapacità "di elaborare parametri maggiormente coerenti sotto il profilo sistematico"<sup>183</sup>.

Tramontato l'importante tentativo giurisprudenziale di introdurre un regime generale di responsabilità oggettiva contrattuale "du fait des choses"<sup>184</sup>, analogo a quello previsto dall'articolo 1384, comma 1 in ambito delittuale, che avrebbe consentito di risolvere nel senso dell'obbligazione di *sécurité* "di risultato" la maggior parte dei casi sottoposti al giudizio delle Corti attraverso la "unificazione delle regole di responsabilità"<sup>185</sup>, la scienza giuridica francese si è orientata in maniera divergente.

---

<sup>178</sup> Tra i tanti, D. MAZEAUD, Le régime de l'obligation de *sécurité*, *cit.*, p. 1202 ss.; P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 1198 s.

<sup>179</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 472.

<sup>180</sup> Diffusamente, sul punto, M. FEOLA, Le obbligazioni di *sécurité*, *cit.*, p. 330 ss.

<sup>181</sup> Così, M. FEOLA, Le obbligazioni di *sécurité* "di mezzi" e "di risultato" nell'unificazione dei modelli di imputazione delle responsabilità, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, La responsabilità civile. Contratto e torto, *cit.*, p. 587.

<sup>182</sup> G. VINEY, Rapport de synthèse, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1214.

<sup>183</sup> Così, M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>184</sup> Il *leading case*, detto anche "*du cerceau brisé*" (così, M. BACACHE-GIBEILI, Les obligations, *cit.*, p. 236) fu deciso da *Cass., I Ch. Civ., 17 janvier 1995*, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 351, con il commento di P. JOURDAIN; in *Sem. jur.*, 1995, I, 3853, con le osservazioni di G. VINEY. L'abbandono di questa giurisprudenza fu immediatamente colto da P. JOURDAIN, La responsabilité contractuelle du fait des choses: la Cour de cassation aurait-elle des regrets?, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 632.

<sup>185</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, *cit.*, p. 799.

La giurisprudenza ha iniziato a operare, ma “caso per caso”<sup>186</sup> e limitatamente a taluni settori, una “ri-qualificazione”<sup>187</sup> di obbligazioni di *sécurité* (considerate fino ad allora) “di mezzi” in obbligazioni “di risultato”. Ciò è accaduto, ad esempio, nel campo delle agenzie di viaggi e dei *tour operator*: la responsabilità contrattuale di costoro è stata dichiarata nei confronti dei loro clienti, nel caso di un incidente stradale avvenuto all'estero durante un soggiorno “tutto compreso”, non sulla base di un mero obbligo di sorveglianza (“di mezzi”) derivante dal contratto di mandato, ma per l'inadempimento dell'obbligazione di risultato che grava sul vettore<sup>188</sup>. Un'applicazione combinata dei principi di responsabilità oggettiva contrattuale per i fatti della cosa e *d'autrui* si è avuta, poi, allorché la Cassazione ha deciso per la responsabilità di un'agenzia di viaggi per il danno subito dal cliente a causa di una caduta dalla scala di un albergo dove soggiornava, allorché la stessa, “responsabile oggettivamente dell'adempimento delle obbligazioni [determinate] derivanti dal contratto, non ha provato né la *faute* della vittima, né il fatto imprevedibile e irresistibile di un terzo estraneo alla fornitura delle prestazioni contrattuali, né un caso di forza maggiore”<sup>189</sup>.

Anche in tema di responsabilità del medico – settore che, pur in presenza di importanti pronunzie di segno contrario<sup>190</sup>, a differenza di quanto è accaduto in Italia, è ancora ispirato ai principi dell'obbligazione “di mezzi” – la Suprema Corte ha deciso che il contratto concluso tra il paziente ed il professionista sanitario pone a carico di questi “un'obbligazione di *sécurité* di risultato per quanto concerne i materiali che egli utilizza per l'esecuzione di un atto medico d'indagine o di cura, sempre che il paziente dimostri che essi siano all'origine del danno”<sup>191</sup>. Con questa decisione la Cassazione, nel “salutare l'abbandono” della “criticabile” espressione “responsabilité contractuelle du fait des choses”<sup>192</sup>, individua nell’“intervento di una cosa utilizzata dal debitore nell'esecuzione del contratto” il “criterio della distinzione tra le obbligazioni di *sécurité* di mezzi e di risultato”<sup>193</sup>. E in tal modo ricompone quelle “diseguaglianze veramente scioccanti tra le vittime di uno stesso fatto sopravvenuto nelle medesime circostanze”<sup>194</sup>, secondo che la controversia sia decisa con l'applicazione del rimedio delittuale fondato sulla regola di responsabilità oggettiva di cui all'articolo 1384, comma 1, o, al contrario, del rimedio contrattuale collegato all'inadempimento di un'obbligazione di *sécurité* “di mezzi”. Tuttavia, contrariamente a quanto questa sentenza lasciava intendere, e cioè che “l'obbligazione del medico fosse di risultato ogni qual volta la vittima avesse dimostrato che il materiale utilizzato era stato all'origine del danno”<sup>195</sup>, la giurisprudenza successiva, sulla base della disciplina di origine europea sul danno da prodotto, ha iniziato a richiedere

<sup>186</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 238.

<sup>187</sup> Il termine è utilizzato da M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 594.

<sup>188</sup> *Trib. Civ. Nouméa, 12 août 1991*, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Jur.*, p. 437, con nota di P. DIENER.

<sup>189</sup> *Cass., I Ch. civ., 2 novembre 2005*, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 1016.

<sup>190</sup> Ma prevalentemente di merito: cfr., ad es., *Trib. gr. inst. Paris, 5 mai 1997 e 20 octobre 1997*, in *Rec. Dalloz*, 1998, *Jur.*, pp. 559 e 560.

<sup>191</sup> *Cass., I Ch. civ., 9 novembre 1999*, in *Rec. Dalloz*, 2000, *Jur.*, p. 117, con nota di P. JOURDAIN, e in *Sem. jur.*, 2000, II, 10251, con il commento di Ph. BRUN.

<sup>192</sup> Così, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, *cit.*, p. 237.

<sup>193</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>194</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

<sup>195</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 238.



che sulla vittima gravi comunque la prova dell'anomalia o del difetto della cosa che è all'origine del danno<sup>196</sup>. L'obbligazione "di risultato", sempre che di obbligazione di risultato sia ancora possibile parlare, sussisterebbe soltanto qualora "una cosa difettosa sia all'origine di una lesione della *sécurité* del creditore"<sup>197</sup>.

Ecco che, allora, la dottrina ha iniziato a chiedersi "se non sia più semplice" e meno artificioso "decontrattualizzare" l'obbligazione di *sécurité*<sup>198</sup>. Ciò consentirebbe, da un lato, di "preservare il contratto"; dall'altro, di "evitare che l'allargamento artificiale"<sup>199</sup> del rapporto obbligatorio possa rappresentare un attentato alla funzione risarcitoria della responsabilità extracontrattuale; dall'altro ancora, di tutelare meglio il creditore-vittima, consentendogli di "collocarsi sul terreno delittuale" al fine di poter "beneficiare" del regime di responsabilità oggettiva *du fait des choses* fondato sull'articolo 1384, comma 1, del *Code civil*<sup>200</sup>.

Da qui le proposte di riforma del diritto della responsabilità civile che, per un verso, prevedono un regime di concorso<sup>201</sup> in deroga al principio del *non-cumul* (pur enunciato nel comma 1 dell'articolo 1341 dell'*Avant-projet Catala*) per la sola ipotesi in cui l'*inexécution* abbia causato un danno all'integrità psicofisica, consentendo al contraente di poter "ottenere egualmente la riparazione di questo danno" ai sensi della responsabilità delittuale (articolo 1386-17, comma 2, della proposta di legge presentata al Senato il 9 luglio 2010 da L. Béteille), o di poter "optare in favore delle regole che gli sono più favorevoli" (articolo 1341, comma 2, *Avant-projet Catala*); per altro verso, ancor più radicalmente, si propongono di "decontrattualizzare" l'obbligazione di *sécurité*, disponendo che "salvo disposizioni particolari, le lesioni dell'integrità fisica o psichica della persona sono risarcite" ai sensi della responsabilità delittuale "anche qualora siano causate in occasione dell'esecuzione di un contratto" (articolo 3 del Progetto Terré).

