

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E **ALBERTO TRABUCCHI**
(1955-1968) (1955-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - VINCENZO SCALISI
PIERO SCHLESINGER - PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Luglio-Agosto
2018

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

L'OBBLIGAZIONE COME RAPPORTO COMPLESSO

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'analisi storicistico-comparativa e del sistema dei rimedi nello studio del rapporto obbligatorio. – 2. La “connessione” funzionale delle obbligazioni di *sécurité* alla prestazione. La contrapposizione, in Francia e Germania, tra le concezioni pluralistica e unitaria dell'obbligazione. – 3. “Contatto sociale” *v.* “contatto negoziale”. La responsabilità da *status* professionale e i suoi epigoni. Obbligazioni *ex lege* e integrazione del rapporto secondo buona fede. – 4. Dall’“obbligazione senza prestazione” alla “prestazione senza obbligazione”. *Culpa in contrabendo* e prestazioni “non dovute” come fonte di obblighi di protezione. – 5. Il carattere rimediabile delle obbligazioni di *sécurité* e degli obblighi di protezione. – 6. *Segue*. Le obbligazioni di *sécurité* e il loro collegamento con i rimedi delittuali. Le proposte di riforma e l'Ord. 2016-131. – 7. La partizione tra obblighi di prestazione e di protezione. L'adozione di un metodo ispirato alla scelta del rimedio (risarcitorio o in forma specifica) in concreto esigibile. – 8. La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione alle esigenze storiche e alle caratteristiche 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*.

1. – Il tema dell'obbligazione, che ha rappresentato, in Italia, il campo di elezione della dogmatica giuridica e del (correlato) mito della neutralità del diritto, può essere compreso e ricostruito meglio dal civilista italiano se si sperimenta un'analisi comparativa di tipo storicistico che abbia ad oggetto non (sol)tanto il problema delle fonti, quanto il complessivo sistema dei rimedi⁽¹⁾ previsti da ciascun ordinamento. Così, la pubblicazione di uno dei più celebri saggi della letteratura tedesca del XX secolo⁽²⁾ ha arricchito ulteriormente l'itinerario dedicato alla ricostruzione degli orientamenti che hanno pensato il rapporto obbligatorio come struttura com-

⁽¹⁾ Anche se con un diverso approccio, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino 2009, *passim*.

⁽²⁾ La traduzione del contributo di HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, 257-320, introduce il volume intitolato *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino 2016; *ivi* i saggi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, di M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*.

pressa, già intrapreso con la traduzione della “scoperta”⁽³⁾, ad opera di Hermann Staub, delle *Grundlagen* delle violazioni positive del contratto⁽⁴⁾ e del più controverso lavoro di Günter Haupt sui rapporti contrattuali di fatto⁽⁵⁾. 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⁽⁶⁾ e da altri Autori che, interpretando il pensiero di Rudolf von Jhering⁽⁷⁾, avevano pensato di costruire il rapporto obbligatorio⁽⁸⁾ come *Organismus*⁽⁹⁾, *konstante Rahmenbeziehung*⁽¹⁰⁾ o «rapporto cornice».

Proprio da tali suggestioni parte questa riflessione che, più che essere imperniata sul pensiero di Heinrich Stoll, cercherà di porre in evidenza alcuni dei passaggi più problematici che il tema dell'obbligazione e della sua struttura complessa pone oggi all'attenzione della scienza giuridica. E poiché questo saggio, come molti altri studi già pubblicati, rappresenta il risultato di una ricerca⁽¹¹⁾ che è stata oggetto di un lavoro di gruppo,

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

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

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

(6) H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

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

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

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

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

(11) Il PRIN 2010-2011 (cofinanziato MIUR) su «Corti, dottrina e società inclusiva:

queste pagine muovono proprio dalle idee e dai risultati scientifici ai quali sono pervenuti Rocco Favale e Maria Feola nei loro contributi⁽¹²⁾, Autori che si sono misurati già da tempo e con successo in questa materia.

Questo tema nasce nella dottrina tedesca e, forse ancor prima, in quella francese⁽¹³⁾, per poi evolvere in una circolazione transnazionale di modelli che condiziona, negli ultimi anni, il diritto italiano. L'aver riproposto, nell'ambito della nostra esperienza, le idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca dello scorso secolo, ma per risolvere problemi del tutto peculiari di quel diritto, ha spinto la nostra giurisprudenza a recepire quelle idee, al punto da porre in discussione, da un lato, la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sulla sola prestazione, dall'altro, gli stessi confini della responsabilità contrattuale. Però, talvolta, la ricezione travalica l'esatta fisionomia che il modello assume nell'ordinamento di provenienza. Ciò può essere accaduto proprio in ordine a tali temi, almeno per quella dottrina che ha rimproverato le nostre Corti di non aver compreso il reale significato che alcuni istituti di recente apparsi nel diritto italiano (il contatto "sociale" o "negoziale"⁽¹⁴⁾, il contratto con effetti di protezione per terzi⁽¹⁵⁾, la responsabilità da affidamento ingenerato dallo *status* professionale⁽¹⁶⁾, la possibilità di generalizzare un rapporto obbligatorio senza prestazione⁽¹⁷⁾, ad es.) avevano assunto nei paesi d'origine.

Le diverse teorie elaborate in Germania e in Francia nel corso del XX secolo in tema di obbligazione trovano la loro spiegazione nell'ambito delle peculiarità sistemiche dei due ordinamenti, con riferimento non soltanto ai problemi dell'inadempimento e del contratto, ma anche alla dif-

l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice», svolto dall'Unità di Ricerca dell'Università di Napoli Federico II.

(12) Oltre agli ulteriori scritti qui citati, ci si riferisce soprattutto ai contributi dei due Autori cit. in nt. 2.

(13) 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, p. 95 ss., 118 ss.

(14) A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 78 ss.

(15) Sul punto, i rilievi di A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di L. Vacca, Torino 2001, p. 113 ss., e DI G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli 2004, p. 169 ss. Con la consueta chiarezza, A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 342 ss.

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

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

ferente fisionomia (riguardo all'estensione dell'area dei danni risarcibili e ai modelli di imputazione) dei sistemi di responsabilità extracontrattuale. E ciò, non tanto per la consueta contrapposizione tra modelli atipici (art. 1382 *Code civil*) e modelli tipici (§ 823 ss. BGB) di responsabilità delittuale, quanto, soprattutto, per l'esistenza (in Francia e in Italia) di regole di responsabilità oggettiva delittuale (ad es., per i fatti della cosa e *d'autrui*: art. 1384, comma 1, *Code civil* e artt. 2051 e 2049 c.c. it.) che hanno reso più appetibile per la vittima tale regime di responsabilità rispetto ad un'estensione dell'obbligazione (se qualificata "di mezzi") e della conseguente responsabilità contrattuale⁽¹⁸⁾.

2. – In merito alle più significative differenze esistenti in materia di struttura del rapporto obbligatorio in Francia e in Germania si è rilevato⁽¹⁹⁾ 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*⁽²⁰⁾, là dove giustifica la sussistenza di obblighi di protezione in presenza di un'obbligazione che è diretta alla «realizzazione dell'interesse alla prestazione», allo scopo di «salvaguardare la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per mezzo di questa»⁽²¹⁾. Nel diritto francese, il dato della accessorietà è confermato dallo stesso lessico utilizzato dalla scienza giuridica: l'essere "di mezzi" o "di risultato" è una nozione che pertiene essenzialmente alla prestazione⁽²²⁾ e che l'obbligazione di *sécurité* acquisisce proprio in virtù del fenomeno di connessione funzionale, pur potendo esprimere una qualificazione diversa rispetto alla prestazione alla quale è collegata. Così, ad una prestazione che rappresenta l'oggetto di un'obbligazione "di mezzi" può risultare collegata un'obbligazione di *sécurité* che è "di risultato", la cui violazione dà luogo ad un regime di responsabilità ben più rigoroso di quello che discende dall'inadempimento dell'obbligo di prestazione. Ma l'esperienza d'oltralpe va anche oltre il dato della accessorietà poiché, soprattutto in talune ipotesi (ad es., obbligazione di «vegliare sulla sicu-

⁽¹⁸⁾ M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 ss.

⁽¹⁹⁾ Da M. FEOLA, *op. cit.*, p. 118 ss.

⁽²⁰⁾ Tuttavia, con riferimento alla relazione intercorrente tra affidamento e rapporto obbligatorio v. HE. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen 1934, p. 125.

⁽²¹⁾ HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 26.

⁽²²⁾ In questi termini, M. FEOLA, *op. cit.*, p. 120 s.

rezza» di un soggetto affidato)⁽²³⁾, v'è, sovente, nella prassi, una tendenziale "immedesimazione" dell'obbligazione di *sécurité* con la prestazione. In questi casi l'obbligazione di *sécurité* sfuma dal versante della protezione per affermarsi in quello, preminente, della prestazione.

La verifica di queste asserzioni discende, altresì, dall'esame della struttura del rapporto obbligatorio del professionista sanitario. La scienza giuridica francese, fedele alla qualificazione in termini di obbligazione "di mezzi" sancita nell'*arrêt Mercier*⁽²⁴⁾, professata dalla giurisprudenza dominante e ribadita nell'art. L. 1142-1, comma 1, del *Code santé publ.*, ha distinto l'obbligo di prestazione da quello di protezione ogni qual volta il paziente sia stato vittima di un accidente medico subito «à l'occasion d'une activité d'investigations, de soins ou de traitements», anche al fine di «saper se l'obbligazione accessoria di *sécurité* sia egualmente di mezzi o possa essere, in certi casi, di risultato»⁽²⁵⁾. Ebbene, la dottrina è unanime nell'affermare che il principio della responsabilità per colpa, che pur in certi casi involge l'idea della *faute virtuelle*, ovvero di quella *faute* «che si deduce *ipso facto* dal danno», perché «inclusa nel danno o indotta dal danno», conosce «due grandi eccezioni»⁽²⁶⁾ in materia di infezioni nosocomiali e di danni causati da prodotti sanitari. Nel primo caso la legge di riforma (art. L. 1142-1, comma 2) ha confermato il precedente orientamento giurisprudenziale che aveva individuato, sia per le infezioni esogene, sia per quelle endogene, «un'obbligazione di *sécurité* di risultato dalla quale non ci si può liberare senza apportare la prova della *cause étrangère*»⁽²⁷⁾. Tuttavia, accanto alla responsabilità oggettiva delle strutture sanitarie, la responsabilità del professionista sanitario è stata ricondotta comunque all'obbligazione di mezzi. Da qui la scelta della Cassazione «di integrare l'infezione nosocomiale nel contenuto dell'informazione che il medico deve al suo paziente» e il ritorno a una presunzione di *faute*⁽²⁸⁾. Anche in tema di danni causati dai prodotti sanitari la giurisprudenza «non aveva esitato a consacrare un'obbligazione di *sécurité* di risultato»⁽²⁹⁾. A seguito della riforma del 2002, la responsabilità «resta oggettiva

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

(24) Cass., 20 mai 1936, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, p. 88, Rapp. L. Josserand.

