

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI UDINE

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI
SISTEMI PRODUTTIVI, DEI TRASPORTI E DELLA
LOGISTICA**

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE

DOTT.SSA MICHELA COMUZZO

RELATORE

CHIARISSIMO PROF. ENZO FOGLIANI

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Enzo Fogliani', written in a cursive style.

ANNO ACCADEMICO 2011 - 2012

INDICE

CAPITOLO I

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE: DAL DIRITTO ROMANO ALLE TEORIE DELLA DOTTRINA TEDESCA. I DOVERI DI PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO FRANCESE E IN QUELLO INGLESE.

1.1	Brevi note introduttive.....	pag. 9
1.2	L'obbligazione nel diritto romano.....	pag. 12
2.1	La nascita dei doveri di protezione nella dottrina tedesca. Le violazioni contrattuali positive: la teoria di Staub.....	pag. 19
2.2	Gli obblighi di protezione nella dottrina di Heinrich Stoll.....	pag. 23
2.3	La diffusione della teoria degli obblighi di protezione e la modifica della disciplina delle obbligazioni contenuta nel BGB.....	pag. 27
3.1	La nascita e l'evoluzione delle <i>obligations de sécurité</i> in Francia.....	pag. 34
3.2 I	<i>duties of care</i> inglesi.....	pag. 44

CAPITOLO II

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: DALLE TEORIE DI BETTI E MENGONI AI RECENTI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI.

- 1.1 L'introduzione della categoria nel nostro ordinamento:
l'evoluzione del concetto di obbligazione.....pag. 52
- 1.2 Una lettura costituzionalmente orientata della clausola di
correttezza.....pag. 58
- 1.3 L'art. 1175 cod. civ. quale fonte degli obblighi di protezione.
Il rapporto con gli art. 1176 e 1375 cod. civ.....pag. 62
- 2.1 La funzione degli obblighi di protezione e il loro rapporto con
l'obbligo di prestazione.....pag.71
- 2.2 L'attrazione degli obblighi di protezione nell'area della
responsabilità extracontrattuale: critica.....pag. 74
- 2.3 *Segue*: critica al primato ricoperto nel nostro ordinamento dalla
responsabilità aquiliana. La riconduzione degli obblighi di
protezione entro l'area della responsabilità contrattuale.....pag. 90
- 3.1 La tipizzazione degli obblighi di protezione.....pag. 97
- 3.2 *Segue*: il nesso eziologico tra violazione del dovere di
protezione e rapporto obbligatorio.....pag. 109
- 3.3 *Segue*: l'applicazione nella giurisprudenza italiana dell'istituto
degli obblighi di protezione.....pag. 121

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE NEI CONFRONTI DEI TERZI E

L'OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE.

- 1.1 Gli obblighi di protezione nei confronti del terzo.
Il contratto a favore di terzo.....pag. 137

- 1.2 *Segue*: gli obblighi di protezione nei confronti del terzo.
Il problema dei terzi estranei al rapporto contrattuale.....pag. 142

- 2.1 Il contratto con effetti di protezione per il terzo nel nostro
ordinamento giuridico.....pag. 150

- 3. Il problema dei terzi destinatari degli obblighi di protezione.....pag. 161

- 4. Gli obblighi di protezione nel diritto penale: analisi delle recenti
pronunce giurisprudenziali.....pag. 167

- 5. L'obbligazione senza prestazione.....pag. 177

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1.1 Breve riassunto della teoria degli obblighi di protezione presentata nell'elaborato.....pag. 185

1.2 Gli obblighi di protezione: quale futuro.....pag. 189

BIBLIOGRAFIA.....pag. 193

CAPITOLO I

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE: DAL DIRITTO ROMANO ALLE TEORIE DELLA DOTTRINA TEDESCA. I DOVERI DI PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO FRANCESE E IN QUELLO INGLESE.

SOMMARIO: 1.1 Brevi note introduttive. – 1.2 L'obbligazione nel diritto romano. - 2.1 La nascita dei doveri di protezione nella dottrina tedesca. Le violazioni contrattuali positive: la teoria di Staub. – 2.2 Gli obblighi di protezione nella dottrina di Heinrich Stoll. - 2.3 La diffusione della teoria degli obblighi di protezione e la modifica della disciplina delle obbligazioni contenuta nel BGB. – 3.1 La nascita e l'evoluzione delle *obligations de sécurité* in Francia. - 3.2 I *duties of care* inglesi.

1.1 *Brevi note introduttive.*

Deve premettersi al presente studio che non esiste ad oggi, in Italia, una linea di evoluzione chiara e lineare degli obblighi di protezione.

Né la dottrina, né – tantomeno – la giurisprudenza sono approdate ad una classificazione della categoria degli obblighi di protezione quale istituto autonomo, presente all'interno del nostro ordinamento giuridico e dotato di caratteristiche sue proprie.

Appare ancora irrisolta la discussione sull'utilità della suddetta categoria nel nostro ordinamento⁽¹⁾, come non dissolta è la convinzione – divenuta quasi pregiudizio⁽²⁾ – che gli obblighi di protezione costituiscano una figura contingente, legata al modo di intendere il sistema della responsabilità extracontrattuale⁽³⁾.

Al riguardo, non può che rilevarsi come la ricostruzione del concetto di obbligazione non possa in alcun caso dipendere dal modo in cui è strutturata la responsabilità aquiliana nel nostro ordinamento giuridico, pena una sovrapposizione degli istituti del diritto assolutamente illogica e foriera di ulteriori dubbi.

(¹) Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da A. Cicu e F. Messineo, XVI, Tomo 1, Milano, 1984, p. 12 ss.; BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto – Discipline Privatistiche*, VII, Utet, p. 223.

(²) Il riferimento è a LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 2, p. 129 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, p. 1 ss.

(³) In questo senso, GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto*, a cura di E. Del Prato, Milano 2003, p. 15 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 185, secondo il quale Autore «[l', n.d.r.]obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174). Diversi sono gli interessi della vita di relazione messi a rischio dal contatto sociale: dalla sicurezza della circolazione automobilistica alla lealtà della competizione economica alla correttezza e serietà delle trattative contrattuali. A protezione di essi d'impongono agli operatori doveri di condotta che possono essere non generici- bensì calibrati sulle specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco -, ma non per questo diventano obbligazioni. E la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale».

Ciò premesso, con il presente studio si intende, da un lato, ripercorrere l'evoluzione storica della teoria degli obblighi di protezione, dall'altro lato, porre le basi per una costruzione dell'istituto più che mai ancorata ai dogmi del nostro sistema e in aderenza alla prescrizioni del legislatore ⁽⁴⁾.

L'impresa si rivela di singolare interesse, e tanta l'esigenza di tutela, sempre più avvertita dalla realtà sociale, con riguardo ad alcune situazioni di fatto al confine tra contratto e torto, oggi prive di inquadramento all'interno del nostro ordinamento giuridico ⁽⁵⁾.

Infine, obiettivo del presente studio è cercare di comprendere se gli obblighi di protezione - così come di seguito delineati - possano essere racchiusi in un'unica figura giuridica ovvero corrispondano a tanti modelli diversi quante sono le ipotesi concrete in cui operano ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ I primi giuristi in Italia ad occuparsi degli obblighi di protezione sono stati: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 96 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 366 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di <<doveri di protezione>>*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1960, p. 1342 ss.

⁽⁵⁾ Sul punto, v. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.; I D., *Tra contratto e torto l'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 443 e 444.

L'Aurora sostiene che << C'è un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda. A scriverle alla responsabilità contrattuale sembra frutto di una enfaticizzazione, e ricondurle a quella extracontrattuale si rivela un impoverimento. Esse appaiono giuridicamente più pregnanti del semplice rapporto obbligatorio di risarcimento del danno al quale si riduce quest'ultima e però meno articolate del rapporto obbligatorio incentrato sulla prestazione. Finora la nostra letteratura non ha dedicato attenzione, se non da prospettive parziali, a questo che attualmente può dirsi il terreno di maggior vivacità della responsabilità del diritto civile>>.

⁽⁶⁾ Per un'iniziale ricognizione della problematica, cfr. Lambo, *op. loc. cit.*, p. 130.

1.2 L'obbligazione nel diritto romano.

Ai tempi dell'antica Roma non esisteva un concetto di obbligazione come inteso dalla civiltà moderna e cioè obbligo di eseguire una certa prestazione nei confronti di qualcuno (⁷); l'*obligatio* nasceva all'interno di determinate situazioni giuridiche rappresentate da un sistema di affari ovvero di illeciti civili e consisteva nell'asservimento di una persona ad un'altra (⁸).

Nella civiltà romana la produzione e il consumo di beni «costituivano fatti che si esaurivano all'interno dell'economia familiare» (⁹) e non facevano sorgere rapporti di credito in cui un soggetto si sente obbligato nei confronti di un altro. Solo in alcuni casi, in cui particolari esigenze familiari lo imponevano, si ricorreva al credito esterno, concludendo un contratto da cui sorgeva un'*obligatio*, che, tuttavia, non si identificava nell'impegno ad eseguire una prestazione verso un altro soggetto, ma nell'asservimento del debitore al potere del creditore (¹⁰).