## **VII IL RUOLO DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE "CONNESSI" E IL PROBLEMA DELLA LORO DISTINZIONE DAGLI OBBLIGHI DI PRESTAZIONE. L'ADOZIONE DI UN METODO ISPIRATO ALLA SCELTA DEL RIMEDIO (RISARCITORIO O IN FORMA SPECIFICA) IN CONCRETO ESIGIBILE**

A seguito della riforma del BGB, i problemi che interessano oggi la dottrina tedesca in tema di rapporto obbligatorio sono in parte mutati. Il comma 2 del § 311 riconosce esplicitamente la risarcibilità in via contrattuale degli obblighi di protezione, autonomi dalla prestazione, che insorgono a seguito dell'avvio di una vera e propria trattativa volta alla conclusione del contratto (n. 1) e di quelli che conseguono a un "comportamento, genericamente inteso, che possa considerarsi avere aperto la via alla costituzione di un qualche rapporto di carattere negoziale (non necessariamente contrattuale)"<sup>202</sup> (n. 2).

<sup>196</sup> Ad es., *Cass., I Ch. civ., 4 février 2003*, in M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 238; *Cass., I Ch. civ., 22 novembre 2007*, in *Rec. Dalloz*, 2008, *Jur.*, p. 816.

<sup>197</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 239.

<sup>198</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>199</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, pp. 129 e 130.

<sup>200</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 239.

<sup>201</sup> Tale soluzione era già stata prospettata da P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, *cit.*, p. 1200.

<sup>202</sup> A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, *cit.*, p. 78.

Permane il problema interpretativo dell'espressione, in sé vaga e tendenzialmente polisensa, "*ähnliche geschäftliche Kontakte*" (n. 3), nel senso di "contatti negoziali simili" ai contatti negoziali, ovvero di "contatti (non negoziali) simili ai contatti negoziali" di cui ai nn. 1 e 2 del § 311<sup>203</sup>.

In ogni caso, limitata in questi termini la rilevanza degli obblighi di protezione "autonomi", l'esperienza giuridica tedesca si interessa oggi soprattutto di studiare e di classificare gli obblighi di protezione che sono, in qualche maniera, strutturalmente e funzionalmente "connessi" alla prestazione. Come si è opportunamente rilevato<sup>204</sup>, mentre anteriormente alla 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 ed 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 BGB<sup>205</sup>. V'è poi 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.

Il problema era già stato individuato, anche se a diversi fini, cioè con specifico riguardo al diverso operare dell'onere della prova<sup>206</sup>, proprio da Heinrich Stoll. Nel rilevare come non sia "sempre facile accertare se si tratta della violazione del solo interesse di protezione o anche dell'interesse alla prestazione"<sup>207</sup>, 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 ingressi"; "l'imprenditore edile danneggia per custodia negligente il materiale consegnatogli"; "l'imprenditore dei trasporti conduce sì alla meta esatta e in orario i passeggeri, ma con ferite"; "il barbiere ferisce un suo cliente durante la rasatura"<sup>208</sup>. Sulla base della convinzione che l'interesse alla prestazione "*deriva sempre dall'intero contenuto contrattuale*", egli rileva, ad es., che "la locazione non si risolve nella mera consegna della cosa locata, ma ne prevede anche il mantenimento in condizione fruibile", e che nel contratto d'opera "l'interesse alla prestazione consiste proprio nell'utilizzo corretto dei materiali consegnati o nell'esecuzione dell'opera"<sup>209</sup>. Senza voler entrare nel merito di queste affermazioni, è opportuno rilevare come egli stesso dia inconsapevolmente la prova

<sup>203</sup> Si rinvia, anche in ordine ai diversi orientamenti della dottrina tedesca, ad A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, pp. 91, 85 ss. e *passim*.

<sup>204</sup> Da R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio, cit.*, § 9.

<sup>205</sup> In questi termini, R. FAVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>206</sup> H. STOLL, *Commiato, cit.*, nei §§ IV.4, in nt. 136, e IV.8.

<sup>207</sup> H. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.4.

<sup>208</sup> H. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.4, in nt. 136.

<sup>209</sup> H. STOLL, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

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 terzi<sup>210</sup>; in Francia, la medesima “scoperta” dell’obbligazione di *sécurité* nel contratto di trasporto di persone e la sua successiva estensione ai contratti “analoghi” e a quelli “diversi”; in Italia, la struttura bipartita dell’articolo 1681, comma 1, del Codice civile 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’articolo 1218 del Codice civile<sup>211</sup>, dall’obbligazione di sicurezza avverso i “sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio” e la perdita o “avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé”, per i quali il vettore è tenuto a provare di “avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”<sup>212</sup>. 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 “il completamento dello scopo positivo dell’obbligazione”<sup>213</sup>.

D’altronde, 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 protezione: nel caso in cui “il chirurgo non opera a regola d’arte, se il medico non dà le prescrizioni adatte al malato”, non v’è violazione di obblighi di protezione, bensì “forme diverse di inadempimento dello stesso obbligo primario di prestazione”<sup>214</sup>. In proposito, la stessa Cassazione, allorché procede alla “scoperta” della responsabilità da “contatto sociale” del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica, 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*”<sup>215</sup>, ma a non violare un interesse di protezione. La qualificazione della fattispecie

<sup>210</sup> Basti citare, in tema di contratto di trasporto, 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); in materia di contratto di locazione, il celeberrimo c.d. *Tuberkulosefall* (RG, 5 ottobre 1917, in RGZ, 91, 1918, p. 21); sull’importante ruolo assunto da questa decisione nell’evoluzione 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, il c.d. *Gasuhrfall* o *Gasometerfall*, deciso dal *Reichsgericht* il 10 febbraio 1930, in RGZ, 127, 1930, p. 218 ss.

<sup>211</sup> Per tutti, M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 77; V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, *cit.*, p. 93.

<sup>212</sup> Per l’interpretazione di questi enunciati, si rinvia a M. FEOLA, *La responsabilità del vettore nel contratto di trasporto di persone*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, *cit.*, p. 502 ss.

<sup>213</sup> H. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.4.

<sup>214</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato”*, *cit.*, pp. 371 e 372.

<sup>215</sup> Così, Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 443 (il corsivo è nostro).

in termini di inesatto adempimento dell'obbligo di prestazione rende problematico, *a fortiori*, il poter ravvisare nell'attività del medico dipendente una generalizzata responsabilità da violazione di un'obbligazione senza prestazione, in quanto, anche in assenza di un'obbligazione, non v'è violazione di un obbligo di protezione, ma mero inadempimento della prestazione principale nei riguardi del paziente.

Una posizione più articolata può riguardare gli obblighi d'informazione ai quali è tenuto il professionista. Se l'informazione rappresenta l'oggetto del contratto<sup>216</sup>, 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, ma al pari di tutti gli altri, valutato il grado di connessione con la prestazione, sarà possibile ravvisare un obbligo di protezione.

D'altronde, anche la "storia" degli obblighi di protezione in Germania è stata costellata da significativi incidenti di percorso. Basti citare il caso *leader*, ma ampiamente criticato<sup>217</sup>, del c.d. *Testamentfall*, con il quale il BGH per la prima volta estende l'area dei danni risarcibili a quelli "meramente economici" risarcendo alla figlia del mancato testatore l'inadempimento, da parte del legale, di un mero obbligo di prestazione.