(25) Così, M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité Dr. Civ. sous la direction de C. Larroumet*, 2^{ème} éd., Paris 2012, p. 894.

(26) M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, p. 902 e 921, *ivi* la giurisprudenza cit.

(27) M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, p. 927 e 923.

(28) M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, p. 930.

(29) Lo riferisce M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, p. 933.

e rappresenta un'eccezione, consacrata ormai dalla legge, al principio della responsabilità soggettiva in materia»⁽³⁰⁾. Ma qui «la minaccia avverso la giurisprudenza relativa all'obbligazione di *sécurité* di risultato»⁽³¹⁾ proviene non tanto dalla riforma del 2002, quanto dalla legge relativa alla responsabilità per il fatto dei prodotti difettosi, che fa gravare sull'attore la prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra il difetto e il danno (art. 1386-9 *Code civ.*).

Il dato della necessaria "accessorietà" dell'obbligazione di *sécurité*, anche nella controversa materia della responsabilità sanitaria, appare una caratteristica notevole del diritto francese che affonda le sue radici nella tradizione giuridica di questo Paese. A differenza dell'esperienza tedesca, che proprio a seguito del contributo di Heinrich Stoll inizierà a individuare nell'ambito dell'obbligazione intesa come rapporto complesso obblighi (*recte*, doveri) di protezione nettamente distinti dalla prestazione; e a differenza di una parte della giurisprudenza italiana che, proprio sulla base di queste acquisizioni, si è allontanata dal modello d'oltralpe per allinearsi all'esperienza germanica; nel diritto francese, malgrado il termine *prestation* sia talvolta usato per indicare il contenuto e/o l'oggetto dell'obbligazione *strictement contractuelle*, la dottrina e la giurisprudenza dominanti non procederanno mai ad una nitida scomposizione della prestazione dalla *sécurité* all'interno di un medesimo rapporto obbligatorio, ma preferiranno discorrere di obbligazioni di *sécurité* che sono connesse alle altre obbligazioni «*strictement contractuelles*», le quali sole permettono di «*procurer au créancier un avantage déterminé, une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans contrat*»⁽³²⁾. Ecco che, pur comparando saltuariamente nella letteratura giuridica, il termine *prestation* non assume mai il senso di una contrapposizione con la *sécurité* all'interno di un unico rapporto obbligatorio a struttura complessa. Invece di sezionare l'oggetto di un unitario rapporto obbligatorio al fine di discernere l'obbligo (e l'interesse) di prestazione da quelli di protezione, l'obbligazione di *sécurité*, che è obbligazione *ex lege*, conserva una sua completa autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni "strettamente contrattuali" alle quali è funzionalmente connessa. Sulla base di questa concezione pluralistica delle obbligazioni, che in un certo senso si contrappone all'idea unitaria di rapporto obbligatorio a struttura complessa propria dell'esperienza tedesca, la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe si interessano essenzialmente

⁽³⁰⁾ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 942.

⁽³¹⁾ M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³²⁾ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 87 s.

di individuare criteri idonei a determinare la disciplina applicabile, in virtù della qualificazione dell'obbligazione di *sécurité* in termini "di mezzi" o "di risultato".

Il diritto francese conosce un ampliamento dei rapporti obbligatori che ruota comunque attorno alle idee di contratto e di prestazione. La configurazione di un unitario rapporto obbligatorio a struttura complessa è, invece, una ricostruzione teorica che pertiene soltanto al diritto tedesco. A differenza di quanto accade in questa esperienza giuridica, in Francia non sono ipotizzabili obblighi di protezione "autonomi" od "obbligazioni senza prestazione" ⁽³³⁾. La diversa soluzione ideata dal diritto germanico per la responsabilità precontrattuale, 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, 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» ⁽³⁴⁾.

L'estensione dell'area dei danni risarcibili nell'ambito della sola responsabilità contrattuale attraverso la codificazione dell'obbligazione come rapporto complesso (§§ 241, comma 2 e 311 BGB), da un lato, risulta in linea con la tradizione, con lo stile e con le esigenze teoriche e pratiche dell'esperienza tedesca, così come si è andata evolvendo nel corso del XX secolo; dall'altro, ha consentito di conservare intatta la scelta originaria compiuta dal legislatore tedesco in tema di responsabilità delittuale. Se si rileggono alcune righe di Claus Wilhelm Canaris vergate alcuni decenni prima della riforma se ne ha una conferma inequivoca: «il riconoscimento di una tutela aquiliana generalizzata» porterebbe con sé «il rischio di uno "straripamento" della tecnica della responsabilità», perché «la cerchia degli aventi diritto al risarcimento minaccerebbe di allargarsi a dismisura» ⁽³⁵⁾. L'esistenza, accanto alle regole di comportamento di ordine generale che sono proprie della responsabilità delittuale, di regole «a carattere particolare», espressione di una «più qualificata responsabilità», troverebbe fondamento nel fatto che «il "contatto" contrattuale determina una maggiore possibilità di incidenza sui beni e sugli interessi della con-

⁽³³⁾ Sul punto, K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München 1982, p. 101.

⁽³⁴⁾ M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino 2014, p. 50.

⁽³⁵⁾ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 575.

troparte»⁽³⁶⁾. «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"»⁽³⁷⁾.

Ecco spiegate, con vent'anni di anticipo, le ragioni e la congruenza sistematica della riforma⁽³⁸⁾ 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⁽³⁹⁾. E ciò non tanto per l'esistenza di una "clausola generale" che, sulla scia dell'insegnamento di Stefano Rodotà⁽⁴⁰⁾, le Sezioni Unite civili hanno a più riprese riaffermato⁽⁴¹⁾, quanto per la previsione di differenti regimi di imputazione della responsabilità delittuale (ad es., artt. 2051 c.c. e 1384, comma 1, *Code civile*) che prescindono dalla colpa e che, oltre ad invertire l'onere della prova, ne mutano l'oggetto⁽⁴²⁾.

3. – 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 art. 1173 c.c.) che ne costituisca la fonte⁽⁴³⁾. Malgrado la concezione dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico⁽⁴⁴⁾ sia stata poi respinta dal suo stesso Autore «nella misura in cui fa riferimento ad un

⁽³⁶⁾ C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 572 e 576.

⁽³⁷⁾ C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 576.

⁽³⁸⁾ Sulla quale, per tutti, G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 1 ss.

⁽³⁹⁾ Tale argomento è sostenuto, oggi, soprattutto da M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss.

⁽⁴⁰⁾ *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 107 ss., 112 ss., 183 ss. e 199 ss. Anche per le ulteriori citazioni bibliografiche, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte II, in *R. crit. d. priv.*, 2003, p. 220 ss.

⁽⁴¹⁾ Il *leading case*, com'è noto, è rappresentato da Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.; conf. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 25, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

⁽⁴²⁾ Così, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino 2012, p. 339 ss.

⁽⁴³⁾ Tra gli altri, M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 71.

⁽⁴⁴⁾ Sostenuta proprio da K. LARENZ fino alla 9ª edizione (1968) della sua opera (così, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in G. HAUPT, *Sui rapporti*, cit., p. 42). Il mutamento di opinione dell'esimio maestro è sottolineato da H. KÖHLER, *Karl Larenz*, in *VersR*, 1993, p. 421.

comportamento meramente fattuale senza fondamento negoziale»⁽⁴⁵⁾, l'idea di una responsabilità da affidamento connessa all'inadempimento (*recte*, alla violazione) di un'obbligazione senza prestazione è stata fondata, dalla nostra giurisprudenza, sulla teoria dei rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), così come ideata da Günter Haupt⁽⁴⁶⁾, e sulla successiva rielaborazione, effettuata da Hans Dölle⁽⁴⁷⁾, in termini di fattispecie autonome. La Cassazione, quando ha contrattualizzato la responsabilità in presenza di «un obbligato “che non c'è”»⁽⁴⁸⁾, ha individuato 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»⁽⁴⁹⁾. 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⁽⁵⁰⁾, quella del “precettore” dipendente da un istituto scolastico per il non aver vigilato «sulla *sicurezza* e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica»⁽⁵¹⁾, quella da «inesatto pagamento» della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile⁽⁵²⁾, quella “da attività procedimentale” della P.A. nei confronti del cittadino, la quale si caratterizzerebbe per un contatto «specifico e differenziato»⁽⁵³⁾. A questi casi va aggiunto quell'indirizzo della Cassazione⁽⁵⁴⁾, dapprima revocato in dubbio⁽⁵⁵⁾ ma poi confermato in giurisprudenza pur in assenza del rinvio alle Sezioni Unite⁽⁵⁶⁾, che ha inquadrato in ambito (quanto meno “prossimo” a

⁽⁴⁵⁾ K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., München 2004, p. 579.

⁽⁴⁶⁾ G. HAUPT, *op. ult. cit.*, 50 ss.

⁽⁴⁷⁾ H. DÖLLE, *Auãergesetzliche Schutzpflichten*, in *ZStW*, 103, 1943, p. 67.

⁽⁴⁸⁾ Con grande efficacia, A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65.

⁽⁴⁹⁾ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. DI MAJO.

⁽⁵⁰⁾ 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*.

⁽⁵¹⁾ Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *F. it.*, 2002, I, c. 2649.

⁽⁵²⁾ Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., p. 1708 s.

⁽⁵³⁾ Già Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *F. it.*, 2003, I, c. 78, e Cons. St., 2 settembre 2005, n. 4461, *ivi*, 2006, I, c. 457.

⁽⁵⁴⁾ Cass., Sez. I civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europ. e d. priv.*, 2012, p. 1240 ss.

⁽⁵⁵⁾ Ad es., Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755.

⁽⁵⁶⁾ Inascoltato, sul punto, A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in questa *Rivista*, 2015, p. 345.

quello) contrattuale un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A., in virtù di un «"contatto sociale" tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è "qualificato" dall'obbligo di "buona fede" e dai correlati "obblighi di informazione e di protezione", del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.»⁽⁵⁷⁾.