In altre parole, l'obbligazione nel diritto romano operava come una limitazione della libertà personale del debitore; ciò che acquisiva rilievo giuridico era esclusivamente la situazione di assoggettamento materiale di un

(⁷) DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173 - 1176*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1988, p. 2 ss.

(⁸) A RANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977, p. 285 ss.; TALAMANCA, (*sub voce*) *Obbligazioni* (dir. rom.), in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 2 ss., secondo il quale Autore «la categoria in questione va, però, presa in senso molto ampio, che assume come rilevante anzitutto la funzione economico sociale che sottende tutto il fenomeno obbligatorio, indipendentemente dalla diversità nella struttura tecnico-giuridica che lo stesso assume».

(⁹) Cfr., ancora, LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 21.

(¹⁰) Cfr. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1977, p. 235 ss.; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 17.

soggetto ad un altro ⁽¹¹⁾. Essa creava un *vinculum iuris* che non legava tra loro creditore e debitore, ma vincolava solo quest'ultimo, ponendolo in antitesi rispetto agli altri cittadini <<liberi>> ⁽¹²⁾.

Con il mutamento delle strutture economico-produttive dell'antica società romana e, in particolare, con l'accrescersi del fenomeno mercantile, l'*obligatio* cambiava veste, perdendo lo stigma della soggezione che l'aveva caratterizzata sino ad allora e avvicinandosi sempre più al concetto di *debitum*.

Il debitore non è più in una condizione eccezionale di <<non libertà>>, bensì in una situazione assolutamente normale e diffusa nella prassi dei traffici commerciali: l'obbligazione, infatti, si risolve solo sul piano dei rapporti giuridici patrimoniali, senza alcun retrogrado delle precedenti relazioni di asservimento personale ⁽¹³⁾.

L'*obligatio* diviene, dunque, figura generale, la cui caratteristica fondamentale è il vincolo economico-patrimoniale che essa crea tra due soggetti, a prescindere dalla fonte generatrice che impone di osservare un dato comportamento ⁽¹⁴⁾. Si iniziano così a delineare i tratti caratteristici non solo

⁽¹¹⁾ Nel diritto romano l'assoggettamento del debitore al creditore nella costruzione dell'*obligatio* ha una rilevanza primaria, mentre del tutto secondari appaiono altri aspetti dell'obbligazione quali l'oggetto stesso della prestazione, ossia la condotta che il soggetto vincolato dovrebbe tenere: v. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 286.

⁽¹²⁾ Cfr. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1947, p. 123 ss.

⁽¹³⁾ Nelle Istituzioni di Gaio lo studio delle obbligazioni è collocato nel campo dei rapporti giuridici patrimoniali, ove sotto la nozione di <<*ius quod ad res pertinet*>> (Gai. 1, 18) il Giurista ha raccolto tutti i diritti patrimoniali (cfr. Gai. 3, 88: *Nunc transeamus ad obligationes*). Le *Institutiones* di Gaio sono tradotte da NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, volume A, Milano, Giuffrè, 1973 – 1975.

⁽¹⁴⁾ Il concetto di obbligazione rimane lo stesso sia che questa nasca da un rapporto commerciale sia che sorga da un delitto, ossia dagli illeciti civili tipizzati nel diritto romano <<*secundum nostrae civitatis iura*>>: ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 287.

Tuttavia, nonostante il notevole contributo dei giuristi romani dell'epoca classica (e, al riguardo, non possiamo non richiamare la definizione di obbligazione data da Giustiniano nelle sue *Institutiones* (3.1.3 pr.): <<*Obligatio est iuris vinculum, quo*

dell'obbligazione, ma anche della responsabilità contrattuale, tratti, ancora oggi, fondanti, nei sistemi di tradizione romanistica, i suddetti istituti.

In particolare, ai fini del presente studio, è rilevante che i romani abbiano incluso nell'ambito della responsabilità contrattuale fattispecie di danni arrecati dal debitore alla persona o alle cose del creditore non legati all'inadempimento della prestazione⁽¹⁵⁾.

Invero, questi ultimi hanno individuato tutta una serie di casi in cui il debitore era tenuto sia all'esecuzione della prestazione sia all'osservanza di cautele altre rispetto all'obbligo principale; tali cautele (già all'epoca identificate come obblighi <<accessori>> alla prestazione principale⁽¹⁶⁾) impegnavano il debitore sotto il profilo della responsabilità contrattuale.

Le fattispecie esaminate dai giuristi romani riguardavano in particolare i contratti di locazione⁽¹⁷⁾ e di comodato: Ulpiano⁽¹⁸⁾ annovera tra le fattispecie

necessitate a dstringimur alicuius solvenda rei, secundum nostrae civitatis iura >>; cfr. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, volume B, Milano, Giuffrè, 1973 – 1975), bisognerà attendere ancora molti anni prima di addivenire ad un'effettiva generalizzazione ed astrazione del concetto di obbligazione, frutto soprattutto delle teorie giusnaturalistiche e della Pandettistica tedesca. Sul punto, v. DI MAJO, *op. cit.*, p. 4 ss. e 27 ss.; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 24.

⁽¹⁵⁾ V. CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1995, p. 352.

⁽¹⁶⁾ Cfr. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 16 ss., secondo il quale l'inadempimento ai suddetti obblighi accessori era autonomamente azionabile e concretava una pretesa supplementare.

⁽¹⁷⁾ Si rammenta che per il diritto romano la locazione ricomprendeva varie fattispecie negoziali oggi riconducibili ai contratti di locazione appunto, affitto, trasporto terrestre e marittimo, appalto.

⁽¹⁸⁾ Ulpiano, politico e giurista, visse nel III secolo d.C.; fu membro del *consilium* di un pretore e divenne *adessor* dell'imperatore Papiniano (193 d.C.). Fu mandato in esilio dall'imperatore Eligobaldo e nel 222 d.C. venne richiamato a Roma da Saverio, a cui fu intimamente legato. Fu *magister libellorum*, *praefectus anno nae* e *praefectus pretorio*, esercitando funzioni giudiziarie. Scrisse circa 81 (forse, 84) *Libri ad Edictum pretoris* e due libri che commentavano l'editto degli edili curuli.

Queste opere non sono giunte nella loro integrità ai giorni nostri, ma ci sono state tramandate (anche se manipolate) attraverso il Digesto di Giustiniano.

causative di un danno alla sfera patrimoniale del creditore quello del perimento di una partita di merci, durante il loro trasporto via mare, per colpa del conduttore (cfr. D. 19, 2, 13, 1; Ulp. 1.32 *ad ed.* ¹⁹).

Il Giurista esamina, al fine di offrire una giustificazione all'allocazione della responsabilità sul conduttore, una serie di aspetti che riguardano la conoscenza e la competenza nella navigazione marittima da parte di quest'ultimo, la sua capacità di gestire l'imprevisto e l'insorgenza di un pericolo per il carico. Prende, dunque, in considerazione doveri/obblighi altri e diversi rispetto a quello principale di trasferire il carico da un luogo ad un altro ⁽²⁰⁾.

In conclusione, il conduttore risulta responsabile contrattualmente per non aver adempiuto agli obblighi accessori e cioè per non aver adottato tutte le misure di sicurezza necessarie ad evitare l'avaria della merce ⁽²¹⁾.

Sempre Ulpiano considera un'altra fattispecie in cui nel corso di esecuzione della prestazione il debitore causa dei danni alla sfera giuridica del creditore e, conseguentemente, ne è responsabile: il caso è quello del conduttore che si allontana dalla casa locata per mettersi al riparo dalla

⁽¹⁹⁾ << *Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in osti o fluminis perierit, tenetur pro imo navicularius? La beo, si culpa caret, non teneri ai t: ceterum si vel invito domino fecit vel quod non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum*>> (D. 19, 2, 13, 1; Ulp. 1.32 *ad ed.*).

⁽²⁰⁾ Il conduttore è considerato responsabile del perimento della merce avvenuto durante il viaggio in quanto tale evento costituisce concretizzazione di un pericolo che lo stesso conduttore, impegnandosi al trasporto, si era assunto in base al principio dell' <<oportere ex fide bona>>.

⁽²¹⁾ L'esempio è riportato anche da LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 26. Cfr. CARDILLI, *op. cit.*, p. 354 ss.

incursione di un esercito e, durante la sua assenza, i soldati rubano dalla casa alcuni oggetti appartenenti al proprietario.

Ora, secondo il Giurista il conduttore può legittimamente abbandonare la *res locata* a causa di un pericolo che sullo stesso incombe e per ciò non deve corrispondere la mercede al locatore, tuttavia ha l'obbligo di informare il proprietario dell'arrivo dell'esercito e della sua intenzione di abbandonare la casa in locazione ⁽²²⁾: <<*Exercitu veniente migravit conductor, deinde hospitio milites fenestras et ceteras sustulerunt. Si domino non denunciavit et migravit, ex locato tenetur: Labeo autem, si res itere potuit et non resistit, teneri ait. Quae sententia vera est, sed si denunciare non potuit, non puto eum teneri*>> (D. 19, 2, 13, 7; Ulp. 1.32 *ad ed.*).