Pur prescindendo da queste ipotesi, nelle quali si è confuso *sic et simpliciter* l'obbligo di protezione con la prestazione, una netta distinzione tra questi ultimi e gli obblighi di protezione che sono funzionalmente "connessi", talvolta in maniera inscindibile, nei riguardi della prestazione appare decisamente problematica ai fini della loro qualificazione nell'una o nell'altra delle due categorie e, comunque, nella maggior parte dei casi non sembra prestarsi ad essere effettuata sulla base di criteri generali e astratti. Come si è rilevato, lo schema delineato dall'articolo 1174 del Codice civile individua "solo la dotazione elementare del rapporto, il quale, in realtà, comprende anche tutte le attività accessorie e strumentali all'esecuzione della prestazione (si pensi all'obbligo di custodire rispetto a quello di consegnare di cui all'articolo 1177 Codice civile; ovvero a tutti gli obblighi serventi rispetto a quello principale ricavabili dalla direttiva della correttezza impartita dall'articolo 1175 Codice civile)"<sup>218</sup>. Anzi, proprio la rilevanza *ex contractu* di tali interessi "e, conseguentemente, della loro lesione, è subordinata alla circostanza che il pregiudizio sia in connessione diretta con l'esecuzione della prestazione, perché altrimenti l'innesto discenderebbe dal puro e semplice esserci del rapporto obbligatorio e non dalla considerazione di quest'ultimo come programma d'azione"<sup>219</sup>. Ne consegue che "è evidente che l'obbligo di protezione finisce per affiancarsi all'obbligo principale ribadendo

<sup>216</sup> Sul punto cfr. C. CASTRONOVO, La nuova responsabilità civile, *cit.*, p. 497; M. FEOLA, Il danno da "nascita malformata", *cit.*, p. 95 s.

<sup>217</sup> 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. Ma v., altresì, J. GERNHUBER, Das Schuldverhältnis, vol. VIII, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellung*, a cura di J. Gernhuber, Tübingen, 1989, p. 513; E. VON CAEMMERER, Verträge zugunsten Dritter, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, a cura di O. Behrends, M. Diesselhorst, H. Lange, D. Liebs, J.G. Wolf e C. Wollschläger, Göttingen, 1978, p. 321 ss. Per una critica nell'ambito della dottrina italiana, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 543 ss.; G. VARANESE, Il contratto con effetti protettivi, *cit.*, p. 87 s.

<sup>218</sup> L. NIVARRA, Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 48.

<sup>219</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 51.

inevitabilmente il primato di quest'ultimo nella misura in cui soltanto le condotte intese alla esecuzione (o alla ricezione) della prestazione potranno proporsi quali veicoli di una possibile lesione dello *Schutzinteresse*<sup>220</sup>.

La gran parte della dottrina italiana, piuttosto che porsi il problema di una chiara distinzione tra obblighi di protezione "accessori" o "connessi" ed obblighi di prestazione, ora ha riversato la maggior parte dei suoi sforzi nel dibattito sull'obbligazione senza prestazione, schierandosi in una fazione favorevole ed in un'altra avversa; ora si è limitata ad affermare in maniera generica – ma l'affermazione avrebbe meritato qualche ulteriore specificazione – che gli obblighi di protezione si collocherebbero "*accanto*, e non *dentro* l'obbligo principale di prestazione"<sup>221</sup>. Essi avrebbero una "collocazione autonoma nella struttura dell'obbligazione" in quanto "non [sarebbero] strumentali all'esecuzione della prestazione principale", ma avrebbero lo "scopo di proteggere le persone ed i beni delle parti da pericoli di danno connessi con tale esecuzione"<sup>222</sup>.

Tuttavia, quest'ultima asserzione non discende logicamente dall'affermazione di una pretesa necessaria autonomia, la quale, anzi, confligge con l'idea, da tutti accettata, circa l'esistenza di obblighi di protezione (più o meno "accessori", ma) che sono funzionalmente connessi alla prestazione<sup>223</sup>, all'interno di "un rapporto obbligatorio come struttura unitaria funzionalmente orientata"<sup>224</sup>. Non è in discussione che debba (o, quanto meno, possa) sussistere un "nesso" tra *Schutzinteresse* e *Leistungsinteresse*<sup>225</sup>, che la protezione sia pur sempre "funzionale e comunque connessa alla prestazione", anche se dovuta "in previsione di essa"<sup>226</sup>.

Quindi, è proprio l'incontrovertibile idea dell'obbligazione come rapporto complesso, quale "struttura unitaria funzionalmente orientata" a rendere estremamente difficile discernere a priori, in maniera netta e precisa, ciò che va ascritto al primo ovvero al secondo comma del § 241 BGB. La distinzione assume estremo rilievo anche sotto il profilo pratico poiché la dottrina tedesca applica agli "obblighi accessori" legati alla prestazione il regime e le tutele che riguardano gli obblighi di prestazione<sup>227</sup>. Ma 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 principale<sup>228</sup>; sia il requisito della "prossimità"

<sup>220</sup> L. NIVARRA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>221</sup> F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, cit.*, p. 109.

<sup>222</sup> F. VENOSTA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>223</sup> Già L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato", cit.*, p. 369 s.

<sup>224</sup> Così, lo stesso C. CASTRONOVO, *La relazione, cit.*, p. 69.

<sup>225</sup> S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale, in Europa e dir. priv.*, 2014, p. 796.

<sup>226</sup> A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali, cit.*, p. 65.

<sup>227</sup> Così R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio, cit.*, nel § 9.

<sup>228</sup> D. MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts*, in *JuS*, 2002, p. 211; H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, 2002, p. 92 s.; A. TEICHMANN, *Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben*, in *JA*, 1984, p. 546.

dell'obbligo accessorio alla prestazione<sup>229</sup>; 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*<sup>230</sup>; sia la caratteristica dell'azionabilità in giudizio dell'obbligo accessorio, cioè la possibilità di esigere il rimedio dell'adempimento rispetto alla mera tutela risarcitoria<sup>231</sup>, sono tutti parametri che, sulla base della volontà delle parti e del complessivo assetto degli interessi divisati, possono essere utili ai fini 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 ed 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.

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 (collegate al primo o al secondo comma del § 241 BGB), individuare, in concreto, il tipo di tutela esigibile. Ma ciò comporta che sia superato il luogo comune, del tutto indimostrato, 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"<sup>232</sup>.

È evidente che là dove la "prossimità/interferenza" abbia già "sprigionato tutta la sua carica negativa"<sup>233</sup> – 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"<sup>234</sup>. In questo caso il rimedio previsto assolve ad una

<sup>229</sup> V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 2003, p. 335; S. MADAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, JURA, 2004, p. 291 s.

<sup>230</sup> D. MEDICUS, *Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen*, in *ZfBR*, 2001, p. 511; P. HUBER e F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, p. 131 s.

<sup>231</sup> Già K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 9 s.; E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, p. 82 s.

<sup>232</sup> Così, S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 659. Sulla riparazione del danno per equivalente o in forma specifica, e sulle differenze tra il sistema francese e quello tedesco, cfr. M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 64 ss. e *passim*.

<sup>233</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 72.

<sup>234</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 49.

funzione tipicamente conservativa<sup>235</sup>, dovendo “restaurare l’integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed esistenziali) del soggetto che abbia subito un’interferenza indebita nella sua sfera giuridica”<sup>236</sup>. Qualora ci si trovi in presenza di un danno “conseguenziale”, cioè di un danno subito “*dalla persona o dalle cose del contraente a causa o in occasione dell’esecuzione del contratto*”<sup>237</sup>, sarà dovuto il rimedio risarcitorio, il quale assolverà a quella generale funzione di *compensation* o di *réparation* che è propria della responsabilità extracontrattuale. In proposito, bisogna distinguere tra il risarcimento di questa tipologia di danno, il quale, “al pari di quello da illecito aquiliano, non si riconnette all’aspettativa irrealizzata ma al *danno-conseguenza* derivante dall’inadempimento”, e tra la riparazione “sostitutiva” che si riconnette alla prestazione rimasta inattuata o inesattamente eseguita e che ne “rappresenta la conversione in termini pacuniarî”; cioè tra un risarcimento del danno che si pone ora “accanto” alla prestazione mancata (*neben der Leistung*) ora “al posto” di essa (*statt der Leistung*) (§§ 281, 282 e 283 BGB) e che richiede la “liquidazione” del rapporto obbligatorio<sup>238</sup>.