In altre ipotesi la giurisprudenza, quando si è trovata a dover decidere fattispecie caratterizzate dalla violazione di obblighi (protettivi) di informazione, ha individuato nella determinatezza dei soggetti un requisito essenziale per l'esistenza del rapporto obbligatorio. Così l'azionista detentore di una partecipazione azionaria superiore al 30% del capitale sociale è stato considerato vincolato da una vera e propria obbligazione *ex lege* che ha la sua fonte nell'art. 106 t.u.f., in quanto l'offerta pubblica d'acquisto totalitaria è diretta ad una "cerchia ben definita" di soggetti, individuati in «coloro i quali siano, in quel momento, titolari di azioni emesse dalla società quotata»⁽⁵⁸⁾. Viceversa, nel caso di violazione delle prescrizioni indicate dal legislatore (artt. 92, 94-101 t.u.f.) per la redazione del prospetto informativo, la responsabilità è stata collocata in ambito extracontrattuale, poiché il dovere d'informazione realizzerebbe la funzione (giuspubblicistica) di regolazione del mercato e, soprattutto, sarebbe diretto «a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti»⁽⁵⁹⁾.

Malgrado il riferimento alla determinatezza dei soggetti del rapporto obbligatorio⁽⁶⁰⁾, l'evocazione di un' indefinita responsabilità da "contatto sociale" più o meno qualificato ha rappresentato una soluzione che la nostra giurisprudenza ha ispirato essenzialmente ad esigenze di semplificazione. Ma questa semplificazione ha introdotto, nella specie, una posizione sostanzialmente inedita rispetto alla stessa esperienza tedesca la quale, da un lato, ha rinnegato tale dottrina⁽⁶¹⁾ soprattutto per i suoi presupposti ideologici, rappresentando essa lo «strumento per giustificare una arbitraria limitazione della libertà (e non soltanto quella contrattuale)», sulla base della «fortissima suggestione esercitata dalle dottrine politico-sociali imperanti nella Germania dell'epoca»⁽⁶²⁾; dall'altro, ha inteso il

⁽⁵⁷⁾ Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss.

⁽⁵⁸⁾ Già Cass., 10 agosto 2012, n. 14400, in *G. it.*, 2012, p. 2043. Discorre di una responsabilità da "contatto sociale", Cass., Sez. I civ., 13 ottobre 2015, n. 20560.

⁽⁵⁹⁾ Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in banca dati *DeJure*.

⁽⁶⁰⁾ Per tutti, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano 1968, p. 43.

⁽⁶¹⁾ Lo conferma, da ultimo, C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in questa *Rivista*, 2017, p. 5.

⁽⁶²⁾ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano 1965, p. 21 e 20.

“contatto negoziale” proprio «in contrapposizione ad un mero “contatto sociale”»⁽⁶³⁾. 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»⁽⁶⁴⁾.

La Cassazione italiana, anche al fine di riaffermare la responsabilità solidale del medico con la struttura sanitaria, ha individuato 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»⁽⁶⁵⁾. Nella specie, il medico aveva fatto non «qualcosa che non si sarebbe dovuto fare»⁽⁶⁶⁾, ma non aveva 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»⁽⁶⁷⁾. A parte l'argomento a effetto⁽⁶⁸⁾, che ribalta la locuzione ideata da Staub⁽⁶⁹⁾ 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 riguardava il tema degli obblighi di protezione. Come ammesso, nella specie, dalla stessa Cassazione⁽⁷⁰⁾, la sentenza aveva 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, concerneva la teoria delle fonti dell'obbligazione⁽⁷¹⁾, nel senso di ammettere o meno l'eventualità che, nell'ambito del sistema “aperto” codificato dall'art. 1173 c.c.⁽⁷²⁾, fosse possibile che l'esecuzione, spontanea nei riguardi del paziente, ma dovuta nei confronti dell'Ente, della prestazione configurasse un “atto o fatto” idoneo a costituire un rapporto obbligatorio in conformità dell'ordinamen-

(63) Così, A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 66, in nt. 34.

(64) A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78.

(65) Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

(66) Sul punto, H. STAUB, *op. cit.*, p. 40.

(67) Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

(68) Afferma che l'argomento «è di quelli che fanno colpo», A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 447.

(69) H. STAUB, *op. loc. ult. cit.*

(70) Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443.

(71) Così, già A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 449.

(72) Sul punto, l'insegnamento di M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in questa *Rivista*, 1965, p. 71 ss.

to giuridico. Il problema degli obblighi di protezione era ulteriore ed eventuale rispetto all'esistenza dell'obbligazione: una volta ammesso che questo "contatto sociale" fosse idoneo a produrre un'obbligazione, si poneva il problema di ammettere o meno eventuali obblighi di protezione "connessi" all'esecuzione (inesatta o anche esatta) della prestazione.

Non va sottaciuto, inoltre, che nella gran parte dei casi tipizzati dalla giurisprudenza in termini di "contatto sociale" (medico, "precettore", ecc.) si era in presenza di ipotesi classiche di responsabilità per il fatto degli ausiliari⁽⁷³⁾, e le soluzioni accolte per costoro, nel senso della responsabilità contrattuale e non di quella extracontrattuale⁽⁷⁴⁾, non potevano essere difformi da un'interpretazione unitaria dell'art. 1228 c.c. nei riguardi di tutti gli altri ausiliari del debitore. In proposito non sembrava possibile, da un lato, escludere che l'ausiliare del debitore potesse essere «a propria volta debitore», e quindi tenuto a responsabilità contrattuale nei riguardi del creditore⁽⁷⁵⁾; dall'altro, affermare che il medico dipendente da una struttura sanitaria (che è un ausiliare del debitore) fosse direttamente responsabile in via contrattuale nei riguardi del paziente, in virtù di una responsabilità da affidamento derivante dallo specifico *status* professionale.

Il problema, in fine, è stato risolto dal legislatore il quale, ricorrendo al sistema del c.d. "doppio binario", qualifica, stavolta inequivocabilmente, in termini extracontrattuali (art. 7, comma 3, l. 8 marzo 2017, n. 24) la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria che svolgono la propria attività presso una struttura pubblica o privata, «anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa» (comma 1), che eseguano le loro prestazioni anche in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica o in rapporto «di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina» (comma 2), salvo che abbiano agito nell'adempimento di obbligazioni contrattuali assunte direttamente con il paziente (comma 3). Accanto a questa responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.) del singolo operatore, si prevede la responsabilità contrattuale (*ex art.* 1218 c.c.) della struttura sanitaria o sociosanitaria che, nell'adem-

(73) 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). Così, Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

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

(75) C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europ. e d. priv.*, 2009, p. 708.

pimento della propria obbligazione, si sia avvalsa dei professionisti che operano nelle condizioni descritte.

Se non sembra verosimile, in questa vera e propria lotta tra “formanti” del diritto, che la dottrina e la giurisprudenza possano riconfermare il precedente orientamento⁽⁷⁶⁾, v’è da chiedersi quale impatto tale norma, che appare norma di sistema, possa avere sulla più generale responsabilità da “contatto sociale”. Sicuramente irrilevante per gli obblighi di protezione connessi alla prestazione, altrimenti non può dirsi per le teorie del contatto sociale e dell’obbligazione senza prestazione. Se è lecito ipotizzare che anche gli altri casi di responsabilità degli ausiliari dovranno essere ricondotti, per coerenza, nell’alveo della responsabilità extracontrattuale, l’ipotesi più significativa che sembra residuare è quella della responsabilità precontrattuale. Ma qui la scienza giuridica italiana dovrà imparare a distinguere, sulla scia dell’esperienza tedesca, tra il generico “contatto sociale” e il “contatto negoziale” qualificato dall’obbligazione *ex lege* di comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.). Il problema, allora, s’incentra sulle fonti del rapporto obbligatorio: dal mero “contatto sociale” all’esistenza di obbligazioni *ex lege* che trovano il loro fondamento nell’obbligo di buona fede/correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) il quale, nell’adempiere all’essenziale funzione integrativa del rapporto obbligatorio, risulta altresì espressione del dovere di solidarietà (art. 2 Cost.). Malgrado parte della civilistica italiana abbia rilevato una presunta “ambiguità” di tale categoria, anche sulla base della semplicistica affermazione secondo la quale non esisterebbe «obbligazione che non trovi la propria causa nella legge»⁽⁷⁷⁾, sia il diritto francese, che anzi lo codifica (art. 1100) esplicitamente con la riforma del 2016, sia quello tedesco, non hanno mai dubitato che le norme generali del diritto delle obbligazioni valgano «non solo per i contratti, bensì per gli obblighi di ogni specie, e così anche per i rapporti obbligatori che hanno fonte nella legge, di modo che la responsabilità per l’inadempimento di questi ultimi è uguale a quella che scaturisce dai contratti»⁽⁷⁸⁾. Quindi, più che ipotizzare l’adesione del nostro legislatore del ‘42 (art. 1173 c.c.) alla tripartizione gaiana piuttosto che alla bipartizione giustiniana⁽⁷⁹⁾, sembra opportuno

(76) A seguito della c.d. “legge Balduzzi”, aveva sostenuto la tesi contrattuale, poi divenuta prevalente in giurisprudenza (Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367), M. FEOLA, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435 s.

(77) F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2015, pp. 118 s. e 51.

(78) C.-W. CANARIS, *op. cit.*, p. 4.

(79) Così, invece, V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adem-*

ribadire, con un'autorevole dottrina germanica, che la *summa divisio* si articola non più tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, bensì tra quest'ultima e la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio»⁽⁸⁰⁾ che ha la sua fonte ora nel contratto ora, direttamente, nella legge.

4. – 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»⁽⁸¹⁾. Malgrado si sia affermato che «Essere in relazione significa doversi già reciprocamente alcunché», e ciò proprio al fine di impedire che possa realizzarsi una «non spiegata inversione tra fatto e diritto»⁽⁸²⁾, 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»⁽⁸³⁾. 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»⁽⁸⁴⁾. 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»⁽⁸⁵⁾.

La protezione, dunque, deve essere «pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione» o in ogni caso «dovuta in previsione di essa»⁽⁸⁶⁾. 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»⁽⁸⁷⁾. Il ravvisare un obbligo di protezione anche “in previsione” di una prestazione, oltre ad allineare il nostro diritto

pie l'obbligazione *ex lege* di comportarsi secondo buona fede, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1061 s.

⁽⁸⁰⁾ Con la consueta chiarezza di pensiero, C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸¹⁾ L'A. richiamato è C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europ. e d. priv.*, 2011, p. 55 ss.

⁽⁸²⁾ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 73 e 61.

⁽⁸³⁾ A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europ. e d. priv.*, 2015, p. 9.