Anche in questo caso il conduttore risponde contrattualmente per l'inadempimento di obblighi accessori alla prestazione principale ⁽²³⁾.

Altra ipotesi di responsabilità del conduttore per i danni patiti dalle cose del creditore riguarda il furto, ad opera di un terzo, delle vesti date al fullone: la vicenda è riportata sia nel Digesto ⁽²⁴⁾ sia nelle *Institutiones* di Gaio ⁽²⁵⁾, le

⁽²²⁾ Pure per questo esempio, si veda CARDILLI, *op. cit.*, p. 350 ss.

⁽²³⁾ Ulpiano considera anche un altro profilo della responsabilità contrattuale del debitore: quello di non essersi adoperato per ridurre o quantomeno limitare i danni subiti dal proprietario a causa del saccheggio.

⁽²⁴⁾ D. 19, 2, 60, 2; Labeo post. 1. 5 a lav. epit. << *Vestimenta tua fullo perdidisti, et habes unde petas, nec repetere vis: a gis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aesti maturum, an possis ad versus furem magis agere et a teo tuas res consequi fullonis vide licet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tum fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet*>>.

⁽²⁵⁾ Gai 3, 2 05 << *Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcinenda vestimenta mercede certa acceperit eaque furtivo amis erit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestanda sufficiat: nam si solvendo non est, tunc quia a teo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse*>> (NARDI, *op. cit.*).

quali fonti riconoscono al proprietario la possibilità di agire *ex locato* contro il fullone ovvero direttamente contro il ladro ponendo a carico del fullone le spese sostenute per riottenere la cosa ⁽²⁶⁾.

In questo caso l'obbligo accessorio non adempiuto dal fullone è quello di custodia: invero, egli si era obbligato a svolgere, dietro corrispettivo, una data prestazione che implicava, per la sua esecuzione, di *custodiam praestare* agli oggetti del creditore. L'espressione *custodiam praestare* non significa altro che salvaguardare la cosa del creditore ⁽²⁷⁾: il debitore (cioè, nel nostro caso, il fullone) è tenuto a porre in essere tutte le misure necessarie ed idonee ad evitare che la cosa del creditore vada persa o subisca un danno.

Qualora si verifichi la perdita o il danno alla cosa del creditore, il *fullo* è responsabile contrattualmente, salvo il caso di forza maggiore ⁽²⁸⁾.

Dai suddetti esempi emerge come i romani avessero, da un lato, riconosciuto l'esistenza di obblighi altri rispetto a quello principale di esecuzione della prestazione e, dall'altro lato, avessero deciso di attrarre nell'area della responsabilità per inadempimento le violazioni di questi obblighi accessori. Violazioni che comportando un danno alla persona o ai

⁽²⁶⁾ CARDILLI, *op. cit.*, p. 369 ss.; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 28.

⁽²⁷⁾ CARDILLI, *op. cit.*, p. 183 ss., il quale precisa che <<chi prende a prestito a titolo gratuito un animale altrui particolarmente prezioso, si obbliga non solo a restituirlo, come impone la formula in factum concepta dell'azione di *commodatum*, ma anche a garantire una sorveglianza idonea a evitare la fuga >>. Cfr., anche, CANNATA, *op. cit.*, p. 69 ss.

⁽²⁸⁾ Per il diritto romano il debitore è responsabile anche rispetto alle cose che seguono la *res* oggetto di comodato. Al riguardo cristallino è l'esempio riportato da Ulpiano riguardo alla responsabilità del debitore per il puledro che seguiva la cavalla data in prestito: D. 13, 6, 5, 9; Ulp. 1.28 *ad ed.* <<Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commadavi, quam puleus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt>>.

beni del creditore impegnavano il debitore sotto il profilo della responsabilità contrattuale.

In realtà, nemmeno per i romani è conseguenza automatica – o almeno pacifica – la responsabilità *ex contractu* del debitore a seguito della violazione di un obbligo accessorio.

Ne è testimonianza un passo del Digesto (²⁹), dove una persona che aveva locato delle mule domanda ad Alfeno quale tipo di azione (*ex locato* ovvero *ex Aquilia*) può esperire nei confronti del conduttore, che, nonostante la presenza in contratto di una clausola di limite di carico, aveva caricato le mule con un peso maggiore e queste avevano subito un danno. Il Giurista risponde che entrambe le azioni sono esercitabili, con una puntualizzazione. Per esperire l'*actio ex Aquilia* deve esserci stato un reale contatto tra il conduttore e le mule, mentre per l'azione *ex locato* è del tutto indifferente la circostanza che a caricare le mule sia stato un altro soggetto, risultando comunque responsabile – anche in assenza di contatto – il conduttore (³⁰).

L'analisi sin qui condotta – anche se assolutamente non esaustiva di tutte le fattispecie considerate dai giurisperiti romani – consente però di affermare che già in epoca imperiale l'*obligatio* era una figura se non ancora

(²⁹) D. 19, 2, 30, 2; Alf. 3 *dig. a Paulo e pit. <<Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de action. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi>>*.

(³⁰) Nulla viene eccepito dal creditore circa la clausola contrattuale che prevedeva un limite di carico: difatti, la stessa non comportava alcuna modifica in termini di responsabilità e, comunque, non influiva sulla possibilità di esperire l'una ovvero l'altra azione. Cfr., sul punto, CANNATA, *op. cit.*, p. 63 ss., secondo il quale il limite presente in contratto <<introduce (...) un criterio di imputazione diverso da quello dell'imperizia e della negligenza, ma si tratta pur sempre di un caso di responsabilità per colpa>>.

“complessa”, con unque com prensiva di doveri altri rispetto a quello di eseguire la prestazione e, in particolare, di conservazione, di cura, di custodia.

Deve, pertanto, criticar si quell'im postazione, so stenuta da una parte della dottrina (³¹), secondo la quale l'obblig azione nel diritto rom ano perseguiva solo l'interesse alla prestazione (³²): abbiamo, infatti, avuto modo di dimostrare come quest'ultima si facesse carico di tutelare anche lo *status quo* del creditore e avesse ri condotto nell'alea della res ponsabilità contrattuale la lesione di tale stato (³³).

2.1 *La nascita dei doveri di protezione nella dottrina tedesca. Le violazioni contrattuali positive: la teoria di Staub.*

La concezione romana dell'obbligazione è stata definitivamente superata dalla dottrina tedesca, alla quale va il merito di aver riconosciuto l'essenza naturalmente complessa del rapporto obbligatorio e la dicotomia di fondo che lo caratterizza: dicotomia rappresentata dall'interesse, da un lato, alla prestazione e, dall'altro lato, a una serie di doveri altri volti alla protezione della persona e dei beni del creditore durante l'esecuzione della prestazione

(³¹) BENATTI, *op. loc. cit.*, p. 222; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, §§ 1.1 e 2.1.

(³²) Ancora oggi secondo una parte della dottrina l'obbligazione è considerata come una relazione semplice: cfr. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1994, p. 1 ss., secondo il quale Autore il <<rapporto obbligatorio può definirsi come il rapporto avente ad oggetto un prestazione patrimoniale che un soggetto, detto debitore, è tenuto ad eseguire per soddisfare l'interesse di un altro soggetto, detto creditore. Il rapporto obbligatorio si struttura in due posizioni correlative>>.

(³³) LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 30.

(³⁴). In realtà questi “doveri” – definibili come obblighi collaterali o accessori – si distinguono in base alla funzione dagli stessi assoluta.

In particolare, gli obblighi accessori con funzione protettiva e conservativa della sfera del soggetto contraente sono chiamati “obblighi di protezione” e, nel diritto tedesco, *Schutzpflichten*.

La dottrina degli obblighi di protezione nasce, nell’ordinamento tedesco, dalla teoria delle violazioni contrattuali positive (*positive Vertragsverletzung*) elaborata dal giurista Hermann Staub (³⁵).

L’Autore dell’opera *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen* aveva trovato una carenza nel codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB; ³⁶) con riguardo all’inadempimento dell’obbligazione (³⁷); l’impianto codicistico tedesco, infatti, contemplava, ai fini della sussistenza

(³⁴) MEDICUS, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, 2003, p. 2 ss.; BROX – WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 2003, p. 3 ss.

(³⁵) Hermann Staub (Nicolai, Alta Slesia 1856 – Berlino 1904) fu avvocato e consulente del Ministero del Commercio per la riforma della legislazione di borsa; scrisse il *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch* e altri commentari a leggi speciali.

Nel 1902 scrisse l’opera *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, pubblicata sotto forma di monografia nel 1904 (ristampata nel 1913 e nel 1969). L’opera è stata tradotta in Italia da G. VARANESE col titolo *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001. Le informazioni sono consultabili all’indirizzo www.treccani.it.

(³⁶) Il *Bürgerliches Gesetzbuch* è entrato in vigore nel 1900; l’esigenza della redazione di un codice civile sortì a seguito della riunificazione nella Germania di Bismarck, dopo la vittoria sulla Francia. Questo codice si ispira alla Scuola pandettistica, una corrente sviluppatasi in Germania sull’onda del pensiero di studiosi come Savigny e Puchta. La Pandettistica si caratterizzava per l’impianto metodologico, sistematico, secondo il principio per cui il sistema normativo doveva essere in grado di inquadrare qualsiasi regola del diritto in modo logico e consequenziale. Un’altra corrente di pensiero che influenzò i redattori del codice civile tedesco fu la c.d. “giurisprudenza degli interessi” dello Jhering, una concezione del diritto che si pose per molti aspetti in aperto contrasto con la pandettistica.