La generale esigibilità della tutela risarcitoria *ex contractu*, sia pur distinta sulla base della duplice funzione assolta nella reintegrazione del “*plus contractuel*”<sup>239</sup> o del risarcimento del danno consequenziale – che anche la prevalente dottrina francese fa rientrare nella generale “*fonction indemnitaire*”<sup>240</sup> della responsabilità civile –, 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”<sup>241</sup>. 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 protezione rispetto alla tutela aquiliana. Gli obblighi di protezione possono avere un contenuto sia positivo (doveri di fare), sia negativo (doveri di astensione)<sup>242</sup>. 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”: articolo 2087 Codice civile) dei soggetti che abitano o che operano in quegli ambienti. In questi ed altri casi non sembra possano essere

<sup>235</sup> M. BARCELLONA, Struttura della responsabilità e “ingiustizia” del danno, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 442 s.

<sup>236</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 50.

<sup>237</sup> A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 168 (il corsivo è dell’A.).

<sup>238</sup> In questi termini, A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, pp. 169 e 170.

<sup>239</sup> Sul tale nozione, l’opera di G. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1978, *passim*.

<sup>240</sup> Per tutti, M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations, cit.*, pp. 3 ss., 34 ss.

<sup>241</sup> 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 s.; analogamente, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione, cit.*, p. 6, anche se con specifico riferimento ai “rimedi sinallagmatici”.

<sup>242</sup> Così, A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 127.

esclusi il rimedio dell'adempimento in forma specifica, la possibilità di esigere l'esecuzione forzata di cui agli articoli 2930 e seguenti del Codice civile e, trattandosi di una situazione di pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile, i provvedimenti di urgenza di cui all'articolo 700 del Codice di procedura civile. Così, proprio nei rapporti di durata, la violazione degli obblighi di protezione potrà rappresentare un giustificato motivo di recesso<sup>243</sup>.

Più controversa è la questione relativa all'eventualità che la violazione di obblighi "accessori"<sup>244</sup> consenta alla controparte di chiedere la risoluzione del contratto o di avvalersi della eccezione di inadempimento, non rientrando, per comune opinione, gli obblighi di protezione nel sinallagma del contratto. Tuttavia si è rilevato che, se è vero che "il *sinallagma* non possa farsi coincidere con il vincolo che lega le sole prestazioni", poiché esso "è il legame formale attraverso il quale si esprime l'equivalenza dei costi cui ciascuna delle parti è tenuta per l'esecuzione del contratto", la mancata osservanza degli obblighi di protezione rappresenterebbe un comportamento idoneo a squilibrare la relazione contrattuale, "sicché ad essa si deve conformemente potere agire con i rimedi sinallagmatici"<sup>245</sup>. La questione sembra doversi risolvere comunque in senso affermativo là dove le parti abbiano esplicitamente contemplato specifici obblighi di protezione in una clausola risolutiva espressa, in quanto la valutazione dell'importanza dell'inadempimento è stata già effettuata dai contraenti sulla base di un apprezzamento soggettivo ma concorde che non può non essere vincolante per l'interprete. Una diversa soluzione rappresenterebbe un'indebita "intrusione" nella sfera di autonomia delle parti che "non sarebbe propria né opportuna"<sup>246</sup>.

### **VIII LA RISPONDEZZA DELLE DOTTRINE IN TEMA DI OBBLIGAZIONE E DI RESPONSABILITÀ ALLE ESIGENZE STORICHE E ALLE CARATTERISTICHE SISTEMOLOGICHE DI CIASCUN DIRITTO. IL FENOMENO DELL'“EQUIVALENZA” E DELLA “SIMMETRIA” DEI REGIMI DI IMPUTAZIONE E L'UNIFICAZIONE DEI MODELLI DI RESPONSABILITÀ NELL'ITINERARIO CHE CONDUCE DALLA COLPA ALLA STRICT LIABILITY**

La nascita e il successivo itinerario percorso, in Germania, dalla dottrina degli obblighi di protezione e dal *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e, in Francia, dalle obbligazioni di *sécurité* e dalla, seppur residuale, applicazione della *stipulation pour autrui tacite* trovano il loro fondamento e la loro spiegazione non in costruzioni avulse dalla realtà sociale, ma nelle specifiche ragioni ed esigenze storiche e giuridiche che caratterizzano i due diritti. Non è possibile, quindi, pensare e comprendere questi istituti nella loro evoluzione dottrinale e giurisprudenziale se non in funzione delle specifiche caratteristiche sistematiche proprie di ciascuno dei due ordinamenti.

<sup>243</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>244</sup> Ricorda che la giurisprudenza italiana "ammette che anche l'inadempimento di una prestazione accessoria possa essere importante per il creditore compromettendo l'utilizzazione della prestazione principale", C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, La responsabilità, Milano, 1994, p. 271, anche in nt. 46.

<sup>245</sup> C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>246</sup> A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, p. 242 s., anche in nt. 305, *ivi* gli essenziali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.



Problemi sociali simili posti dallo sviluppo del macchinismo e dalla rivoluzione industriale<sup>247</sup> spingono “l’immaginazione di una dottrina generosa”<sup>248</sup> e, sulla sua scia, le Corti francesi e tedesche a individuare soluzioni analoghe sotto il profilo operativo, ma che si caratterizzavano in funzione delle peculiarità e dello stile dei due diversi diritti. Anche se la disciplina dell’“inadempimento” sarà l’occasione per iniziare a pensare la dottrina degli obblighi di protezione<sup>249</sup>, le soluzioni a volta a volta assunte dalle scienze giuridiche tedesca e francese saranno condizionate soprattutto da scelte sistematiche (il principio del *non-cumul* o del concorso, ad es.) e dalla diversa fisionomia dei modelli di responsabilità extracontrattuale, con riferimento non tanto alla diversa estensione dei danni risarcibili, quanto ai diversi modelli di imputazione della responsabilità. Come si è lucidamente posto in evidenza<sup>250</sup>, in Francia, a differenza di quanto accaduto in Germania, la partita si gioca sulla base dell’“equivalenza” di due regimi di responsabilità che, nella sostanza, segnano il superamento della tradizionale partizione tra responsabilità delittuale e responsabilità contrattuale.

Da un lato v’è un unitario sistema di responsabilità per colpa, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale, perché costruito sulla base di un’unica nozione di “faute civile”. Malgrado un’autorevole dottrina abbia dimostrato come la disciplina dell’inadempimento, in Francia, debba prescindere del tutto dalla nozione di *faute*, sia per ragioni sistematiche, sia sotto lo stesso profilo esegetico<sup>251</sup>, la giurisprudenza continua, secondo tradizione, a costruire il regime dell’*inexécution* dell’obbligazione “di mezzi” (sia essa o meno di *sécurité*) sulla base degli elementi strutturali (enunciati nel testo dell’articolo 1382) che sono propri della responsabilità delittuale per *faute prouvée*.

Dall’altro v’è un unitario sistema di responsabilità oggettiva, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale e che trova il suo prototipo nell’“equivalenza”<sup>252</sup> dei regimi della responsabilità per il “*fait des choses*” (articolo 1384, comma 1) e per l’inadempimento dell’obbligazione “di risultato”.

Ha contribuito a creare questa “simmetria” la Corte di Cassazione quando, in epoca anteriore alla “scoperta” del principio del *non-cumul*<sup>253</sup>, e in un periodo in cui l’articolo

<sup>247</sup> Per un esplicito riferimento a questi fenomeni, in merito alla nascita dell’obbligazione di *sécurité*, R. RODIÈRE, *Le régime légal de l’obligation de sécurité*, cit., 997, § 2; per il diritto tedesco, F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt, 1974, p. 9 ss.