⁽⁸⁴⁾ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁵⁾ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁶⁾ A. DI MAJO, *Le tutele*, cit., p. 65.

⁽⁸⁷⁾ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

alla riforma del diritto tedesco (§ 311 BGB), sembra cogliere il senso di quella obbligazione che, per espressa volontà della legge, sorge nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, impegnando le parti a comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.). E così anche per i contratti invalidi o altrimenti inefficaci. In assenza di una disciplina analoga⁽⁸⁸⁾, il diritto francese, fedele all'idea di "connessione" funzionale dell'obbligazione di *sécurité* rispetto alla prestazione ed al contratto, ha collocato la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Ma, in Italia, è proprio il testo degli artt. 1337 e 1338 c.c. che può indurre a ravvisare un «rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti *ex lege*», *inter partes* e "relativi"⁽⁸⁹⁾ la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale.

La soluzione dei problemi delle responsabilità precontrattuale o post-contrattuale, quindi, è indipendente dalla generalizzazione della regola di buona fede oggettiva prevista dall'art. 1337 c.c., poiché concerne il solo "contatto negoziale" avanzato, specificamente individuato nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Con tale norma il legislatore ha inteso disciplinare non un'ipotesi di contatto sociale qualificato dall'affidamento ingenerato dalla «qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa»⁽⁹⁰⁾, ma «la particolare relazione che si trova a ridosso del contratto» e che è, «intrinsecamente, affine al rapporto che sorge da un contratto»⁽⁹¹⁾. 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" della *culpa in contrahendo* è tale da giustificare «il passaggio dalla situazione di non-rapporto a quella di rapporto»: ma non sembrerebbe «consentito "navigare" oltre di essa, nel "mare aperto" di rapporti aventi diversa natura e collocazione»⁽⁹²⁾.

La teoria dell'obbligazione senza prestazione, così come è stata attuata dalla giurisprudenza, malgrado gli annunciati propositi di generalizzazione, in concreto è stata applicata ad alcuni casi di responsabilità da affidamento

⁽⁸⁸⁾ Ma v. le innovazioni introdotte dalla recente riforma del diritto dei contratti, *infra*, § 6, in fine.

⁽⁸⁹⁾ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *R. d. comm.*, 1954, I, p. 369, anche in nt. 16. In argomento, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, p. 67 ss., 126 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, p. 459 ss.

⁽⁹⁰⁾ Così, invece, C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 698.

⁽⁹¹⁾ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 386.

⁽⁹²⁾ A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., p. 11.

derivante dallo *status* professionale rivestito dal danneggiante. Più recenti dottrine, invece, riflettendo ora sul tema delle prestazioni non dovute⁽⁹³⁾, ora sull'espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, comma 2, n. 3 del BGB)⁽⁹⁴⁾, hanno esaminato ipotesi assai rilevanti, nelle quali l'obbligazione c'è, ma riguarda un soggetto diverso (è il caso, ad es., delle prestazioni eseguite dagli ausiliari del debitore), o nelle quali la relazione, semmai fondata su una promessa, è considerata "non giuridica"⁽⁹⁵⁾ in virtù dell'incoercibilità (ad es., rapporti di cortesia) e 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, è stata oggetto di un'attenta riflessione. Premesso che «uno dei temi più dibattuti» ha riguardato proprio la possibilità di individuare doveri di protezione non collegati a un obbligo di prestazione, e che non è parsa «sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell'indicazione proveniente dall'art. 1337», poiché «a tal fine forse non basta il riferimento alla categoria, puramente logica, della relazione»⁽⁹⁶⁾, 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 costituire un'obbligazione sulla base del generico riferimento all'art. 1173 c.c.⁽⁹⁷⁾, l'indagine ha riguardato quelle ipotesi, tipicamente previste dalla legge (ad es., adempimento del terzo, delegazione di pagamento, contratto nullo ma eseguito, gestione di affari altrui, indebito pagamento, pagamento al creditore apparente, ecc.) nelle quali, pur in assenza di una previa obbligazione, l'ordinamento consente l'esecuzione di una prestazione⁽⁹⁸⁾. In questi casi la nascita di obblighi di protezione potrebbe spiegarsi con il fatto che entrambe le parti accettano «consape-

⁽⁹³⁾ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europ. e d. priv.*, 2014, p. 109 ss.

⁽⁹⁴⁾ A. ZACCARIA, *Der aufbalsame Aufstieg*, cit., p. 91 ss.

⁽⁹⁵⁾ G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli 1995, p. 312.

⁽⁹⁶⁾ Le espressioni tra virgolette sono di F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 109 s., 112 e 113.

⁽⁹⁷⁾ In questi termini, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 92 ss.

⁽⁹⁸⁾ L'indagine è stata svolta soprattutto da F. VENOSTA, *op. cit.*, 109 ss. Sul punto, S. DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale* (a proposito delle "prestazioni senza obbligazione"), in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Camerino-Napoli 2016, p. 399 ss.

volmente la legge dell'obbligazione», con la quale si trovano ad interferire sia pure sul terreno del solo adempimento⁽⁹⁹⁾. Qui l'esecuzione di una prestazione non dovuta instaura quella «speciale relazione giuridica»⁽¹⁰⁰⁾, quel «rapporto particolare»⁽¹⁰¹⁾ che espone entrambe le sfere giuridiche al rischio di «incidere su persone e cose dell'altra parte»⁽¹⁰²⁾. La relazione che si instaura per effetto dell'esecuzione di una prestazione non dovuta, ma consentita dalla legge, cioè di una prestazione senza obbligazione, può generare obblighi di protezione il cui scopo è quello di proteggere la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione specifica e per suo tramite⁽¹⁰³⁾. Ma, in questo caso, diversamente da quel che si afferma, si tratta non di obblighi di protezione «autonomi»⁽¹⁰⁴⁾, ma di obblighi di protezione comunque funzionalmente «connessi» all'esecuzione (inesatta o esatta) di una prestazione, sia pure non dovuta. 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.

In proposito si è rilevato che il terzo che esegue una prestazione non dovuta nei riguardi del creditore (art. 1180 c.c.) instaura una relazione giuridica che potrebbe generare obblighi di protezione nei suoi riguardi. In questo contesto un ruolo ancor più significativo è assunto 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'art. 2034 c.c.), o 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⁽¹⁰⁵⁾. 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

⁽⁹⁹⁾ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 13, in nt. 30.

⁽¹⁰⁰⁾ Della quale parla già HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 25.

⁽¹⁰¹⁾ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., pp. 572 ss., 808 ss.

⁽¹⁰²⁾ HE. STOLL, *op. ult. cit.*, p. 25 s.

⁽¹⁰³⁾ Secondo le parole di HE. STOLL, *op. ult. cit.*, p. 26.

⁽¹⁰⁴⁾ *Contra*, F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 119.

⁽¹⁰⁵⁾ Su questi due criteri, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano 2002, p. 171 ss.

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⁽¹⁰⁶⁾. Nell'ambito della circolazione stradale la distinzione tra trasporto oneroso, gratuito e di cortesia ha causato un'ingiustificata disparità di trattamento tra le vittime (semmai, di un medesimo incidente). Mentre i trasportati a titolo oneroso e gratuito hanno potuto giovare, 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 art. 1681, comma 1, c.c., sui trasportati a titolo di cortesia è continuato a gravare l'onere di provare la colpa del vettore ai sensi degli artt. 1382 *Code civil* o 2043 c.c.

A questa situazione di disuguaglianza ha posto rimedio, in Francia, fin dal 1968, la *Chambre mixte* della Cassazione⁽¹⁰⁷⁾, la quale ha consentito sia ai trasportati "di cortesia", sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall'art. 1384, comma 1, "equivalente"⁽¹⁰⁸⁾ 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»⁽¹⁰⁹⁾, il problema è stato risolto dai legislatori francese e italiano, almeno con riguardo al trasporto mediante veicoli a motore. Sia la *Loi Badinter* (art. 1 della l. n. 85-677), sia il Codice delle assicurazioni private (art. 141, d. legisl. n. 209 del 2005) hanno unificato la disciplina dei trasportati a titolo oneroso, gratuito o di cortesia prevedendo un regime di responsabilità oggettiva che, nel trovare il suo fondamento nel contratto di assicurazione, rappresenta il superamento della tradizionale partizione tra le due specie della responsabilità civile attraverso «une unification des régimes d'indemnisation»⁽¹¹⁰⁾.

Per quanto riguarda gli altri rapporti di cortesia, il carattere della patrimonialità o no dell'interesse del promittente non sembra possa conti-

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., ad es., la giurisprudenza cit. da V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. Buonocore*, Torino 2003, p. 69-71, anche in nt. 115.

⁽¹⁰⁷⁾ Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, 37.

⁽¹⁰⁸⁾ Per una ricerca sulle ulteriori regole "equivalenti" che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali ora contrattuali, M. FEOLA, *Le obligations di sécurité*, cit., p. 35 ss., 222 ss. e *passim*.

⁽¹⁰⁹⁾ V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 65 e 79 s.

⁽¹¹⁰⁾ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, 3^{ème} éd., Paris 2006, p. 1289 s.

nuare ad essere considerato decisivo. Sia perché, com'è noto, la prestazione può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.)⁽¹¹¹⁾; 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 (art. 1322, comma 2, c.c.). D'altronde anche la prestazione cortese, per quanto incoercibile, non può non essere ispirata al principio di correttezza/buona fede che permea tutte le attività che possono definirsi "prestazione", «quale che ne sia il titolo ed anche se non sono giuridicamente dovute»⁽¹¹²⁾.

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 a 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 «un principio di tutela dell'affidamento analogo a quello che anima la teoria della responsabilità *in contrahendo*»⁽¹¹³⁾.

5. – Un altro aspetto che è stato posto nitidamente in evidenza⁽¹¹⁴⁾ è quello del carattere *rimediabile* dell'obbligazione di *sécurité-résultat*, tant'è che essa è definita come un'«obligation indemnitaire» con caratteristiche utilitarie e funzionali assai marcate⁽¹¹⁵⁾. La nascita stessa dell'obbligazione di *sécurité* testimonia un'indiscutibile funzione *rimediabile*, consistente nell'esigenza di tutelare il trasportato – in presenza di una lacuna del *Code Napoléon* (art. 1782 ss.) – mediante la previsione di un regime di responsabilità oggettiva contrattuale che esimesse il creditore della prestazione di trasportare dalla prova (diabolica) della *faute précise* richiesta, invece, dalla disciplina di diritto comune in tema di responsabilità extracontrattuale (art. 1382)⁽¹¹⁶⁾. La successiva evoluzione della giurisprudenza in tema

⁽¹¹¹⁾ In proposito, M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli 2007, p. 175 ss.