Il BGB è disponibile nella versione italiana tradotta da S. Patti per la casa editrice Giuffrè.

(³⁷) Il riferimento è, com’è ovvio, al codice civile tedesco prima dell’entrata in vigore il 1° gennaio 2002 della legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni.

della responsabilità contrattuale del debitore, due sole tipologie di inadempimento: l'impossibilità della prestazione ed il ritardo ⁽³⁸⁾.

Secondo Stub, invece, il debitore della prestazione non solo doveva eseguirla e svolgerla in tempo, ma anche adoperarsi per compiere la stessa al meglio; ideò così la figura delle violazioni contrattuali positive che colmavano il *gap* presente nel codice tedesco offrendo dei rimedi alle violazioni contrattuali non inquadrabili nell'impossibilità ovvero nel ritardo.

Sempre secondo Staub la disciplina della responsabilità contrattuale poteva essere applicata alle violazioni positive del contratto in via analogica: infatti, come il ritardo era considerato – nell'ottica del legislatore tedesco – quale vizio nell'esecuzione della prestazione tale da legittimare la richiesta risarcitoria del creditore (ovvero la risoluzione del contratto nei rapporti sinallagmatici), così doveva considerarsi anche l'adempimento parziale ovvero il "cattivo" adempimento. L'analogia discende dal fatto che sia nell'ipotesi di ritardo, sia nell'ipotesi di esecuzione viziata della prestazione il debitore contravviene al vincolo contrattuale ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Tale impostazione era stata tratta dalle teorie del giurista F. MOMMSEN, autor dell'opera *Beträge zum Obligationenrecht, Die Unmöglichkeit der Leistung*, Braunschweig, 1853, in cui definisce l'interesse come oggetto dell'obbligazione risarcitoria nei termini di "differenza tra la consistenza attuale del patrimonio e quella che esso avrebbe ove non si fosse verificato l'accadimento lesivo", distinguendolo poi in danno emergente, o danno positivo, e lucro cessante, o danno privativo, a seconda che la perdita si riferisca al patrimonio attuale o ad un aumento di esso che si sarebbe verificato se non fosse intervenuto l'accadimento lesivo. Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 203, 291; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 33-34, *sub* nota 51.

Nel sistema tedesco, dunque, la violazione degli obblighi contrattuali giudizialmente accertabile riguardava solo l'impossibilità dell'esecuzione della prestazione ovvero il ritardo nello svolgimento della stessa.

⁽³⁹⁾ STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, *cit.*, p. 12 ss.

In particolare, la teoria delle violazioni positive del contratto fu utilizzata nell'ambito della disciplina relativa alla garanzia per vizi nella compravendita (§ 459 ss. BGB, *ante* riforma del 2002); il codice civile tedesco, infatti, consentiva all'acquirente di promuovere due tipologie di azioni nel caso in cui il bene acquistato avesse presentato vizi ovvero mancanze rispetto alle qualità promesse⁽⁴⁰⁾. Si trattava dell'azione redibitoria e *quanti minoris*; in alternativa, gli riconosceva il diritto al risarcimento del danno, ma solo qualora il venditore avesse agito, nel sottaccettare i vizi o nel garantire qualità maggiori rispetto a quelle effettive del prodotto, con dolo.

In difetto, all'acquirente non era consentito chiedere il risarcimento del danno: vi era, dunque, una zona d'ombra nella disciplina delle garanzie per i vizi nella compravendita⁽⁴¹⁾.

E proprio al fine di colmare tale vuoto normativo, viene impiegata la teoria elaborata da Staub: i vizi ovvero le mancanze sopravvenute per colpa dell'alienante costituiscono violazioni positive del contratto e consentono all'acquirente di esperire sia l'azione redibitoria che quella risarcitoria⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ STAUB, *op. ult. cit.*, p. 100 ss.

⁽⁴¹⁾ La riforma cui abbiamo accennato *supra*, *sub* nota 37, ha modificato l'intera disciplina relativa al contratto di compravendita: ora l'alienante deve consegnare al compratore una cosa priva di vizi (§ 433, comma I, BGB). E, in particolare con riferimento ai vizi della cosa venduta, il nuovo § 434 BGB si è uniformato alla direttiva 44/99/CE prevedendo che le qualità esplicitate dal venditore in dichiarazioni pubbliche (i. e. durante gli spazi pubblicitari) ovvero riportate sulle etichette costituiscono caratteristiche promesse e la loro eventuale mancanza deve qualificarsi come vizio della cosa (cfr. § 434 BGB).

Quanto ai rimedi concessi all'acquirente per i vizi della cosa comprata, il § 437 BGB gli riconosce il diritto al ripristino del bene, mediante riparazione o sostituzione, e, nel caso di impossibilità di eliminare il vizio, il diritto alla risoluzione del contratto ovvero alla riduzione del prezzo.

Sul tema, v. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, p. 29 ss.

⁽⁴²⁾ STAUB, *op. ult. cit.*, p. 101 ss.

L'interesse, centrale nella teoria delle violazioni positive del contratto, è sia quello relativo alla prestazione (e cioè quello di scambio), sia quello del creditore a non subire lesioni alla sua sfera personale; ne discende che in tale teoria vi sono due tipologie di danno, uno rappresentato dal vizio nell'esecuzione della prestazione (i.e., vizio intrinseco della cosa venduta che muta l'originario rapporto di scambio) e l'altro costituito dalla lesione dell'interesse di protezione del creditore (i.e., lesione del patrimonio dell'acquirente quale conseguenza dell'acquisto di un bene viziato).

Nella teoria di Staub era, dunque, già presente un richiamo, seppur implicito, al fatto che le violazioni positive del contratto fossero connesse anche con le violazioni dell'obbligo di protezione che grava sul debitore rispetto alla sfera personale e patrimoniale del creditore ⁽⁴³⁾.

Ciò che, dopo Staub, ha costituito il punto di svolta per superare la l'idea della *positive Vertragsverletzung* ed elaborare la teoria degli obblighi di protezione ⁽⁴⁴⁾.

2.2 *Gli obblighi di protezione nella dottrina di Heinrich Stoll.*

La teoria di Staub ha costituito il punto di partenza dello studio intrapreso da Heinrich Stoll sull'intero rapporto obbligatorio: infatti, Stoll oppone alla prospettiva parziale - analizzata da Staub - riguardante la sola

⁽⁴³⁾ Cfr. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1997, p. 207 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 130 ss.; TURCO, *op. cit.*, p. 208.

figura del debitore della prestazione (⁴⁵), una prospettiva di più ampio raggio che considera nel suo complesso il rapporto obbligatorio, tanto dal lato del debitore quanto da quello del creditore.

Il Giurista sottolinea, infatti, che accanto agli obblighi di prestazione – che soddisfano l’interesse del creditore ad ottenere una certa cosa o servizio – vi sono gli obblighi di protezione, originati dalla regola della buona fede e che soddisfano l’interesse sia del creditore sia del debitore a non subire lesioni nella propria sfera personale e patrimoniale (*Schutzinteresse*, ⁴⁶).

Con Stoll la brillante intuizione di Staub – ossia quella delle violazioni contrattuali positive – prende corpo e si raffina: il rapporto obbligatorio è concepito come struttura complessa, svincolata, sul piano oggettivo, dagli angusti confini dell’interesse alla prestazione, ma rivolta alla tutela di interessi altri e accessori, orientati alla tutela del creditore e del debitore, nonché dei rispettivi patrimoni.

Questi obblighi accessori sono gli obblighi di protezione che possono consistere tanto in un *facere* quanto in un *non facere* e sono originati dalla regola della buona fede (⁴⁷); essi, in una prospettiva generale, agevolano il

(⁴⁵) Nel senso che Staub ha svolto la propria ricerca solo con riferimento ai doveri altri rispetto all’obbligo di prestazione che gravano sul debitore, senza considerare la possibilità che doveri di contenuto pressoché analogo potessero sorgere anche in capo al creditore.

(⁴⁶) STOLL, *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzungen*, in *Arch. Civ. Pr.* 136, 1932, p. 288 ss.

(⁴⁷) V. § 242 BGB, in cui viene fornita una definizione di *treu und glauben* (cioè della buona fede). Cfr. ALPA, *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede*, in A. A. V.V. *Diritto giurisprudenziale* a cura di M. Bessone, Giappicchelli, Torino, 1996, l’estratto è consultabile anche all’indirizzo www.altalex.it; l’autore riporta la teoria di Franz Wieacker, un storico del diritto contemporaneo, in particolare del diritto tedesco, nel quale si è formato e ha condotto prevalentemente le sue ricerche. L’Autore segue l’itinerario argomentativo di Wieacker (*Zur rechtstheoretische Praezisierung des par 242 BGB*, Tubinga, 1957), affermando che la clausola generale

conseguimento del bene e ovvero della prestazione da parte dei soggetti del contratto ⁽⁴⁸⁾, preservando la sfera personale e patrimoniale degli stessi.