<sup>248</sup> R. RODIÈRE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>249</sup> Non a caso, anche il saggio di H. STOLL è intitolato al “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto”.

<sup>250</sup> M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité “di mezzi” e “di risultato”*, cit., pp. 574 ss., 580 ss., 587 ss. e *passim*.

<sup>251</sup> Noto è il pensiero di D. TALLON, *L’inexécution du contrat: pour une présentation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 223 ss.; Id., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss.; di P. RÉMY, *La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss. Una sintesi del dibattito è in G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 16 ss.

<sup>252</sup> In questi termini già M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 228 s., 407 s. e *passim*.

<sup>253</sup> Che viene collocata nel 1922, ad opera di *Cass. civ.*, 11 janvier 1922, ora in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, a cura di H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, tome 2, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, 2008, p. 279 s.

1384, comma 1, sarebbe stato difficilmente applicabile al caso di specie<sup>254</sup>, non avendo ancora conosciuto la straordinaria espansione che poi si avrà nel corso del XX secolo, seguì le indicazioni dei “partigiani”<sup>255</sup> della responsabilità contrattuale, codificando l’obbligazione di *sécurité* di risultato nell’ambito del trasporto di persone, al fine di esimere i trasportati dal regime di responsabilità delittuale per colpa di cui all’articolo 1382 *Code civil*<sup>256</sup>. Ha continuato a ragionare sulla base di questa “simmetria” la Suprema Corte quando, successivamente ai limiti posti dal “caso Caramello”<sup>257</sup> all’obbligazione di *sécurité-résultat*, ha, prima, contrattualizzato, ma sul modello dell’obbligazione “di mezzi”<sup>258</sup>, e poi “decontrattualizzato”, proprio sulla base dell’articolo 1384, comma 1<sup>259</sup>, la responsabilità del “vettore” per gli *accidents de gare e de quai*. Così ha ragionato la *Chambre mixte* della Cassazione<sup>260</sup> quando, al fine di porre rimedio alla disparità di trattamento per i trasportati a titolo “di cortesia”, ha consentito sia a costoro, sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall’articolo 1384, comma 1, “equivalente”<sup>261</sup> a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso e gratuito. E così ha continuato a ragionare sulla base di questa “simmetria”, in presenza del principio del *non-cumul*, quando, suo malgrado, ha operato lo “*chambardement*”<sup>262</sup> delle obbligazioni di *sécurité* “di mezzi” non soltanto nei contratti analoghi al trasporto, ma anche in tutti gli altri contratti<sup>263</sup>, prevalentemente atipici, nei quali v’era l’esigenza di assicurare la protezione dei contraenti in maniera “equivalente” a quanto disposto dall’articolo 1382 (in ambito delittuale). Ed ha continuato a ragionare in funzione di questa “simmetria” quando, nel tentare di porre rimedio alla disparità di trattamento tra contraente (gravato dallo sfavorevole regime della prova della *faute contractuelle* che caratterizza l’*inexécution* dell’obbligazione “di mezzi”) e terzo (che, invece, poteva beneficiare del regime di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’articolo 1384, comma 1) nel caso in cui il

<sup>254</sup> Non mancano, tuttavia, alcuni tentativi in tal senso, effettuati da qualche Corte di merito (ad es., *App. Paris, 9 novembre 1909*, in *Rec. Dalloz*, 1911, II, p. 357, *I espèce*; *App. Besançon, 15 décembre 1909*, *ivi*, 1911, II, p. 357, *II espèce*).

<sup>255</sup> Discorre esplicitamente di una vera e propria contrapposizione tra i “*partisans*” della responsabilità contrattuale e quelli della responsabilità extracontrattuale, J.-L. HALPÉRIN, *La naissance*, *cit.*, p. 1179 s.

<sup>256</sup> Il “regno” incontrastato della responsabilità delittuale (così, R. RODIÈRE, *op. ult. cit.*, 997, § 3) è sancito dalla decisione sull’*affaire Recullet* (*Cass. civ.*, 10 novembre 1884, in *Rec. Sirey*, 1885, I, p. 129, con il commento di C. LYON-CAEN).

<sup>257</sup> Deciso da *Cass.*, *I Ch. civ.*, 1<sup>er</sup> juillet 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.

<sup>258</sup> Sulla base del caso “*Dame Decharme*”: *Cass.*, *I Ch. civ.*, 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

<sup>259</sup> Così, nel “caso Valverde”, *Cass.*, *I Ch. civ.*, 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 632 ss., con nota di G. PAIRE.

<sup>260</sup> *Cass.*, *Ch. Mixte*, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

<sup>261</sup> Per una ricerca sulle ulteriori regole “equivalenti” che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali, ora contrattuali, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, *cit.*, pp. 35 ss., 222 ss. e *passim*.

<sup>262</sup> H. GROUDEL, *Vers un chambardement de l’obligation de sécurité dans les contrats?*, in *Resp. civ. ass.*, 1989, *Chron.*, n. 16.

<sup>263</sup> Per una panoramica dei quali, P. DELEBECQUE, *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1184 ss.

danno fosse causato dal “*fait des choses*”, ha proposto, sia pure con scarsa fortuna, il regime di responsabilità contrattuale *du fait des choses*<sup>264</sup>. E continua a ragionare sulla base di questa simmetria, oggi, la dottrina allorché, venuto meno tale tentativo, e preoccupata dal *deficit* di protezione che l’obbligazione di *sécurité* “di mezzi” offre rispetto all’articolo 1384, comma 1, propone al legislatore il regime del concorso ispirato all’idea del “trattamento più favorevole” o, addirittura, la “decontrattualizzazione” delle obbligazioni di *sécurité* (pur) nella (sola) ipotesi in cui l’*inexécution* abbia causato lesioni dell’integrità psico-fisica della persona.

Questa simmetria ha trovato un temperamento, ma anche una conferma, nella partizione tra “*obligations de moyens renforcées*” e “*obligations de résultat atténuées*”<sup>265</sup> caratterizzate, entrambe, da una “*présomption de faute*”<sup>266</sup> a carico del debitore, suscettibile di prova contraria. La giurisprudenza è ricorsa, spesso implicitamente, a queste categorie intermedie dagli incerti confini, sia in presenza di contratti considerati analoghi al trasporto (*toboggan* acquatici<sup>267</sup>, organizzazione di “passeggiate a cavallo”<sup>268</sup>, ad es.), sia per disciplinare rapporti che prescindevano dal trasferimento della persona nello spazio, svolgendosi, invece, all’interno di stabilimenti, locali e perimetri chiusi (piscine<sup>269</sup>, piste di pattinaggio<sup>270</sup>, parchi zoologici<sup>271</sup>, ecc.), quando ha ritenuto di dover offrire una maggior tutela alla vittima (di quella derivante dal regime di *faute prouvée* che è proprio

<sup>264</sup> Cass., *I Ch. civ.*, 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 s., con nota di P. JOURDAIN.

<sup>265</sup> Sul punto, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 419; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., 1996, p. 452; C. LARROUMET, *Droit civil, Tome 3, Les obligations. Le contrat*, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 626. Distinguono le obbligazioni di mezzi in “*obligations de moyens renforcées*” e in “*obligations de moyens allégées*”, e le obbligazioni di risultato in “*obligations de résultat atténuées*” e in “*obligations de résultat aggravées*”, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, *cit.*, pp. 516 ss., 519 ss.

<sup>266</sup> Testualmente, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, pp. 517 e 519.

<sup>267</sup> Ad es., *App. Montpellier, I Ch. civ.*, 20 janvier 1992, in *Sem. jur.*, 1993, II, *Jur.*, 22125, p. 372, con nota di S. BORIES. In argomento, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité, cit.*, p. 257 ss.