⁽¹¹²⁾ F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 143.

⁽¹¹³⁾ Così, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 90 e 91.

⁽¹¹⁴⁾ Da M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 126 ss.

⁽¹¹⁵⁾ D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1201.

⁽¹¹⁶⁾ In tal senso, le conclusioni del Procuratore Generale L. 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, R. RODIÈRE, *Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs*

di trasporto confermerà questa tendenza. Ma poiché la qualificazione in termini “di mezzi”⁽¹¹⁷⁾ 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⁽¹¹⁸⁾ con il “terzo” (al quale si applicava la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’art. 1384, comma 1), con il caso Valverde⁽¹¹⁹⁾ la giurisprudenza procederà a “decontrattualizzare” il regime di responsabilità anche per il trasportato, sulla base dell’idea (già espressa nel caso “Caramello”)⁽¹²⁰⁾ che può esservi un’obbligazione di *sécurité* (di risultato), e quindi una tutela contrattuale, soltanto durante l’esecuzione del contratto, cioè dal momento in cui il passeggero inizia ad entrare nel mezzo di trasporto e fino all’istante in cui ha terminato di uscirne⁽¹²¹⁾.

Anche in Germania e in Italia la scoperta degli obblighi di protezione ha assolto un ruolo rimediabile, contribuendo a realizzare una più intensa tutela della vittima, rispetto a quella che sarebbe conseguita sulla base dell’applicazione delle regole in tema di responsabilità delittuale. Già Hermann Staub⁽¹²²⁾, 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”⁽¹²³⁾. Non v’è dubbio che questa problematica caratterizzerà l’esperienza germanica per tutto il XX secolo⁽¹²⁴⁾, 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⁽¹²⁵⁾, al fine di escludere la prova liberatoria prevista dalla disciplina extracontrattuale e di estendere il rimedio risarcitorio anche agli ausiliari indipendenti⁽¹²⁶⁾.

à leurs voyageurs, in *Sem. jur.*, 1952, I, *Doctr.*, p. 997, e l’attenta ricostruzione storica di J.-L. HALPÉRIN, *La naissance de l’obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1178.

⁽¹¹⁷⁾ Intervenuta con il caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

⁽¹¹⁸⁾ Considerata «scioccante» da C. MASCALA, *Accidents de gare: le «déraillement» de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 81.

⁽¹¹⁹⁾ Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 633, con nota di G. PAIRE.

⁽¹²⁰⁾ Il quale (Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.), tra l’altro, aveva dato origine all’articolata evoluzione giurisprudenziale.

⁽¹²¹⁾ Cass., 1 juillet 1969, cit., p. 640.

⁽¹²²⁾ *Le violazioni*, cit., p. 70 s.

⁽¹²³⁾ Anche HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 50.

⁽¹²⁴⁾ M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 55.

⁽¹²⁵⁾ C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte seconda)*, cit., p. 802.

⁽¹²⁶⁾ C.-W. CANARIS, *Il “contatto sociale”*, cit., p. 2 e 3.

Un ulteriore vantaggio per la vittima v'è anche sul terreno dell'onere della prova poiché, mentre ai sensi della responsabilità extracontrattuale esso «grava in linea di principio sul creditore»⁽¹²⁷⁾, nel caso della responsabilità contrattuale è il debitore che deve dare la prova di non dover rispondere dell'inadempimento (§ 280, comma 1, BGB). 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»⁽¹²⁸⁾.

In Italia l'importazione della dottrina degli obblighi di protezione e della controversa idea di “contatto sociale” ha consentito, quanto meno in specifici settori, di prevedere una tutela rafforzata per la vittima. Soprattutto in campo sanitario (ma un discorso analogo può valere anche per altre ipotesi individuate dalla S.C.), più che ad un superamento⁽¹²⁹⁾ della partizione, si è assistito ad una trasformazione pura e semplice dell'originaria obbligazione “di mezzi” in un'obbligazione “di risultato”⁽¹³⁰⁾. 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”»⁽¹³¹⁾. Ai fini dell'interruzione del rapporto causale «è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell'adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore» e gravando su di lui «il rischio della causa ignota e non accertabile»⁽¹³²⁾. Nel qualificare come obbligazione “di risultato” un'obbligazione che fino ad allora era stata considerata “di mezzi”, la giurisprudenza italiana ha emulato quella funzione *rimediale* che l'obbligazione di *sécurité* ha assunto nell'esperienza francese.

6. – Nell'evoluzione successiva, la qualificazione dell'obbligazione di *sécurité* in termini “di mezzi” o “di risultato” è stata puntualmente effet-

(127) C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 3.

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

(129) Così Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790.

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

(131) In questi termini, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

(132) M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

tuata 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»⁽¹³³⁾.

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⁽¹³⁴⁾ 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" diverrà più sfavorevole per la vittima di quanto non lo sia il rimedio delittuale fondato sull'art. 1384, comma 1. La tutela contrattuale dell'obbligazione di *sécurité* "di risultato" risulterà circoscritta ad ipotesi specifiche⁽¹³⁵⁾ e non sempre pregnanti sotto il profilo sociale. Se si eccezionano alcune decisioni più recenti, la Cassazione, oltre al contratto di trasporto terrestre, individua un'obbligazione di risultato a carico dei gestori di funivie⁽¹³⁶⁾ (mentre una diversa disciplina riguarderà seggiovie e sciovie)⁽¹³⁷⁾, di villaggi turistici⁽¹³⁸⁾, di *manège* di altalene⁽¹³⁹⁾, di auto-scontro⁽¹⁴⁰⁾ e di montagne russe⁽¹⁴¹⁾, a carico del ristoratore o del gestore di altre strutture (alberghi,

⁽¹³³⁾ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 458.

⁽¹³⁴⁾ In argomento, basti citare la più avvertita trattatistica (G. VINEY-P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 363 ss., 428 ss.).

⁽¹³⁵⁾ Per le quali si rinvia a M. FEOLA, *op. ult. cit.*, pp. 233 ss., 251 ss., 346 ss. e *passim*.

⁽¹³⁶⁾ 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, p. 21082.

⁽¹³⁷⁾ Per la giurisprudenza, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 235 ss.

⁽¹³⁸⁾ Pur non richiamando esplicitamente l'obbligazione "di risultato", esclude che sul *club* gravasse un'obbligazione "di mezzi", Cass. crim., 1 juillet 1997, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Inf. rap.*, p. 212.

⁽¹³⁹⁾ 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.

⁽¹⁴⁰⁾ Discorrono di un'obbligazione "determinata" o "di risultato", Cass., I Ch. civ., 3 avril 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Somm.*, p. 91; Cass., 12 février 1975, *ivi*, 1975, *Jur.*, p. 512; Cass., 17 juin 1975, *ivi*, 1975, *Inf. rap.*, p. 216.

⁽¹⁴¹⁾ 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,

colonie, villaggi turistici) con riguardo alla qualità degli alimenti⁽¹⁴²⁾ e della nutrice *professionnelle* cui sono affidati fanciulli che non sono in grado di vegliare sulla propria sicurezza⁽¹⁴³⁾. 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*⁽¹⁴⁴⁾ delle obbligazioni di *sécurité-moyens* a spingere la dottrina a contestare con veemenza tale fenomeno: da un lato si ravviserà lo “snaturamento” del modello obbligatorio, il quale, se ha ad oggetto la *sécurité*, deve essere “di risultato”⁽¹⁴⁵⁾; 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’art. 1384, comma 1, *Code civ.*⁽¹⁴⁶⁾ 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»⁽¹⁴⁷⁾ dell’obbligazione di *sécurité*.

Tramontato l’importante tentativo giurisprudenziale di introdurre un regime generale di responsabilità oggettiva contrattuale «du fait des choses»⁽¹⁴⁸⁾, analogo a quello previsto dall’art. 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

II, *Jur.*, p. 4032. 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.

⁽¹⁴²⁾ 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.

⁽¹⁴³⁾ Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

⁽¹⁴⁴⁾ Il termine è utilizzato da G. VINEY-P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 453 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ P. JOURDAIN, *Le fondement de l’obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1198. In maniera del pari incisiva, afferma che «l’obligation de sécurité est par sa nature une obligation déterminées», Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 84.

⁽¹⁴⁶⁾ Tra i tanti, D. MAZEAUD, *Le régime*, cit., p. 1202 ss.; P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, 1198 s.

⁽¹⁴⁷⁾ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 472.

⁽¹⁴⁸⁾ Il *leading case*, detto anche «du cerceau brisé» (M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, p. 236) fu deciso da Cass., I Ch. Civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 351. 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.

delle Corti attraverso la «unificazione delle regole di responsabilità»⁽¹⁴⁹⁾, la scienza giuridica francese si è orientata in maniera divergente. La giurisprudenza ha iniziato a operare, ma «caso per caso»⁽¹⁵⁰⁾ e limitatamente a taluni settori, una «ri-qualificazione»⁽¹⁵¹⁾ delle obbligazioni di *sécurité* (considerate fino ad allora) “di mezzi” in obbligazioni “di risultato”. Ciò è accaduto, ad esempio, nel campo delle agenzie di viaggi⁽¹⁵²⁾ e dei *tour operator*⁽¹⁵³⁾. La dottrina, invece, ha cominciato a chiedersi «se non sia più semplice» e meno artificioso «“decontrattualizzare” l’obbligazione di *sécurité*»⁽¹⁵⁴⁾. Ciò consentirebbe, da un lato, di «preservare il contratto»; dall’altro, di «evitare che l’allargamento artificiale» 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’art. 1384, comma 1, *Code civil*⁽¹⁵⁵⁾. Da qui le proposte di riforma del diritto della responsabilità civile che, per un verso, hanno previsto un regime di concorso⁽¹⁵⁶⁾ in deroga al principio del *non-cumul* (pur enunciato nel comma 1 dell’art. 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 (art. 1386-17, comma 2, prop. di legge L. Béteille) o di poter «optare in favore delle regole che gli sono più favorevoli» (art. 1341, comma 2, *Avant-projet Catala*); per altro verso, ancor più radicalmente, si sono proposte 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» (art. 3 del *Prog. Terré*).

⁽¹⁴⁹⁾ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 799.

⁽¹⁵⁰⁾ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 238.

⁽¹⁵¹⁾ Il termine è utilizzato da M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 594.

⁽¹⁵²⁾ Già Trib. Civ. Nouméa, 12 août 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Jur.*, p. 437, con nota di P. DIENER.