In altre parole, quando tra due persone si instaura un *legam* e volto alla regolazione dei reciproci interessi, le sfere giuridiche di quei soggetti entrano in contatto e ciò le espone ad un rischio maggiore e particolare, a seconda della relazione che questi ultimi hanno instaurato. Tale rischio può concretizzarsi in un danno, ma anche rimanere meramente potenziale: a prescindere dalle conseguenze che possono verificarsi, quel che rileva è che la sfera giuridica di un soggetto – in conseguenza del *legam* – creato con un altro soggetto per l'esecuzione di una prestazione – viene a trovarsi in una situazione di

della buona fede assume tre funzioni << (i) *funzione applicativa del diritto, nel senso di coadiuvare il giudice nell'esplicazione del suo ufficio; (ii) funzione suppletiva del diritto, nel senso di consentire al giudice una interpretazione praeter legem, al fine di controllare se il comportamento delle parti si conforma a giustizia; (iii) funzione correttiva del diritto, nel senso di individuare una soluzione che corregga lo strictum jus. Esempio della prima funzione sono, in Germania, le teorizzazioni dei c.d. doveri di protezione, che si affiancano alle obbligazioni dedotte in contratto (come accade per l'affermazione della responsabilità del venditore per i danni personali risentiti dal cliente a causa di vizi della cosa, o di vizi dei locali di vendita); esempio della seconda funzione è il principio pacta sunt servanda, che consente di ripartire il rischio tra le parti in modo da dare ingresso alla presupposizione ovvero a circostanze prevedibili ma non previste dalle parti e tali da sconvolgere l'economia del contratto; e ancora, l'exceptio doli; gli esempi della terza funzione sono più difficili da individuare, perché non si deve correre il rischio di ammettere un diritto libero, che il giudice applica a propria discrezione (si pensi, tuttavia ai casi in cui le condizioni personali del debitore, di solito irrilevanti, suggeriscono di tenere conto delle circostanze di specie)>>.*

⁽⁴⁸⁾ In particolare, i doveri di protezione, in ragione dello scopo cui tendono, sono – secondo Stoll – di avviso e di conservazione (cfr. BENATTI, *op. loc. cit.*, p. 222).

In seguito, la dottrina tedesca – muovendo dalla bipartizione di Stoll - ha proposto una distinzione degli obblighi di protezione in due macro-categorie: la prima caratterizzata dalla vicinanza degli obblighi al contenuto della prestazione (*Nebenleistungspflichten*), la seconda, invece, dal contenuto più ampio, comprensiva di tutti quegli obblighi necessari al corretto adempimento dell'obbligazione ed alla salvaguardia della sfera personale e patrimoniale dei contraenti (*Nebenpflichten*). Cfr., sul punto, LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 40, sub nota 71; BENATTI, *op. loc. cit.*, p. 222.

incertezza ed esposizione agli effetti, anche negativi, derivanti dal comportamento altrui.

Ecco, allora, che gli obblighi di protezione mirano a salvaguardare la sfera giuridica che <<la speciale relazione mette a repentaglio>> ⁽⁴⁹⁾; essi non si limitano a riempire di contenuto la clausola generale del *neminem laedere*, ma offrono una tutela più ampia all'interno della disciplina dell'inadempimento contrattuale.

Le *Schutzpflichten* non riguardano la prestazione oggetto dell'obbligazione, ma – secondo Stoll – partecipano a completarne lo scopo ⁽⁵⁰⁾.

Entrambe le parti della *speciale relazione* sono gravate degli obblighi di protezione e lo sono prescindere dalla circostanza che la prestazione sia stata o meno adempiuta, in quanto le *Schutzpflichten* tutelano le parti (*rectius*, lo *status quo* delle stesse) indipendentemente dall'esecuzione dell'obbligazione principale ⁽⁵¹⁾.

Infatti, secondo Stoll, nella valutazione dell'inadempimento contrattuale, l'unico aspetto che deve essere vagliato attiene all'interesse lesso ⁽⁵²⁾: se ad essere lesso, insieme all'interesse alla prestazione e anche un

⁽⁴⁹⁾ Cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 41.

⁽⁵⁰⁾ STOLL, *op. cit.*, p. 299 ss.

⁽⁵¹⁾ STOLL, *op. cit.*, p. 286 ss. Secondo LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 42 <<I comportamenti che mettono a repentaglio o ledono lo status quo di una delle parti del rapporto prescindono dal fatto che la prestazione sia stata o possa essere ancora adempiuta>>.

⁽⁵²⁾ STOLL, *op. cit.*, p. 314. Cfr., CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 131, il quale, riportando il pensiero di Stoll, afferma che <<(…) la ricostruzione del rapporto obbligatorio, al fine di individuare i vari profili di inattuazione di esso, deve essere condotta in chiave di valutazione degli interessi che in esso medesimo trovano riconoscimento giuridico. Il problema della violazione del rapporto non può essere importato dal punto di vista del tipo di comportamento, positivo o negativo, tanto più che alcune ipotesi di <<violazioni contrattuali positive>> si concretano in un comportamento negativo, ma

interesse altro, vi sarà un duplice inadempimento, all'obbligazione principale e all'obbligo di protezione ⁽⁵³⁾.

2.3 *La diffusione della teoria degli obblighi di protezione e la modifica della disciplina delle obbligazioni contenuta nel BGB.*

Gli obblighi di protezione – come abbiamo avuto modo di vedere – sono nati dagli studi condotti in materia di inadempimento contrattuale e in particolare dal “vuoto normativo” evidenziato da Staub; tuttavia non si può non

piuttosto tenendo presente il tipo di interesse che il comportamento della controparte viene a ledere e l'intensità della lesione>>.

⁽⁵³⁾ V. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 42 << L'analisi del rapporto obbligatorio, e della relazione particolare da questo scaturita, deve primariamente evidenziare il tipo di interesse che viene lesa nel corso dello svolgimento dell'obbligazione. Non è superfluo allora sottolineare che proprio attraverso questa metodica, dogmaticamente più pregevole e anche pragmaticamente più significativa, si è sviluppata la concezione appena illustrata del rapporto complesso>>.

La teoria del “rapporto complesso” elaborata da Stoll e la conclusione citata nel testo – e sostenuta dalla dottrina italiana – trae origine (anche) dagli studi di Rudolf von Jhering; invero, l'obbligo individuato da Jhering di accertare, prima della conclusione del contratto, che questo abbia tutti i requisiti che ne garantiscono la validità altro non è se non un esempio di obbligo di protezione. Trattasi, in particolare, di obbligo di protezione contrattuale, la cui violazione riguarda l'affidamento che uno dei soggetti del rapporto ripone nel comportamento dell'altro; affidamento che, dunque, può essere lesa sia da una *culpa in faciendo* sia da una *culpa in non faciendo*, a seconda che il soggetto debitore abbia fatto dichiarazioni inesatte ovvero abbia ommesso di specificare un aspetto essenziale per la validità del contratto. Cfr. JHERING, *Culpa in contraendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträge*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861, 1 ss, tradotto in italiano da P. ROCCHI, *Della culpa in contraendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.

E proprio con riferimento alla materia delle trattative precontrattuali BETTI, *op. cit.*, p. 84, ha avuto modo di precisare che il comportamento <<secondo correttezza in questo specifico contratto sociale [le trattative precontrattuali, n.d.r.] richiede non semplicemente un comportamento negativo>> in quanto esso <<si concreta spesso in doveri positivi di lealtà, in doveri di chiarimento, in doveri di informazione verso la controparte>>, che altro non sono se non obbligazioni di protezione.

Cfr., ancora, LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 42.

rilevare come la loro diffusione sia dipesa dalla disciplina dell'illecito civile contenuta nel BGB.

Invero, proprio le debolezze del codice civile tedesco in materia di fatti illeciti, hanno consentito l'accoglimento, in termini contrattuali, delle domande di risarcimento del danno che non trovavano riconoscimento nell'area dell'illecito extracontrattuale⁽⁵⁴⁾.

In particolare, proprio la dottrina delle *Schutzpflichten* ha consentito di superare la tendenza – diffusa nell'ordinamento tedesco in forza dei § 823 e 826 BGB⁽⁵⁵⁾ – di non risarcire i danni meramente patrimoniali: tale teoria non solo ha consentito di rafforzare la tutela della proprietà e della persona⁽⁵⁶⁾, ma ha anche legittimato l'ingresso nell'ordinamento tedesco del diritto al risarcimento del danno conseguente alla violazione di un interesse puramente economico della parte contrattuale⁽⁵⁷⁾.

La risarcibilità di tali danni, e a monte, si potrebbe dire, l'allocazione della responsabilità *ex contractu* in capo al debitore della prestazione, è conseguenza della ricostruzione teorica degli obblighi di protezione, la quale si

⁽⁵⁴⁾ Per ulteriori approfondimenti, cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 43 ss.