<sup>268</sup> Il *revirement* (così, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 271) rispetto alla mera obbligazione “di mezzi” (*Cass., I Ch. civ.*, 16 mars 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 421, con il commento di R. RODIÈRE; sul punto, G. CORNU, *Responsabilité du loueur de chevaux de promenade envers ses clients*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p. 794, e G. DURRY, *Le loueur de chevaux n’est tenu que d’une obligation de moyens, ivi*, 1971, p. 161) è deciso da *Cass., I Ch. civ.*, 27 mars 1985, e da *Cass., I Ch. civ.*, 11 mars 1986, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 768, con i commenti di J. HUET, *Entreprise de promenade équestre: obligation de moyen, mais appréciée avec sévérité, ivi*, 1986, p. 768 s., e di P. RÉMY, *Le coup de l’étrier “américain”; distinction du louage de chevaux et de l’entreprise de promenade à cheval, ivi*, 1986, p. 608 s.

<sup>269</sup> Pur senza qualificare l’obbligazione di *sécurité* come “di mezzi” o “di risultato”, *App. Lyon, I Ch.*, 21 juin 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Inf. rap.*, p. 116.

<sup>270</sup> La condanna del gestore della pista è pur sempre formalmente collegata alla violazione di un’obbligazione “di mezzi” consistente nell’“assicurare la sicurezza degli utenti” e nell’“impedire i giochi e gli esercizi pericolosi” (*Cass., I Ch. civ.*, 8 février 1961, in *Rec. Dalloz*, 1961, *Jur.*, p. 254).

<sup>271</sup> *Trib. gr. inst. de Moulins*, 10 mai 1977, in *Rec. Dalloz*, 1978, *Inf. rap.*, p. 324, con nota di C. LARROUMET. Afferma, in proposito, che “Il fatto dell’incidente è la prova, *in re ipsa*, dell’inadeguatezza delle misure di protezione e, quindi, dell’inadempimento dell’obbligazione di *sécurité*”, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité, cit.*, p. 282.

dell'obbligazione "di mezzi"), perché giudicata particolarmente meritevole di protezione (si pensi, ad es., alle ipotesi di affidamento di minori o di soggetti diversamente abili ai gestori di colonie, di associazioni e di altre istituzioni analoghe)<sup>272</sup>, senza dover effettuare esplicitamente un *revirement* consistente nel qualificare "di risultato" un'obbligazione che in precedenza era sempre stata considerata "di mezzi". Tale soluzione si è talvolta imposta per rimediare ad una disparità di trattamento, allorché, mentre la Prima Sezione civile della Cassazione continuava ad applicare a queste ipotesi "le regole della responsabilità contrattuale, ravvisando, a carico del debitore, un'obbligazione di prudenza e di diligenza", la Seconda Sezione faceva beneficiare "il danneggiato minore delle regole della responsabilità delittuale, considerando le 'colonie turistiche, i patronati, i diversi *clubs* come custodi degli oggetti utilizzati dai bambini'"<sup>273</sup>.

Le obbligazioni di mezzi "rinforzate", secondo la dottrina, si distinguerebbero da quelle di risultato in ordine al diverso oggetto della prova: mentre per queste la liberazione del debitore dalla responsabilità contrattuale sarebbe limitata alla "prova positiva della causa del danno, che deve essere estranea all'attività del debitore"<sup>274</sup> (*cause étrangère*, caso fortuito o forza maggiore), nelle prime la (inversione della) prova, gravante sul debitore, si caratterizzerebbe in senso negativo, concernendo l'assenza di *faute*. La dubbia consistenza teorica di questa partizione, però, è testimoniata sia da quegli autori che, pur criticando la tendenza a considerare obbligazioni di risultato (sia pure *atténuées*) quelle obbligazioni che determinano una presunzione di *faute*, hanno preferito includere queste fattispecie nella categoria delle "*obligations de moyens renforcées*"<sup>275</sup>; sia da quella dottrina che, al contrario, piuttosto che di obbligazioni di mezzi "rinforzate", preferisce discorrere di obbligazioni di risultato "attenuate", identificando, esplicitamente o implicitamente<sup>276</sup>, le una con le altre. Così le obbligazioni di mezzi "rinforzate o aggravate" si vengono a trovare "in questo pericoloso viaggio, sul versante delle obbligazioni di risultato"<sup>277</sup>.

Il principio di "equivalenza" tra i regimi di imputazione delle responsabilità contrattuale e delittuale, che spinge al superamento della tradizionale partizione imperniata sulla natura delle fonti dell'obbligazione, interessa oggi anche il diritto italiano che, a

<sup>272</sup> Per alcune ipotesi cfr., ad es., *Cass., I Ch. civ., 21 juin 1977*, in *Sem. jur.*, 1979, II, *Jur.*, 19066 (I espèce); *Cass., I Ch. civ., 10 juillet 1979*, in *Rec. Dalloz*, 1980, *Inf. rap.*, p. 47 s.; *Cass., I Ch. civ., 10 février 1993*, in *Rec. Dalloz*, 1993, *Jur.*, p. 605. Afferma che, in molti di questi casi, l'esistenza della *faute* è dedotta "dal semplice verificarsi dell'incidente", G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d'autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770. Sul tema v., altresì, Id., *La nature de la responsabilité de l'organisateur d'une colonie de vacances envers les parents qui lui confient leur enfant*, *ivi*, 1968, p. 713 s.; P. JOURDAIN, *L'obligation de moyens de l'organisateur de colonie de vacances: obligation de sécurité ou obligation de surveillance*, *ivi*, 1997, p. 949.

<sup>273</sup> Lo rileva M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 294, sulla scia di F. C(HABAS), *Note à Cass., II Ch. civ., 13 mai 1981*, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

<sup>274</sup> C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome 3, *cit.*, p. 626.

<sup>275</sup> Cfr., ad es., C. LARROUMET, *op. loc. ult. cit.*

<sup>276</sup> Un'esplicita identificazione delle due categorie di obbligazioni è sostenuta da B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. loc. ult. cit.* Anche G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, pp. 516 s. e 519 s., pur trattando le due categorie di obbligazioni separatamente, non sembrano indicare elementi sufficienti a giustificare la partizione.

<sup>277</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. ult. cit.*, p. 452.

maggior ragione rispetto a quello d'oltralpe, professa la regola del concorso<sup>278</sup>. Ma una qualche diversità è ravvisabile, almeno a livello declamatorio, in ordine alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione "di mezzi" che, sulla base del principio di riferibilità o di vicinanza della prova<sup>279</sup>, dovrebbe essersi emancipata – quanto meno in tema di responsabilità degli operatori sanitari<sup>280</sup> – dal modello di responsabilità delittuale per colpa prescritto dall'articolo 2043 del Codice civile. Diversamente da quanto accade nell'esperienza francese, se si eccettuano i pochi casi nei quali le Corti hanno individuato un "contratto di protezione" o una responsabilità da "contatto sociale" più o meno qualificato<sup>281</sup>, nella quasi totalità delle ipotesi nelle quali pur v'è un contratto o una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, la giurisprudenza, piuttosto che applicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale, preferisce applicare una regola di responsabilità delittuale (l'articolo 2051 Codice civile, soprattutto) che prescrive un regime di responsabilità oggettiva<sup>282</sup>. Ciò è accaduto, ad es., allorché la Cassazione ha deciso per le responsabilità del gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che, nel tuffarsi, aveva impattato il fondale<sup>283</sup>; di un titolare di un maneggio per i danni subiti da un cliente che, nel corso di una passeggiata organizzata, si era lasciato cadere dal cavallo allorché lo stesso, spaventato dalla presenza di un animale sul percorso, era partito al galoppo<sup>284</sup>; di una società che gestiva un'autostrada (a pagamento), per la morte di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, aveva terminato la sua corsa in un

<sup>278</sup> Sul punto, l'indagine di P.G. MONATERI, Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema), Padova, 1989, p. 79 ss. e *passim*.