⁽¹⁵³⁾ Cass., I Ch. civ., 2 novembre 2005, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 1016.

⁽¹⁵⁴⁾ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 239.

⁽¹⁵⁵⁾ M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, pp. 129, 130 e 239.

⁽¹⁵⁶⁾ Tale soluzione era già stata prospettata da P. JOURDAIN, *Le fondement*, cit., p. 1200.

Con la riforma «*du droit des contrats*» introdotta con *Ordonnance* n. 2016-131 il legislatore non ha effettuato, per ora, alcuna modifica. La disciplina della responsabilità extracontrattuale è testualmente riproposta negli artt. 1240-1244, che vanno così a sostituire gli artt. 1382-1386. E la rinuncia del legislatore a riformare la disciplina della responsabilità civile può essere letta, almeno fino al prossimo preannunciato intervento legislativo, come una validazione di oltre due secoli di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Anzi, le disposizioni secondo le quali le obbligazioni hanno la loro fonte non soltanto in atti e fatti giuridici, ma anche nella «*autorité seule de la loi*» (art. 1100) e i contratti devono essere sia «*négociés*» e «*formés*», sia «*exécutés de bonne foi*» (art. 1104), sulla base di una regola che è esplicitamente qualificata «di ordine pubblico», sembrano richiamare in maniera implicita il sistema delle obbligazioni di *sécurité*, così come avvenuto per gli obblighi di protezione nella Germania del XX secolo sulla base del § 242 BGB. L'inedito riferimento alla *bonne foi* anche nel corso «*des négociations précontractuelles*» (art. 1112), con esclusione del rinvio alla responsabilità extracontrattuale (contenuto, invece, nell'art. 12 del *Projet de réforme*)⁽¹⁵⁷⁾, esprime una nozione di buona fede in senso oggettivo, la cui violazione è fonte di un risarcimento del danno che, però, «non può avere ad oggetto di compensare la perdita dei vantaggi attesi dal contratto non concluso». Il legislatore non qualifica la responsabilità precontrattuale come contrattuale o extracontrattuale, ma si limita a prevedere una figura che si caratterizza per i limiti all'entità della riparazione, resi palesi dalla codificazione del principio dell'interesse c.d. negativo.

7. – A seguito della riforma del BGB, i problemi che interessano la dottrina tedesca in tema di rapporto obbligatorio sono in parte mutati. Limitata la rilevanza degli obblighi di protezione “autonomi” al problema della responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB), l'esperienza germanica si interessa oggi soprattutto di studiare e di classificare gli obblighi di protezione che sono, in qualche maniera, strutturalmente e/o funzionalmente “connessi” alla prestazione. Come si è opportunamente rilevato⁽¹⁵⁸⁾, mentre prima della riforma il problema era quello del fondamento e della latitudine degli obblighi di protezione, dopo l'intervento del legislatore la questione centrale è divenuta proprio quella del rapporto tra obblighi

⁽¹⁵⁷⁾ V. il Progetto di riforma pubblicato in questa *Rivista*, 2014, p. 819.

⁽¹⁵⁸⁾ Da R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, p. 78 s.

di protezione ed obblighi di prestazione. Cioè, quella di esaminare il tipo di connessione e il ruolo che assolvono gli obblighi di protezione rispetto alla prestazione, al fine di poterli inquadrare, quali *leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel primo comma del § 241, ovvero, quali *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel secondo comma del § 241. La distinzione non è di secondaria importanza poiché, mentre la violazione degli obblighi di cui al comma 1 del § 241 fa operare tutti i rimedi previsti «nei §§ 280, 282, 283, 311a, 323, 326 BGB, secondo le diverse perturbative dell'impossibilità, del ritardo, dei vizi della prestazione», nel caso di violazione degli obblighi contemplati nel secondo comma del § 241 risulterebbero applicabili le sole norme di cui ai §§ 280, 282 e 324 BGB⁽¹⁵⁹⁾. V'è quindi il rilevante problema, per gli obblighi di protezione rientranti nel comma 2 del § 241, di poter esigere non soltanto il rimedio risarcitorio, ma anche il loro adempimento in forma specifica.

La questione era già stata individuata, anche se con riguardo al diverso operare dell'onere della prova⁽¹⁶⁰⁾, proprio da Heinrich Stoll. Nel rilevare come non sia «sempre facile accertare se si tratta solamente della violazione dell'interesse di protezione o anche dell'interesse alla prestazione», l'illustre Autore aveva considerato come violazione del solo interesse alla prestazione, a titolo esemplificativo, le ipotesi nelle quali: «il locatore di un appartamento non mantiene in ordine la scala o [...] non illumina gli accessi all'abitazione»; «l'appaltatore danneggia il materiale che gli è stato consegnato custodendolo in modo negligente»; «il vettore ha fatto sì giungere le persone trasportate a destinazione nel luogo esatto e in orario, ma con delle ferite»; «il barbiere cagiona delle lesioni a un suo cliente durante la rasatura»⁽¹⁶¹⁾. Sulla base della convinzione che l'interesse alla prestazione «deriva sempre dall'intero contenuto del contratto», egli rileva, ad es., che «la locazione non è soltanto consegnare la cosa locata, ma anche mantenerla in stato idoneo all'uso», e che nel contratto d'appalto «l'interesse alla prestazione consiste proprio nell'utilizzo fruttuoso dei materiali forniti o nella realizzazione dell'opera»⁽¹⁶²⁾. Senza voler entrare nel merito di queste affermazioni, è opportuno rilevare come egli stesso dia inconsapevolmente la prova delle difficoltà dogmatiche che possono riguardare la distinzione tra obblighi di prestazione ed obblighi di protezione “accessori” o funzionalmente “connessi”, se è vero che tale esemplificazione poneva in discussione, in Germa-

⁽¹⁵⁹⁾ In questi termini, R. FAVALE, *op. ult. cit.*, p. 78.

⁽¹⁶⁰⁾ HE. STOLL, *Commiato*, cit., p. 34, anche in nt. 136, p. 44 ss.

⁽¹⁶¹⁾ HE. STOLL, *op. ult. cit.*, p. 34, nt. 136.

⁽¹⁶²⁾ HE. STOLL, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

nia, 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⁽¹⁶³⁾; in Francia, la medesima "scoperta" dell'obbligazione di *sécurité* nel contratto di trasporto e la sua successiva estensione ai contratti "analoghi" e a quelli "diversi"; in Italia, la struttura bipartita dell'art. 1681, comma 1, c.c. che chiaramente distingue la responsabilità del vettore «per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto», alla quale l'unanime scienza giuridica applica la disciplina di "diritto comune" di cui all'art. 1218 c.c.⁽¹⁶⁴⁾, dall'obbligazione di sicurezza avverso i «sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio», per i quali il vettore è tenuto a provare di «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno». Le conclusioni alle quali perviene Heinrich Stoll, poi, sembrano ancor più problematiche, se è vero, come egli afferma, che il dovere di protezione deve rappresentare «il rovescio», ma pur sempre «l'integrazione dello scopo positivo dell'obbligazione»⁽¹⁶⁵⁾.

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⁽¹⁶⁶⁾. In proposito, la stessa Cassazione, allorché procede alla "scoperta" della responsabilità da "contatto sociale" del medico dipendente, esclude la possibilità di «condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente)», poiché questa figura «si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, *come accade sicuramente nel caso del paziente*»⁽¹⁶⁷⁾, ma a non violare un interesse di protezione. Una posizione più articolata può riguardare gli obblighi d'informazione ai quali è tenuto il professionista. Se l'informazione rappresenta l'oggetto del contratto⁽¹⁶⁸⁾, sicuramente si verterà in tema di obbligo di prestazione. Se, invece,

⁽¹⁶³⁾ Basti citare, in tema di contratto di trasporto, 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, *ivi*, pp. 91, 1918, 21); in materia di contratto d'opera, il c.d. *Gasubrfall*, deciso dal *Reichsgericht* il 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Per tutti, M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 77.

⁽¹⁶⁵⁾ HE. STOLL, *op. ult. cit.*, p. 34.

⁽¹⁶⁶⁾ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 371 e 372.

⁽¹⁶⁷⁾ Così, Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 (il corsivo è nostro).

⁽¹⁶⁸⁾ Sul punto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 497; M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *R. crit. d. priv.*, 2014, p. 95 s.

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.

Pur prescindendo dalle ipotesi nelle quali si è confuso *sic et simpliciter* l'obbligo di protezione con la prestazione⁽¹⁶⁹⁾, una netta distinzione tra quest'ultima e gli obblighi di protezione che sono funzionalmente "connessi", talvolta in maniera inscindibile, nei riguardi della prestazione appare decisamente problematica e, comunque, nella maggior parte dei casi non sembra prestarsi ad essere effettuata sulla base di criteri generali e astratti. Lo schema delineato dall'art. 1174 c.c. individua «solo la dotazione elementare del rapporto, il quale, in realtà, comprende anche tutte le attività accessorie e strumentali all'esecuzione della prestazione»⁽¹⁷⁰⁾. Ne consegue che «l'obbligo di protezione finisce per affiancarsi all'obbligo principale ribadendo 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 *Schutz-interesse*»⁽¹⁷¹⁾.

È proprio l'incontrovertibile idea dell'obbligazione come rapporto complesso, quale "struttura unitaria funzionalmente orientata"⁽¹⁷²⁾ a rendere estremamente difficile discernere a priori, in maniera netta e precisa, ciò che va ascritto al primo o al secondo comma del § 241 BGB. Il problema consiste proprio nell'individuare parametri idonei ad effettuare e, nel contempo, a suffragare inequivocabilmente la partizione. Sia il criterio dello "scopo" dell'obbligo accessorio, nel senso di considerarlo tra gli obblighi di prestazione là dove è diretto alla protezione esclusiva della prestazione principale⁽¹⁷³⁾; sia il requisito della "prossimità" dell'obbligo accessorio alla prestazione⁽¹⁷⁴⁾; sia il rilievo attribuito al ruolo che la

⁽¹⁶⁹⁾ Come nel caso del c.d. *Testamentfall* (W. LORENZ, *Anmerkung* a BGH, 6 luglio 1965, in *JZ*, 1966, p. 141 ss.).

⁽¹⁷⁰⁾ L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europ. e d. priv.*, 2014, p. 48.

⁽¹⁷¹⁾ L. NIVARRA, *op. cit.*, 51, e S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europ. e d. priv.*, 2014, p. 796.

⁽¹⁷²⁾ Così, lo stesso C. CASTRONOVO, *La relazione*, *cit.*, p. 69.

⁽¹⁷³⁾ D. MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts*, 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.