⁽⁵⁵⁾ NORME

⁽⁵⁶⁾ Si tratta delle fattispecie in cui il danno alle cose o alla persona dell'altro contraente è dipeso dal comportamento negligente del debitore della prestazione durante la sua esecuzione. Al riguardo, obblighi di protezione si rinvengono nel contratto di trasporto, nel contratto d'albergo, nel contratto di locazione, nel contratto di organizzazione di manifestazione pubblica, nel contratto di spedalità.

⁽⁵⁷⁾ A titolo esemplificativo, costituiscono obblighi di protezione i doveri di informazione circa le modalità di utilizzo di un prodotto da parte del venditore dello stesso, gli obblighi di informazione circa la pericolosità e rischi dell'investimento che gravano sulle banche, ovvero circa le conseguenze del giudizio che gravano sull'avvocato. Per un approfondimento sulla casistica, cfr. SCHLECHTRIEM, *Civil liability for economic loss Germany, 15th International congress of comparative law*, Bristol, England, 26 luglio – 1° agosto 1998, disponibile all'indirizzo www.jura.unifreiburg.de.

fonda sull'esistenza tra le parti di un *rapporto speciale* di avvicinamento e/o commistione delle rispettive sfere giuridiche. E tale rapporto speciale – come già abbiamo visto *supra*, § 2.2 - si crea in forza del vincolo contrattuale che espone i contraenti ad un rischio di danno alla persona od al patrimonio maggiore, in conseguenza del comportamento tenuto dall'altra parte ⁽⁵⁸⁾.

Che tale situazione giuridica di maggior rischio sia tutelata con il rimedio della responsabilità contrattuale (da cui deriva l'obbligo di risarcimento del danno) è caratteristica immanente al contratto, quasi connaturata al sorgere del rapporto negoziale (o così è secondo la teoria degli obblighi di protezione nella cultura giuridica tedesca; ⁵⁹).

⁽⁵⁸⁾ Per una soluzione in merito alla delimitazione dei danni risarcibili tra i numerosissimi danni indiretti cfr. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297 ss.

⁽⁵⁹⁾ LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 43 ss., il quale afferma che <<La tendenza ad ascrivere le lesioni dello status quo, connesse all'attuazione dell'obbligazione, alla responsabilità contrattuale si spiega – come già accennato – anche in ragione della circostanza che in materia di inadempimento, la norma disciplinante la responsabilità per il fatto illecito degli ausiliari non accorda al preponente alcuna prova liberatoria (...). Ai sensi del § 278 BGB <il debitore deve rispondere della condotta dolosa o colposa del suo rappresentante legale o delle persone delle quali si avvale per adempiere e alle proprie obbligazioni nella stessa misura in cui risponde di una propria condotta dolosa o colposa>. Dunque, una sollecitazione di carattere pratico in direzione degli obblighi di protezione è stata anche l'esigenza di evitare la *Entlastungsbeweis* [prova a disculpa, n.d.r.] ex § 831 BGB (riguardante la mancanza di colpa del padrone o del committente), consentendo l'applicazione della disciplina riservata all'inadempimento, dove una simile prova non è prevista>>.

In giurisprudenza, cfr. Reichsgericht, 19 giugno 1914, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, LXXXV (1915), p. 185 ss., il quale ha riconosciuto la responsabilità contrattuale dell'oste nel caso in cui uno dei clienti del suo locale fosse stato colpito da una palla da biliardo, a causa della vicinanza tra il tavolo in cui il cliente stesso era seduto e il tavolo da biliardo. La corte, accogliendo la domanda di risarcimento avanzata dal cliente, ha fondato la responsabilità sul contratto, in quanto ha ritenuto che rientrasse tra gli obblighi contrattuali assunti dall'oste il dovere di quest'ultimo di provvedere alla sicurezza dei clienti.

Per ulteriori esempi v., BENATTI, *Osservazioni in tema di <<doveri di protezione>>*, *cit.*, p. 1343 – 1344.

Ma la giurisprudenza d'oltralpe si è spinta oltre, accordando analogo tutela – quindi riconoscendo l'esistenza degli obblighi di protezione - anche nella fase delle trattative precontrattuali; ad esempio al cliente di un grande magazzino, scivolato su una buccia di banana, accidentalmente dimenticata dal personale dipendente addetto alle pulizie, è stata riconosciuta la possibilità di agire per il risarcimento del danno sia in via extracontrattuale, sia in via contrattuale ⁽⁶⁰⁾.

Analogamente, la Corte di Cassazione tedesca (BGH) ha affermato la responsabilità contrattuale del supermercato nel caso di una signora che, all'uscita dallo stesso, era stata colpita da una tegola caduta dal tetto a causa dell'imperizia dell'operaio che ivi lavorava ⁽⁶¹⁾.

In entrambi i casi riportati siamo al di fuori dell'ambito di esecuzione della prestazione contrattuale, potremmo forse dire che siamo al di fuori del contratto, eppure la giurisprudenza riconosce l'esistenza (ovvero, nel secondo esempio, la perduranza) della relazione speciale tra le due parti del contratto ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Così BGH 26 settembre 1961, in *NJW*, 1962, p. 31. L'esempio è riportato anche da LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 57 ss., il quale precisa che <<i rimedi contrattuali [che] impongono una responsabilità senza prova liberatoria per il dominus>>.

⁽⁶¹⁾ Così BGH 1° dicembre 1964, in *VersR*, 1965, p. 240.

⁽⁶²⁾ Altra fattispecie emblematica è costituita dal cosiddetto caso *Linoleum*, Reichsgericht 7 dicembre 1911: i giudici della Corte Suprema tedesca, infatti, hanno riconosciuto la risarcibilità, in termini contrattuali, del danno patito da una persona che, recatasi in un esercizio commerciale, è rimasta vittima di un incidente per colpa dei dipendenti o del proprietario, prima di concludere un contratto con lo stesso esercizio commerciale. In tale ipotesi non solo non vi era un contratto, ma nemmeno vi era stata una manifestazione di volontà in tal senso; eppure la giurisprudenza tedesca ha affermato che, nella suddetta fattispecie, era comunque sorto un rapporto obbligatorio dal quale discendevano obblighi di protezione nei confronti del potenziale acquirente. Il gestore dell'esercizio commerciale era, dunque, responsabile ai sensi del § 278 BGB per il fatto commesso dai suoi dipendenti.

E l'intima ragione delle scelte operate dai giudici di legittimità tedeschi nelle fattispecie esaminate è sempre il fondamento della teoria degli obblighi di protezione così come elaborata da Stoll, cioè le persone che entrano in contatto al fine di regolamentare i reciproci interessi espongono le rispettive sfere patrimoniali ad un rischio di danno maggiore e, quindi, devono essere tutelate in maniera più intensa dall'ordinamento giuridico ⁽⁶³⁾.

Ciò che, appunto, è possibile attraverso gli obblighi di protezione.

..*

Oggi la funzione della teoria delle *Schutzpflichten* non ha più molta ragione di esistere in Germania. Difatti, come già abbiamo accennato *supra*, il 1° gennaio 2002 è entrata in vigore la legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*; ⁶⁴) che ha ampiamente modificato la disciplina previgente, contenuta nel BGB, in materia di inadempimento contrattuale.

⁽⁶³⁾ Sul pensiero di Stoll, cfr. BENATTI, *op. cit.*, p. 134 ss., il quale così brevemente lo sintetizza << Con l'instaurarsi di un rapporto contrattuale le parti espongono le proprie sfere giuridiche al pericolo che dall'attività dell'una possa derivare un danno all'altra persona o al patrimonio dell'altra: interviene allora il principio della buona fede a regolare il comportamento dei soggetti, creando una serie di obblighi che potrebbero essere pregiudicati da quella attività. Questi doveri sono definiti, in ragione dello scopo cui tendono, doveri di protezione >>.

⁽⁶⁴⁾ La suddetta legge di riforma è stata approvata il 26 novembre 2001 e, come detto, è entrata in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo. Si colloca all'interno di una riforma più ampia del diritto tedesco, basti pensare che solo quattro anni prima oggetto di intervento di revisione era stato il codice penale. In particolare, la riforma del BGB ha riguardato: *i*) la disciplina della prescrizione; *ii*) l'introduzione nel codice civile di una serie di leggi speciali, che disciplinavano elementi dell'obbligazione contrattuale; *iii*) la codificazione dei principi in materia di obblighi di protezione e di *culpa in contrahendo*; *iv*) la disciplina dell'inadempimento. Cfr., sul punto, CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 499 ss.

Ora, l'istituto dell'inadempimento legato all'impossibilità della prestazione ovvero al ritardo è stato sostituito da una clausola generale "la violazione dell'obbligo" (*Pflichtverletzung*), cui è intimamente collegato il giudizio di responsabilità sui danni lamentati dal creditore. Tale nuova clausola è idonea a ricomprendere tutte le tipologie di doveri altri rispetto a quello di prestazione elaborati dalla dottrina e giurisprudenza tedesca nelle more della vigenza del "vecchio" codice civile; vi rientrano, inoltre, gli obblighi precontrattuali, quelli *ex contractu* e *ex lege*, quelli primari e quelli accessori.

Per alcune tipologie di obblighi, poi, il legislatore tedesco ha previsto una tutela *ad hoc*, attraverso l'introduzione di norme specifiche: ad esempio, il § 241, comma II, BGB stabilisce che << *il rapporto obbligatorio può, in relazione al suo contenuto, obbligare ciascuna delle parti ad avere attenzione verso i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra parte*>>.