<sup>279</sup> Enunciato, com'è noto, da Cass., Sez. Un. Civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1567 ss., con il commento di V. MARICONDA, Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro. Su tale decisione v., altresì, G. VILLA, Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss.; G. VISINTINI, La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento), in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903; P. LAGHEZZA, Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammento, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss.

<sup>280</sup> Per l'accoglimento di tale principio in materia di responsabilità dei sanitari, Cass., Sez. Un. Civ., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790. Tuttavia, sottolineano le diversità di disciplina che caratterizzano la responsabilità dei professionisti legali, R. FAVALE, La responsabilità civile del professionista forense, in *Nuova Enciclopedia*, Collana diretta da P. Condon, 2<sup>a</sup> ed. con la collaborazione di M.P. Mantovani, Padova, 2011, p. 182 ss.; L. NOCCO, La responsabilità civile dell'avvocato, in *Danno e resp.*, 2009, p. 302 ss.; M. FEOLA, La responsabilità dei professionisti legali, *ivi*, 2014, p. 994 ss.

<sup>281</sup> Per un'indagine sulla giurisprudenza in materia, cfr. S. FAILLACE, La responsabilità da contatto sociale, Padova, 2004, pp. 21 ss., 69 ss.

<sup>282</sup> Afferma, infatti, che la responsabilità del custode disciplinata dall'art. 2051 c.c. costituisce un'ipotesi di responsabilità oggettiva e non di colpa presunta, in quanto il danneggiato, per ottenere il risarcimento da parte del custode, deve dimostrare l'esistenza del danno e la sua derivazione causale dalla cosa, rilevando, ai fini dell'esonero dalla responsabilità, non la diligenza nella custodia, ma soltanto che il danno è derivato dal caso fortuito o dalla condotta del danneggiato, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

<sup>283</sup> Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

<sup>284</sup> Cass., Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 s., commentata da P. SANTORO, "Mala bestia è questa mia": sulla responsabilità oggettiva del titolare di un maneggio.

raccogliatore dell'acqua piovana<sup>285</sup>; di gestori di strutture alberghiere per i danni subiti dai clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo<sup>286</sup>, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo<sup>287</sup>, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli indispensabili presidi antiscivolo e di sostegno<sup>288</sup>. Eguale sorte ha riguardato il custode-albergatore per i gravi danni subiti da una studentessa che, durante una gita scolastica, dopo aver superato il parapetto del proprio balcone e avuto accesso al lastrico solare, era caduta al suolo<sup>289</sup>. La scelta per una regola di responsabilità oggettiva extracontrattuale è stata confermata anche nelle ipotesi di danni “da custodia” della Pubblica Amministrazione<sup>290</sup>. Ma la Cassazione, condizionata dalla tradizione colpevolista della responsabilità civile, ha talvolta contaminato in senso soggettivo l'interpretazione dell'articolo 2051 del Codice civile<sup>291</sup>, secondo una prospettiva che pare difficilmente compatibile con la struttura e con la storia di questo testo.

Ecco che, allora, una ricostruzione dogmatica unitaria della “obbligazione come rapporto complesso” cede il passo, in Germania, in Francia così come in Italia, alla tradizione giuridica ed alle scelte sistemologiche profonde di ciascun diritto. Una determinata esperienza giuridica non può recepire, senza inserirlo armonicamente nel proprio sistema, un modello “dato” che è stato elaborato in presenza di peculiari esigenze che sono state avvertite in una realtà giuridica comunque diversa da quella che caratterizza il paese recipiente. Ogni trapianto giuridico implica, cioè, un necessario “processo di assimilazione”, in conseguenza “della diversità del contesto nel quale la figura originaria viene inevitabilmente a trovarsi”<sup>292</sup>.

Questa considerazione, però, potrebbe sortire, con riferimento al tema affrontato, una pluralità di svolgimenti che sono tra loro divergenti. Da un lato, il “diritto giurisprudenziale italiano” potrebbe sentirsi “non condizionato da quella riforma del diritto delle obbligazioni che in Germania può suggerire di aver congelato” la categoria dell'obbligazione senza prestazione “entro gli arbitrariamente limitati confini della

<sup>285</sup> Cass., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss., con nota di P. PARDOLESI, Sul “dinamismo” connaturato alla cosa nella responsabilità da custodia.

<sup>286</sup> Cass., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1807 ss.

<sup>287</sup> Cass., Sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720, con nota di D. CALCATERRA.

<sup>288</sup> Cass., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782, con il commento di D. BOSCHI, Alcune considerazioni circa l'applicazione dell'art. 2051 c.c. al c.d. danno da caduta.

<sup>289</sup> Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss., con il commento di A.P. BENEDETTI, La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde?

<sup>290</sup> Cfr., ad es., Cass., 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614, con il commento di S. SCALZINI, Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento.

<sup>291</sup> Ad es., Cass., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss., con nota di M. TORRESANI, La responsabilità oggettiva da cose in custodia per dissesti stradali; Cass., 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1082, con nota di A. PALMIERI; Cass., 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Arch. circ.*, 2011, p. 695; Cass., 3 aprile 2009, n. 8157, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1025; Cass., 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3461.

<sup>292</sup> Così, C. CASTRONOVO, Eclissi del diritto civile, *cit.*, p. 150.

responsabilità precontrattuale<sup>293</sup>. Dall'altro, in presenza di una tendenza maggioritaria a considerare rilevanti i soli obblighi di protezione funzionalmente connessi alla prestazione, la tematica del contatto sociale qualificato e quella dell'obbligazione senza prestazione si potrebbero progressivamente "eclissare" dalla scena del nostro diritto civile, il quale continua a inquadrare<sup>294</sup>, così come in Francia e nel diritto europeo<sup>295</sup>, la stessa responsabilità precontrattuale in ambito extracontrattuale<sup>296</sup>.

Piuttosto che continuare a interrogarsi sulle mobili frontiere della responsabilità civile, potrebbe essere auspicabile il superamento di una partizione che è ispirata alle fonti dell'obbligazione, prevedendo unitari regimi di responsabilità per specifiche attività, a prescindere dalla qualificazione in termini di responsabilità delittuale o contrattuale. In alcuni casi la tendenza alla unificazione dei regimi della responsabilità civile delittuale e contrattuale è stata sancita dallo stesso legislatore. La disciplina dei danni da circolazione dei veicoli a motore e quella dei danni cagionati da prodotti "difettosi" dimostrano il superamento della partizione, sulla base di un unitario modello di imputazione della responsabilità. Al trasportato a titolo di cortesia si applica, finalmente, il medesimo regime di responsabilità che concerne i trasportati a titolo oneroso o gratuito. Il risarcimento del danno cagionato da un prodotto difettoso può essere ottenuto sulla base delle medesime "conditions" da qualsiasi danneggiato, a prescindere dalla qualifica di contraente o di terzo utilizzatore. Ad un eguale esito si potrebbe pervenire, ad esempio, per le responsabilità professionali, una volta introdotto l'obbligo di assicurazione, prevedendo una normativa unitaria, a prescindere dalla circostanza che ci si trovi in presenza di una prestazione senza obbligazione o di informazioni destinate a soggetti determinati o a "tutti" i consociati. Un importante risultato in tal senso è stato raggiunto, ancora una volta, dal diritto francese. A differenza della disciplina italiana, che ha introdotto una forma anomala di contrattazione obbligatoria asimmetrica, risultando obbligato il solo professionista sanitario, senza che un correlato obbligo a contrarre sussista anche a carico delle imprese di assicurazione<sup>297</sup>, il

<sup>293</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 148.

<sup>294</sup> Dopo aver prospettato un mutamento di orientamento, affermando che la responsabilità precontrattuale rappresenterebbe una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, poiché il legislatore, nel prevedere l'obbligo di buona fede, ha costituito un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative (Cass., I Sez. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1240 ss., *ivi* il commento di C. CASTRONOVO, La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale), la Cassazione sembra essere ritornata sulle sue tradizionali posizioni (ad es., Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. DELLA NEGRA, La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?).