⁽¹⁷⁴⁾ V. EMMERICH, *Das Rechts der Leistungsstörungen*, München, 2003, p. 335; S. MADAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, *JURA*, 2004, p. 291 s.

violazione dell'obbligo accessorio assume nei riguardi della prestazione, nel senso di ledere l'*Äquivalenzinteresse* ovvero l'*Integritätsinteresse*⁽¹⁷⁵⁾; sia la caratteristica dell'azionabilità in giudizio dell'obbligo accessorio, cioè la possibilità di esigere il rimedio dell'adempimento rispetto alla mera tutela risarcitoria⁽¹⁷⁶⁾, sono tutti parametri che, sulla base della volontà delle parti e del complessivo assetto degli interessi divisati, possono essere utili al fine di distinguere gli obblighi accessori legati alla prestazione (di cui al comma 1 del § 241 BGB) dagli obblighi di protezione (di cui al comma 2). Ma proprio la molteplicità e l'eterogeneità dei criteri proposti indicano la problematicità della partizione e l'impossibilità di fondarla su un giudizio *a priori*, universalmente valido per ogni obbligazione e per ogni contratto. Per pervenire ad una classificazione esaustiva e completa bisognerebbe esaminare l'intero diritto delle obbligazioni e dei contratti, "tipici" ma soprattutto "atipici". La qualificazione, quindi, non può che essere effettuata caso per caso, sulla base del complessivo regolamento d'interessi e di un giudizio comparativo di prevalenza che involga i diversi parametri con riferimento al caso di specie.

Il problema appare meno complesso, però, se si invertono i termini della questione. Piuttosto che effettuare preventivamente, sulla base di un metodo dogmatico-tassonomico, la qualificazione dell'obbligo in una delle due categorie ai fini dell'applicazione (della disciplina e) delle tutele (che la dottrina collega al primo o al secondo comma del § 241 BGB), individuare, in concreto, il tipo di rimedio esigibile. Ma ciò comporta che sia superato il luogo comune secondo il quale la violazione dell'obbligo di protezione consentirebbe di esperire la sola tutela risarcitoria. Infatti l'obbligo di protezione «non rileva soltanto, al pari del dovere generico di astensione, quando la lesione dell'altrui sfera giuridica si è ormai consumata, ossia nella fase dell'illecito (non più extra) contrattuale e del risarcimento del danno, ma soprattutto nella fase di attuazione del rapporto, munito com'è di una sua precettività in grado di orientare le parti, di prevenire l'inesecuzione o di assicurare l'esecuzione in punto di rimedi inibitori o in forma specifica»⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ 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.

⁽¹⁷⁶⁾ 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.

⁽¹⁷⁷⁾ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europ. e d. priv.*, 2003, p. 659.

Là dove la «prossimità/interferenza» ha già «sprigionato tutta la sua carica negativa» – e sono, queste, le ipotesi di gran lunga più ricorrenti nella prassi – alle *Schutzpflichten* non può che corrispondere «uno schema puramente reattivo, nel senso che la tutela accordata al portatore dell'interesse prende la forma del risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo»⁽¹⁷⁸⁾. In questo caso il rimedio previsto assolve ad una funzione tipicamente conservativa, dovendo «restaurare l'integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed essenziali) del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica»⁽¹⁷⁹⁾.

Tuttavia, la generale esigibilità della tutela risarcitoria *ex contractu*, sia pur distinta sulla base della duplice funzione assolta nella reintegrazione del «plus contractuel»⁽¹⁸⁰⁾ o del risarcimento del danno consequenziale, non esclude che per taluni obblighi, pur qualificati “di protezione”, sia possibile chiedere l'adempimento e gli ulteriori rimedi che usualmente sono ricondotti alla violazione dell'obbligazione, unitariamente considerata quale rapporto complesso. Una volta «accettata l'idea che il dovere di protezione fa parte del contenuto del rapporto obbligatorio, sarebbe illogico negare ad esso quella forma di tutela (*specificata*) che assiste l'obbligo di prestazione»⁽¹⁸¹⁾. 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). Si pensi, ad esempio, all'eventualità che il locatore di un immobile possa esigere che il conduttore si astenga dal compiere atti che mettano in pericolo la stabilità della cosa locata; o, viceversa, alla possibilità che il conduttore o i prestatori di lavoro subordinato esigano, rispettivamente, dal proprietario o dal datore comportamenti positivi tendenti a garantire la statica dell'immobile ovvero a proteggere l'integrità psico-fisica (e, per quanto riguarda i lavoratori, anche la «personalità morale»: art. 2087 c.c.) dei soggetti che abitano o che operano in quegli ambienti. In questi ed altri casi non sembra possano essere esclusi il rimedio dell'adempimento in forma specifica, la possibilità di esigere l'esecuzione forzata di cui agli artt. 2930 ss. c.c. e,

⁽¹⁷⁸⁾ L. NIVARRA, *op. cit.*, pp. 72 e 49.

⁽¹⁷⁹⁾ L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 50.

⁽¹⁸⁰⁾ Sul tale nozione, G. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse, Paris 1978, *passim*.

⁽¹⁸¹⁾ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1988, p. 126 s.

trattandosi di una situazione di pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile, i provvedimenti di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. Così, proprio nei rapporti di durata la violazione degli obblighi di protezione potrà rappresentare un giustificato motivo di recesso⁽¹⁸²⁾.

Più controversa è la questione relativa all'eventualità che la violazione di obblighi di protezione 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, 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 potrebbe rappresentare un comportamento idoneo a squilibrare la relazione contrattuale, «sicché ad essa si deve conformemente potere agire con i rimedi sinallagmatici»⁽¹⁸³⁾. 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 «intromissione» nella sfera di autonomia delle parti che «non sarebbe propria né opportuna»⁽¹⁸⁴⁾.

8. – 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 ordinamenti.

Problemi sociali simili posti dallo sviluppo del macchinismo e dalla rivoluzione industriale⁽¹⁸⁵⁾ spingono «l'immaginazione di una dottrina generosa»⁽¹⁸⁶⁾ e, sulla sua scia, le Corti francesi e tedesche a individuare

⁽¹⁸²⁾ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 127.

⁽¹⁸³⁾ C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 6.

⁽¹⁸⁴⁾ A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4^a ed., Torino 2014, p. 242 s., anche in nt. 305.

⁽¹⁸⁵⁾ Così, R. RODIÈRE, *Le régime*, cit., p. 997, § 2.

⁽¹⁸⁶⁾ R. RODIÈRE, *op. loc. ult. cit.*

soluzioni analoghe sotto il profilo operativo, ma che si attagliavano alle peculiarità e allo stile dei due diversi diritti. Anche se la disciplina dell'inadempimento sarà l'occasione per iniziare a pensare la dottrina degli obblighi di protezione, 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. Come si è lucidamente posto in evidenza⁽¹⁸⁷⁾, in Francia, a differenza di quanto accaduto in Germania, la partita si gioca sulla base dell'"equivalenza" di due regimi di imputazione della 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⁽¹⁸⁸⁾, la giurisprudenza ha continuato 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'art. 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"⁽¹⁸⁹⁾ dei regimi della responsabilità per il «fait des choses» (art. 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*⁽¹⁹⁰⁾, e in un periodo in cui l'art. 1384, comma 1, sarebbe stato

⁽¹⁸⁷⁾ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi" e "di risultato" nell'uniformazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA, *op. cit.*, pp. 574 ss., 580 ss., 587 ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. 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.; P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.

⁽¹⁸⁹⁾ In questi termini già M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 228 s., 407 s. e *passim*.

⁽¹⁹⁰⁾ Che viene collocata nel 1922, ad opera di Cass. civ., 11 janvier 1922, ora in *Les*

difficilmente applicabile al caso di specie⁽¹⁹¹⁾, non avendo ancora conosciuto la straordinaria espansione che poi si avrà nel corso del XX secolo, seguì le indicazioni dei “partigiani”⁽¹⁹²⁾ 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’art. 1382 *Code civil*⁽¹⁹³⁾. Ha continuato a ragionare sulla base di questa “simmetria” la Suprema Corte quando, successivamente ai limiti posti dal “caso Caramello”⁽¹⁹⁴⁾ all’obbligazione di *sécurité-résultat*, ha, prima, contrattualizzato, ma sul modello dell’obbligazione “di mezzi”⁽¹⁹⁵⁾, e poi “decontrattualizzato”, proprio sulla base dell’art. 1384, comma 1⁽¹⁹⁶⁾, la responsabilità del “vettore” per gli *accidents de gare* e *de quai*. Così ha ragionato la *Chambre mixte* della Cassazione⁽¹⁹⁷⁾ quando, allo scopo 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’art. 1384, comma 1, “equivalente” 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 la S.C. sulla base di questa “simmetria”, in presenza del principio del *non-cumul*, quando, suo malgrado, ha operato lo «chambardement»⁽¹⁹⁸⁾ delle obbligazioni di *sécurité* “di mezzi” non soltanto nei contratti analoghi al trasporto, ma anche in tutti gli altri contratti⁽¹⁹⁹⁾, prevalentemente atipici, nei quali v’era l’esigenza di assicurare la protezione dei contraenti in maniera “equivalente” a quanto disposto dall’art. 1382 in ambito delittuale.

grands arrêts de la jurisprudence civile, a cura di H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, tome 2, 12^{ème} éd., Paris 2008, p. 279 s.

⁽¹⁹¹⁾ 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).

⁽¹⁹²⁾ Così J.-L. HALPÉRIN, *La naissance*, cit., p. 1179 s.

⁽¹⁹³⁾ Il «regno» incontrastato della responsabilità delittuale (così, R. RODIÈRE, *op. ult. cit.*, 997, § 3) è sancito dalla decisione sull’*affaire Recullet* (Cass. 10 novembre 1884, in *Rec. Sirey*, 1885, I, p. 129).

⁽¹⁹⁴⁾ Deciso da Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, cit., p. 640 s.

⁽¹⁹⁵⁾ Sulla base del caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

⁽¹⁹⁶⁾ Così, nel “caso Valverde”, Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, cit., p. 632 ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

⁽¹⁹⁸⁾ H. GROUDEL, *Vers un chambardement de l’obligation de sécurité dans les contrats?*, in *Resp. civ. ass.*, 1989, *Chron.*, n. 16.

⁽¹⁹⁹⁾ Sui quali, P. DELEBECQUE, *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1184 ss.