Con tale norma è stato dato definitivo ingresso agli obblighi di protezione, prima tutelati solo attraverso la clausola generale della buona fede di cui al § 242 BGB (65). E ancora, in termini più generali, è stata espressamente affermata la natura complessa del rapporto obbligatorio.

(65) Anche la responsabilità per *culpa in contrahendo* ha ricevuto specifica disciplina: il § 311, commi II e III, BGB così recita: <<II. Un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al comma 2 del § 241 sorge anche in virtù:

1. dell'avvio di trattative precontrattuali,
2. prima dell'avvio delle trattative contrattuali, allorché una parte, ai fini di una prospettazione o di una preparazione della conclusione del contratto, accorda all'altra la possibilità di incidere sui propri diritti, beni ed interessi, o gliene affida la protezione,
3. oppure da contatti negoziali similari.

III. Un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al comma 2 del § 241 può sorgere anche nei confronti di soggetti che non sono destinati a diventare parti del contratto. In particolare, un rapporto obbligatorio siffatto sorge allorché il terzo induce le parti a riporre fiducia in misura notevole nella sua persona, e in virtù di questo affidamento riesce a influire sullo svolgimento delle trattative o sulla stipulazione del contratto>>.

L'obligatio romana con la sua semplicità contenutistica – nonostante le correzioni interpretative di cui mi sono fatta portavoce *supra*, § 1.2 - ha lasciato il posto all'obbligazione del diritto moderno che si caratterizza per saper riguardare tanto l'interesse ad ottenere una prestazione od un servizio nei termini stabiliti, quanto l'interesse a non vedere lesa, nell'esecuzione e a causa dell'esecuzione della prestazione, la propria sfera personale e patrimoniale.

Ma non solo. L'obbligazione dei nostri giorni è istituito che – per le ragioni che vedremo meglio *infra* – può prescindere dalla stessa prestazione.

Oggi, nell'ordinamento tedesco, le *Schutzpflichten* hanno sempre origine legale; peraltro, tale fonte era stata riconosciuta dalla dottrina d'oltralpe prima ancora della riforma del BGB (⁶⁶).

Conseguenza principale di ciò è che la violazione degli obblighi di protezione impegna sempre la responsabilità del soggetto inadempiente, a prescindere dalle vicende relative alla validità del contratto. Tali doveri di protezione non sono influenzati dall'annullamento o dalla nullità del negozio giuridico, in quanto il loro fondamento non risiede nella conclusione di un contratto valido, bensì nella legge (⁶⁷).

(⁶⁶) Al riguardo, cfr. CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80*, München, 1983, *passim*, tradotto in italiano a cura di A. Di Majo e M. R. Marella, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 807 ss., secondo il quale trattasi di << un unitario rapporto di protezione avente titolo nella legge, cioè in forza del diritto positivo (non scritto), comprensivo di "doveri di protezione", tanto prima che dopo la conclusione del contratto >>.

(⁶⁷) Cfr., ancora, CANARIS, *op. cit.*, p. 822 ss. V., anche, LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 65 e 66, secondo il quale <<Parte della dottrina rinviene un altro profilo di distinzione tra le due categorie di obblighi sul piano dell'attuazione >> e l'Autore si riferisce al fatto che gli obblighi di protezione gravano in modo permanente sul l'obbligato e non possono mai essere adempiuti ma solo violati. Prosegue, tuttavia, contestando che <<Tale assunto però non appare convincente, in quanto generalizza un carattere che si riscontra in taluni obblighi di protezione >>.

3.1 *La nascita e l'evoluzione delle obligations de sécurité in Francia.*

La categoria francese dei doveri di protezione non trae origine dalle teorie dei giuristi tedeschi⁽⁶⁸⁾, ma si sviluppa nelle aule dei tribunali⁽⁶⁹⁾: infatti, una volta riconosciute nell'ambito del contratto di trasporto di persone le *obligations de sécurité* a carico del vettore, queste hanno trovato applicazione in moltissime altre fattispecie contrattuali.

In realtà, la diffusione in Francia della suddetta categoria è stata determinata dalla rigida demarcazione tra l'ambito di operatività della responsabilità contrattuale e quello della responsabilità aquiliana, con il divieto assoluto di cumulo dei due tipi di azione⁽⁷⁰⁾.

Invero, sino alla prima metà del diciannovesimo secolo, i danni che si verificavano ad uno dei contraenti nell'esecuzione dell'obbligazione assai frequentemente impegnavano il debitore e a titolo di responsabilità extracontrattuale⁽⁷¹⁾. Così accadeva per i danni provocati dal medico negligente al suo paziente, dal notaio per colpa professionale al suo cliente, dall'avvocato, dall'architetto e in generale da chi svolgeva una libera professione. Allo stesso modo erano assoggettati alla responsabilità aquiliana i

⁽⁶⁸⁾ Il riferimento, com'è ovvio, è alle teorie di Staub e Stoll.

⁽⁶⁹⁾ Per una disamina in termini generali del diritto delle obbligazioni nell'ordinamento francese cfr. TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civ. il. Les obligations*, Paris, 2000, p. 449.

⁽⁷⁰⁾ Sull'argomento MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 92 ss.; PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ.*, 1984, p. 48 ss.

⁽⁷¹⁾ Sull'argomento MONATERI, *op. cit.*, p. 47 ss.; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 158.

danni occorsi nell'esecuzione dei contratti di locazione, comodato, mandato ed agenzia ⁽⁷²⁾.

In tali rapporti negoziali, l'inadempimento (ovvero l'inesatto adempimento) costituiva sempre un illecito e, dunque, era fonte di responsabilità extracontrattuale: da tale inquadramento dogmatico deriva che la responsabilità nel diritto civile era unica e l'oggetto <<contrattuale>> identificava solo una *species* del *genus* della responsabilità aquiliana ⁽⁷³⁾.

Tale impostazione teorica, tuttavia, non era affatto gradita dalla dottrina francese, la quale sosteneva l'assoluta estraneità della responsabilità aquiliana dall'ambito dei rapporti contrattuali ⁽⁷⁴⁾.

Ciò in forza del fatto che contratto e torto hanno ciascuno la propria funzione e la propria area di applicazione: in particolare, l'illecito – fuori dai casi in cui costituisca reato – non deve interferire con l'inadempimento ⁽⁷⁵⁾.

Tale autonomia degli istituti - cui accede la regola della non cumulabilità delle azioni contrattuali ed extracontrattuali - deriva dalla considerazione che nel sistema di diritto francese gli articoli 1382 e seguenti del codice civile tutelano le fattispecie di danno senza convenzione, mentre gli

⁽⁷²⁾ Sull'argomento MONATERI, *o. cit.*, p. 48; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 159, il quale riporta i seguenti casi giurisprudenziali: per i notai, Req. 28 dicembre 1910, in *DP*, 1911, 1, p. 451; Req. 9 gennaio 1907, in *DP*, 1910, 1, p. 215; per gli avvocati, 8 giugno 1901, in *DP*, 1903, 1, p. 344; per gli architetti, Cass. I re civ., 16 maggio 1904, in *D.*, 1905, 1, p. 352; Req. 15 giugno 1863, in *S.*, 1863, 1, p. 409.

⁽⁷³⁾ Sull'argomento MONATERI, *op. cit.*, p. 56 – 58.

⁽⁷⁴⁾ ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, Bruxelles, 1850, p. 446 ss.

⁽⁷⁵⁾ ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile*, in *Riv. trim.*, 1934, p. 345 ss.; cfr., ancora, LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 160.

articoli 1136 e seguenti quelle di danno che derivano proprio dalla stipulazione di un negozio giuridico ⁽⁷⁶⁾.

Quindi, secondo la dottrina francese l'autonomia della volontà delle parti trovava tutela nella disciplina della responsabilità *ex contractu* e a nulla serviva l'indebito ricorso all'istituto della responsabilità aquiliana, operato dalla giurisprudenza nell'ipotesi di inadempimento.

La teoria delle *obligations de sécurité*, seppur nata quale strumento per arginare le interferenze dell'illecito civile nei rapporti tra contraenti, si è ben presto affrancata da tale finalità e gli studi in tale materia hanno posto in rilievo la presenza di doveri di protezione, non solo in forza del regolamento negoziale, ma anche della legge. Anzi, come meglio vedremo *infra*, la giurisprudenza francese afferma proprio la natura legale degli obblighi di protezione, in ciò affiancandosi alla conclusione raggiunta dalla dottrina tedesca.

Ma procediamo con ordine: abbiamo detto che le *obligations de sécurité* sono state affermate per la prima volta con riferimento al contratto di trasporto di persone. Infatti, in Francia il regime della responsabilità nel contratto di trasporto era diverso a seconda che si trattasse di cose ovvero di persone: i danni alla merce trasportata impegnavano il vettore a titolo di responsabilità contrattuale, mentre i danni occorsi alla persona del passeggero lo impegnavano a titolo di responsabilità extracontrattuale.