<sup>295</sup> Corte Giust. U.E., 17 settembre 2002, C. 334/00, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 400 ss., con nota di L. VEDOVATO, Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di Giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione.

<sup>296</sup> Basti citare la più autorevole dottrina: R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, Il contratto, in *Tratt. di Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, t. II, Torino, 3<sup>a</sup> ed., 2004, p. 247 ss.

<sup>297</sup> Non a caso, successivamente all'entrata in vigore della legge Balduzzi, la mancata previsione di un obbligo legale a contrarre per le imprese assicuratrici ha richiesto il deposito di successivi interventi normativi (il D.d.l. n. 1581/2013, ad es., all'art. 4, dispone: "Onde evitare che le imprese assicuratrici si rifiutino di contrarre per il rischio troppo elevato o difficilmente calcolabile, tutte le compagnie operanti sul territorio italiano sono tenute a fornire coperture anche in ambito sanitario"; l'art. 2 del D.d.l. n. 1312/2013 prevede, inoltre, l'obbligo di rinnovo contrattuale per le imprese assicuratrici, stabilendo normativamente l'incremento del premio annuo).

legislatore francese, nel collegare il regime unitario di responsabilità per *faute* (articolo L. 1142-1 I *Code de la santé publique*) a modelli di assicurazione obbligatoria e di sicurezza sociale (gravante sulla *solidarité nationale*), ha provveduto a unificare il sistema di responsabilità civile in materia di sanità pubblica e privata, sulla base di uno “statuto” autonomo e speciale che ha il suo fondamento nel *Code de la santé publique* e che ha consentito di superare la tradizionale partizione tra *faute contractuelle* e *faute délictuelle* che, ormai, “non aveva più alcun significato”<sup>298</sup>.

In attesa di eventuali interventi legislativi diretti a disporre l’unificazione dei regimi delle responsabilità nei settori di maggiore rilevanza sociale, la storia dimostra come, nella gran parte dei casi, la scelta per il rimedio contrattuale o per quello delittuale è stata effettuata dalle Corti, in sistemi improntati sia al regime del concorso, sia a quello del *non-cumul*, per assicurare alla vittima il risarcimento del danno sulla base del più favorevole regime di imputazione della responsabilità. La stessa “scoperta” giurisprudenziale del principio del *non-cumul*<sup>299</sup> ha avuto la funzione di rafforzare la tutela contrattuale della vittima, impedendo che essa, garantita (fin dal 1911-1913) dall’esistenza di un’obbligazione di *sécurité* di risultato, potesse vedersi affievolita la sua tutela con il richiamo alla regola di responsabilità extracontrattuale per colpa, in un periodo in cui sarebbe stata storicamente impraticabile l’applicazione dell’articolo 1384, comma 1, *Code civil*<sup>300</sup>. La riprova è che l’odierna dottrina francese, in presenza dello snaturamento dell’obbligazione di *sécurité* dovuto alla proliferazione giurisprudenziale delle obbligazioni “di mezzi”, proprio al fine di ristabilire la tutela risarcitoria originaria della vittima, inizia a considerare pernicioso, nella specie, il principio del *non-cumul* e a proporre, in via di riforma, il regime del concorso o la “decontrattualizzazione” dell’obbligazione di *sécurité* (di mezzi) ogni qualvolta risulti applicabile la regola di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’articolo 1384, comma 1, *Code civil*.

In questi ed altri casi è la giurisprudenza che, sulla base delle indicazioni della dottrina, può continuare a procedere, così come accaduto in Francia (pur in presenza della regola del *non-cumul*), alla progressiva elaborazione di un “diritto comune”<sup>301</sup> delle

<sup>298</sup> Afferma che non ci si può non “felicitar per questa scelta unificatrice”, anche perché, nella realtà, “*la distinction entre la faute délictuelle et contractuelle n’avait plus guère de signification dès lors que la jurisprudence définissait de plus en plus les fautes par référence au code de déontologie médicale*”, scelta unificatrice che permette “*aussi au juge administratif et au juge judiciaire de statuer désormais sur un même fondement: la loi du 4 mars 2002*”, P. SARGOS, Deux arrêts “historiques” en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au maquement d’un médecin à son devoir d’information, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1523. Sui rapporti tra i sistemi assicurativi, di responsabilità civile e di sicurezza sociale, cfr. PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, 2013, 6<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 131 ss.

<sup>299</sup> *Cass.*, 11 janvier 1922, *cit.*, p. 279 s.

<sup>300</sup> In questi termini, M. FEOLA, L’obbligazione come rapporto complesso, *cit.*, § 18.

<sup>301</sup> In argomento, sia consentito rinviare ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Hacia un “Derecho Común” de la Responsabilidad Civil, in *La Responsabilidad Civil*, a cura di C. Fernández Sessarego, Volumen III, Lima (Perù), 2010, pp. 41-60. Lo scritto è stato pubblicato anche in Italia con il titolo Verso un “diritto comune” della responsabilità civile, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 1 ss. Una significativa adesione a questa idea si è avuta nel diritto francese: intitola a “*Le droit commun de la responsabilité civile*” la “*Première partie*” del suo trattato, M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations*, *cit.*, p. 133.



responsabilità. Tale risultato può riguardare soprattutto la riparazione dei cc.dd. danni “conseguenziali” cagionati nell’esecuzione della prestazione, la quale è caratterizzata da una funzione propriamente risarcitorio-conservativa, che si vuole distinta dalla finalità acquisitiva, modificativo/incrementativa dell’altrui sfera patrimoniale<sup>302</sup> propria della responsabilità conseguente all’inattuazione del regolamento contrattuale in sé. L’individuazione, da parte delle Corti (francesi, ma anche italiane e tedesche), di una disciplina “simmetrica” ed “equivalente” in tema di responsabilità delittuale e contrattuale, fondata ora sulla prova della *faute*, ora su una disciplina di responsabilità oggettiva, consente di individuare il problema primario e del tutto preminente (sulle altre “conditions”) negli standard di imputazione della responsabilità e nella tendenza alla loro unificazione. Piuttosto che continuare a suddividere il campo della responsabilità civile in due modelli, rigorosamente non comunicanti, ispirati al dato formale delle fonti dell’obbligazione, può farsi strada l’idea che in entrambi gli ambiti la partizione ordinante sia quella tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, nella consapevolezza che l’esistenza di sistemi intermedi caratterizzati da “presunzioni di responsabilità” rappresentino “correttivi” temporanei (introdotti dalla giurisprudenza) nel corso di un itinerario che conduce, quanto meno in alcune branche del diritto, e al precipuo scopo di tutelare interessi particolarmente meritevoli di protezione, dalla responsabilità individuale per colpa a regimi di responsabilità (oggettiva) fondati sull’assicurazione obbligatoria di responsabilità e sulla *social security*<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> Così, testualmente, M. BARCELLONA. Trattato della responsabilità civile, *cit.*, p. 97.

<sup>303</sup> Secondo un’idea (esposta in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale, Napoli, 1992, *passim*; Id., La riparazione dei danni alla persona, Camerino-Napoli, 1993, pp. 12-99), che poi è stata occasione di un ulteriore dibattito (Id., I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale, relazione tenuta al Convegno “La responsabilità civile fra presente e futuro”, Perugia, 30-31 maggio 1997, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 763-828, e in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. V, Milano, 1998, pp. 345-414; Id., I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale. A proposito del modello neozelandese, versione italiana della relazione tenuta in occasione del Convegno Internazionale “*Personal Injury Beyond National Experiences*”, Pisa, Scuola Superiore S. Anna, 30 ottobre 1997, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 599-647; Id., Danno alla persona nel modello neozelandese tra responsabilità civile e sicurezza sociale, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 323-329).