Ed ha continuato a ragionare in funzione di questa “simmetria” la Cassazione quando, nel tentare di porre fine 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'art. 1384, comma 1, nel caso in cui il danno fosse causato dal «fait des choses»), ha proposto, ma con scarsa fortuna, il regime di responsabilità contrattuale *du fait des choses*⁽²⁰⁰⁾. E continua a ragionare sulla base di questa simmetria la dottrina allorché, venuto meno tale tentativo, e preoccupata dal *deficit* di protezione che l'obbligazione di *sécurité* “di mezzi” offre rispetto all'art. 1384, comma 1, ha proposto al legislatore il regime del concorso ispirato all'idea del «trattamento più favorevole» o, addirittura, la “decontrattualizzazione” delle obbligazioni di *sécurité-moyens*.

Questa simmetria ha trovato un temperamento, ma anche una conferma, nella partizione tra «obligations de moyens renforcées» e «obligations de résultat atténuées»⁽²⁰¹⁾ caratterizzate, entrambe, da una «présomption de faute»⁽²⁰²⁾ 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⁽²⁰³⁾), organizzazione di “passeggiate a cavallo”⁽²⁰⁴⁾, 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⁽²⁰⁵⁾, piste di pattinag-

⁽²⁰⁰⁾ Cass., I Ch. civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 s.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. B. STARCK, H. ROLAND-L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, Paris, VI éd., 1998, p. 419; F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, VI éd., 1996, p. 452; C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome 3, *Les obligations. Le contrat*, 4^{ème} éd., Paris 1998, p. 626.

⁽²⁰²⁾ Testualmente, G. VINEY-P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., pp. 517 e 519.

⁽²⁰³⁾ Ad es., App. Montpellier, I Ch. civ., 20 janvier 1992, in *Sem. jur.*, 1993, II, *Jur.*, 22125, p. 372.

⁽²⁰⁴⁾ Il *revirement* (così, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 271) rispetto alla mera obbligazione “di mezzi” (Cass., I Ch. civ., 16 mars 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 421; sul punto, G. DURRY, *Le loueur de chevaux n'est tenu que d'une obligation de moyens*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 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.

⁽²⁰⁵⁾ 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.

gio⁽²⁰⁶⁾, parchi zoologici⁽²⁰⁷⁾, ecc.), quando ha ritenuto di dover offrire una maggior tutela alla vittima (di quella derivante dal regime di *faute prouvée* che è proprio 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)⁽²⁰⁸⁾, senza dover effettuare esplicitamente un *revirement* consistente nel qualificare "di risultato" un'obbligazione che per tradizione 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"»⁽²⁰⁹⁾.

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»⁽²¹⁰⁾ (*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 fatti-

⁽²⁰⁶⁾ 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).

⁽²⁰⁷⁾ Trib. gr. inst. de Moulins, 10 mai 1977, in *Rec. Dalloz*, 1978, *Inf. rap.*, p. 324, con nota di C. LARROUMET.

⁽²⁰⁸⁾ Per alcune ipotesi cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 21 juin 1977, in *Sem. jur.*, 1979, II, *Jur.*, p. 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, *ivi*, 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.

⁽²⁰⁹⁾ M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 294, e già F. C(HABAS), *Note a Cass.*, II Ch. civ., 13 mai 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

⁽²¹⁰⁾ C. LARROUMET, *Droit civil*, cit., p. 626.

specie nella categoria delle «obligations de moyens renforcées»⁽²¹¹⁾; 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⁽²¹²⁾, le une 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»⁽²¹³⁾.

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. 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⁽²¹⁴⁾, dovrebbe essersi emancipata – quanto meno in tema di responsabilità delle strutture sanitarie⁽²¹⁵⁾ – dal modello di responsabilità delittuale per colpa prescritto dall’art. 2043 c.c. Inoltre, la “contrattualizzazione” della responsabilità non appare un processo ineluttabile e incontrovertibile. 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” qualificato⁽²¹⁶⁾, nella quasi totalità delle ipotesi nelle quali pur v’è un contratto o una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, il principio del “concorso” ha consentito alla giurisprudenza di disapplicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale e di decidere la controversia sulla base di una regola di responsabilità delittuale (l’art. 2051 c.c., soprattutto) che prescrive un regime (più favorevole per la vittima) di responsabilità oggettiva⁽²¹⁷⁾. Ciò è accaduto, ad es., allorché la Cassazione ha deciso per le responsabilità del gestore di una piscina per i danni patiti

⁽²¹¹⁾ Cfr., ad es., C. LARROUMET, *op. loc. ult. cit.*

⁽²¹²⁾ 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. cit.*, pp. 516 s. e 519 s., pur trattando le due categorie di obbligazioni separatamente, non sembrano indicare elementi sufficienti a giustificare la partizione.

⁽²¹³⁾ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 452.

⁽²¹⁴⁾ Enunciato, com’è noto, da Cass., sez. un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1567 ss.

⁽²¹⁵⁾ Cass., sez. un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova 2004, pp. 21 ss., 69 ss.

⁽²¹⁷⁾ Esplicitamente, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

da una minore che, nel tuffarsi, aveva impattato il fondale⁽²¹⁸⁾; 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⁽²¹⁹⁾; 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 raccoglitore dell'acqua piovana⁽²²⁰⁾; di gestori di strutture alberghiere per i danni subiti dai clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo⁽²²¹⁾, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo⁽²²²⁾, 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⁽²²³⁾. 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 la suolo⁽²²⁴⁾. La scelta per una regola di responsabilità oggettiva extracontrattuale è stata confermata anche nelle ipotesi di danni "da custodia" della Pubblica Amministrazione⁽²²⁵⁾. Ma la Cassazione, condizionata dalla tradizione colpevolista della responsabilità civile, ha talvolta contaminato in senso soggettivo l'interpretazione dell'art. 2051 c.c.⁽²²⁶⁾, 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. Ogni trapianto giuridico implica un necessario «processo di assimilazione», in conseguenza «della diversità del contesto nel quale la figura originaria viene inevitabilmente a trovarsi»⁽²²⁷⁾. A seguito della collocazione in ambito delittuale della responsabilità dell'e-

(218) Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

(219) Cass., Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 s.

(220) Cass., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss.

(221) Cass., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *F. it.*, 2006, I, c. 1807 ss.

(222) Cass., Sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720.

(223) Cass., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782.

(224) Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss.

(225) Ad es., Cass. 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, 799; Cass. 18 ottobre 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614.

(226) Ad es., Cass., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss.

(227) Così, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 150.

sercente la professione sanitaria (art. 7 l. n. 24 del 2017), le tematiche del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione potrebbero progressivamente "eclissarsi" dalla scena del nostro diritto civile, il quale continua a inquadrare⁽²²⁸⁾, così come in Francia e nel diritto europeo⁽²²⁹⁾, la stessa responsabilità precontrattuale in ambito extracontrattuale⁽²³⁰⁾.

Piuttosto che interrogarsi sulle mobili frontiere della responsabilità civile, si potrebbe iniziare a pensare al 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 settori la tendenza alla unificazione dei regimi della responsabilità civile è stata sancita dal legislatore, sulla base di un unico modello di imputazione. 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. A 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, di informazioni destinate ad una "cerchia ben definita" di soggetti o ad un "insieme ancora indeterminato" di persone. Un importante risultato in tal senso è stato raggiunto in materia di responsabilità sanitaria. Nel collegare il regime unitario di responsabilità per *faute* (art. L. 1142-1 I *Code santé publ.*) a modelli di assicurazione obbligatoria e di sicurezza sociale (gravante sulla *solidarité nationale*), il diritto francese 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 consentito di superare la tradizionale partizione tra *faute contractuelle* e *faute délictuelle* che, ormai, «non aveva più alcun significato»⁽²³¹⁾. In Italia, pur in presenza del perdurare (anche

⁽²²⁸⁾ Almeno fino a un prossimo intervento delle Sezioni Unite.

⁽²²⁹⁾ Corte Giust. U.E., 17 settembre 2002, C. 334/00, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 400 ss.

⁽²³⁰⁾ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a ed., Torino 2004, p. 247 ss.

⁽²³¹⁾ Afferma, infatti, che non ci si può non «felicitarne per questa scelta unificatrice», 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.

a seguito della l. n. 24 del 2017) di un'incredibile forma di contrattazione obbligatoria asimmetrica, che vede obbligati soltanto le strutture e i professionisti sanitari, senza che un correlato obbligo a contrarre sussista anche a carico delle imprese di assicurazione, la tutela per la vittima diviene ancora più marcata. Da un lato, la chiara prevalenza assunta dal regime di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (art. 7, comma 1) che, nell'adempimento della propria obbligazione, si sia avvalsa dell'opera di esercenti la professione sanitaria «a qualunque titolo operanti» (art. 10, comma 1), non potrà non esaltare la regola di responsabilità oggettiva contrattuale codificata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite⁽²³²⁾. Dall'altro, l'introduzione dell'obbligo di assicurazione e, soprattutto, dell'azione diretta (art. 12) esperibile dalla vittima nei riguardi dell'impresa di assicurazione, a seguito dell'insuccesso del tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 8), sposta definitivamente il sistema, così come avvenuto per la RC auto, dalla responsabilità individuale per colpa (art. 7, co. 3) verso un modello di socializzazione dei rischi.

In attesa di ulteriori interventi 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" del principio del *non-cumul*⁽²³³⁾ ha avuto la funzione di difendere la tutela contrattuale della vittima, impedendo che essa, garantita (fin dal 1911-1913) dall'esistenza di un'obbligazione di *sécurité* di risultato, potesse vedere 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'art. 1384, comma 1, *Code civil*⁽²³⁴⁾.

Nel percorrere l'itinerario che conduce alla progressiva elaborazione di un "diritto comune"⁽²³⁵⁾ delle responsabilità, le Corti (francesi, ma anche

⁽²³²⁾ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 792.

⁽²³³⁾ Cass., 11 janvier 1922, cit., p. 279 s.

⁽²³⁴⁾ In questi termini, M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 s.

⁽²³⁵⁾ 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, vol. III, Lima (Perù) 2010, p. 41 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-GIBEILI, *Les obligations*, cit., p. 133.

italiane e tedesche), nell'indicare 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, individuano 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 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" rappresenti un correttivo temporaneo (introdotto 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* (236).

(236) Secondo un'idea (esposta in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli 1992, *passim*), che è stata occasione di 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 *R. crit. d. priv.*, 1998, pp. 763-828; Id., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale. A proposito del modello neozelandese*, vers. it. della relazione tenuta al Convegno Internazionale «Personal Injury Beyond National Experiences», Pisa, Scuola Sup. S. Anna, 30 ottobre 1997, in *Rass. d. civ.*, 1998, pp. 599-647).