⁽⁷⁶⁾ Per L'AMBO, *op. ult. cit.*, p. 160, «Negli argomenti impiegati a sostegno della regola del non-cumulo troviamo sia il principio dell'autonomia della volontà, con il quale si vuole che il contratto costituisca un < monde clos >, sia la ragione sistematica dei due strumenti di tutela (...)».

La Corte di Cassazione francese, rilevando questa disparità di trattamento, ha affermato che il vettore assume, con l'impegno di trasferire il passeggero da un luogo ad un altro, anche l'obbligo di salvaguardarne l'incolumità fisica durante il viaggio⁽⁷⁷⁾.

Il vettore con la stipulazione del contratto di trasporto garantisce non solo l'esecuzione della prestazione di trasferimento, ma si obbliga anche ad eseguire il trasporto in condizioni di sicurezza per il passeggero e per le cose che esso ha con sé; quindi, in caso di sinistro occorso al viaggiatore, quest'ultimo non deve provare la colpa del vettore, ma solo offrire contezza del fatto che l'evento dannoso è accaduto durante il trasporto.

E proprio la circostanza che il sinistro deve occorrere <<durante il trasporto>> ha impegnato la giurisprudenza francese in lunghe disquisizioni⁽⁷⁸⁾.

Invero, l'obbligazione di protezione come risulta definita nella pronuncia della Cassazione francese del lontano 1911, appare come

⁽⁷⁷⁾ Cass. I re civ., 21 novembre 1911, in S. 1912, 1, p. 72. In senso conforme, Cass. I re civ., 27 gennaio 1913, in S. 1913, p. 177.

⁽⁷⁸⁾ In realtà, come osserva bene BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 13447 – 1348, nel dibattito francese intorno alle *obligations de sécurité* rimaneva aperto il problema del loro fondamento <<non apparendo sufficienti le ragioni di ordine equitativo addotte dalla giurisprudenza>>.

Osserva, al riguardo, l'Autore che <<In effetti questo problema è stato piuttosto trascurato [dalla dottrina francese, n.d.r.] (...) Con particolare cura, invece è stata esaminata la questione se, nel caso di violazione di un'obbligazione di sicurezza, spetti al danneggiato provare la colpa del danneggiante. Per gli autori francesi la soluzione di questo problema dipende dalla natura delle *obligations de sécurité*: se si configurano come obbligazioni di <<risultato>>, sarà sufficiente che il danneggiato provi il fatto oggettivo della violazione se, viceversa, si atteggianno come obbligazioni di <<mezzi>> toccherà al danneggiato la prova della negligenza, ossia della colpa. Sul punto non si è raggiunta una soluzione unica per tutte le *obligations de sécurité*, perché alcune di esse sono considerate di <<risultato>> (ad es. nel trasporto), altre di <<mezzi>> (ad es. nel contratto di cura con il medico)>>.

un'obbligazione di risultato. In realtà, i doveri di protezione, a seconda del contenuto che di volta in volta li caratterizza, possono essere identificati anche come obbligazioni di mezzi, in cui è il creditore a dover provare la negligenza del debitore nell'esecuzione della prestazione ⁽⁷⁹⁾.

E il fatto che inizialmente la Cassazione qualificasse il dovere di protezione nel contratto di trasporto quale obbligazione di risultato, ha condotto la stessa ad affermare la sussistenza della responsabilità del vettore anche quando il viaggiatore si trovava in attesa nei locali della stazione ⁽⁸⁰⁾.

Alcuni anni dopo, tuttavia, quest'ultima ha modificato le proprie convinzioni, riconoscendo che l'obbligo di protezione è un'obbligazione di risultato solo ed esclusivamente durante l'esecuzione del viaggio: così il vettore è responsabile contemporaneamente dal momento in cui il passeggero sale sul mezzo di trasporto sino all'attimo in cui vi discende ⁽⁸¹⁾, mentre è impegnato a titolo di responsabilità extracontrattuale prima e dopo l'esecuzione del trasporto.

In altre parole, secondo i giudici francesi il dovere di protezione in capo al vettore si attinge quale obbligazione di risultato durante il viaggio (e precisamente dal momento in cui il passeggero sale sul mezzo di trasporto sino alla sua discesa), mentre compete un'obbligazione di mezzi nei momenti che precedono e seguono il trasporto.

In particolare, con riferimento ad un sinistro occorso al passeggero durante l'attesa lungo la banchina, la Cassazione francese ha precisato che,

⁽⁷⁹⁾ TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *op. cit.*, p. 450.

⁽⁸⁰⁾ Cass. I re civ., 17 maggio 1961, in *RTD*, 1961, p. 689.

⁽⁸¹⁾ Cass. I re civ., 1° luglio 1969, in *D.*, 1969, p. 640.

essendo il contratto già concluso ma non ancora completamente eseguito, il vettore ha, comunque, un obbligo di protezione nei confronti del passeggero, seppur di contenuto ridotto rispetto al dovere di sicurezza che su lo stesso grava durante l'esecuzione del viaggio ⁽⁸²⁾.

La teoria delle *obligations de sécurité* come elaborata dalla giurisprudenza francese non è affatto convincente: invero, come già abbiamo sottolineato *supra*, sub nota 79, il contributo offerto dalla dottrina francese a supporto del lavoro dei giudici è stato assai scarso e ciò non ha consentito un'elaborazione chiara e lineare dell'istituto.

I giuristi francesi, difatti, hanno concentrato i loro studi soprattutto sulla qualificazione dell'obbligazione di protezione, cioè se di mezzi ovvero di risultato; ciò al fine di determinare la ripartizione dell'onere della prova tra danneggiato e danneggiante e, dunque, a sottoporre la responsabilità alle regole della sua fattispecie contrattuale ovvero di quella aquiliana ⁽⁸³⁾.

Ma la prospettiva è del tutto rovesciata: invero, prima di qualificare se un'obbligazione sia di mezzi ovvero di risultato, deve indagarsi l'esistenza di un nesso di causalità tra fatto dannoso ed esecuzione del contratto; in altre

⁽⁸²⁾ Cass. I re civ., 21 luglio 1970, in *D.*, 1970, p. 767; conforme Cass. I re civ., 7 marzo 1989, in *Bull. civ.*, I, n° 118, p. 77. Sul punto cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 163, il quale afferma che << (...) la Corte di cassazione ha deciso che l'obbligazione de sécurité-résultat gravante sul vettore non esiste se non durante l'esecuzione del contratto di trasporto, ossia a partire dal momento in cui il viaggiatore comincia a salire nel veicolo e fino al momento in cui conclude la discesa, essendo la responsabilità del vettore, fuori da questo periodo, sottoposta alla disciplina delittuale>>.

⁽⁸³⁾ BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, Paris, 2001, *passim*.

parole, deve studiarsi la fonte da cui scaturisce l'obbligo di protezione, per offrire a quest'ultimo legittima rilevanza giuridica ⁽⁸⁴⁾.

Difatti, se un nesso di causalità tra fatto dannoso e adempimento del contratto esiste, allora, siamo nell'area della responsabilità contrattuale – e possiamo iniziare ad analizzare il contenuto dell'obbligazione per determinare se essa sia di mezzi ovvero di risultato – se, invece, non vi è alcun nesso eziologico tra il fatto dannoso e il contratto, ci ritroveremo nell'area della responsabilità extracontrattuale.

Ma la dottrina francese, come anche la giurisprudenza, non hanno seguito siffatto iter logico, piuttosto hanno rivolto la loro attenzione ad un altro aspetto del rapporto obbligatorio, in base al quale hanno, poi, realizzato la tanto agognata distinzione dell'obbligazione di protezione in obbligazione di mezzi / obbligazione di risultato.

Tale aspetto riguarda la libertà di azione del creditore e la cooperazione che il debitore può, a seconda dei casi, attendersi dal primo. In questa prospettiva l'obbligo di protezione in capo al debitore si dilata e si restringe a seconda dell'ampiezza dei poteri di manovra del creditore e, quindi, della sua possibilità di cooperare con il debitore per il miglior adempimento della prestazione.

Al riguardo, la Cassazione francese ha ritenuto responsabile *ex contractu* (e la relativa obbligazione di protezione violata è stata identificata come *obligations de résultat*) il gestore di una pista di bob per i danni occorsi

⁽⁸⁴⁾ LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 163.

ad un utente del servizio (⁸⁵); ciò ha fatto affermando che la << *liberté de manoeuvre*>> del bobista è quasi nulla durante la discesa lungo la pista e, dunque, l'obbligazione di protezione, in questa fattispecie, raggiunge la "dilatazione" massima.

Diversamente, i giudici francesi hanno qualificato come obbligazioni *de sécurité - moyens* le obbligazioni di protezione e che hanno il gestore di una giostra (⁸⁶), il gestore di una scuola di equitazione (⁸⁷), il gestore di un albergo (⁸⁸) e di un club vacanze (⁸⁹) nei confronti degli utenti del servizio.

Ciò è dipeso dalla maggiore libertà di azione che, secondo i giudici francesi, avrebbe il creditore della prestazione.

Analogamente, il gestore di una teleferica è tenuto a obbligazioni di risultato, mentre il gestore di una scivovia a obbligazioni di mezzi (⁹⁰): in quest'ultimo caso, l'utente del servizio è tenuto a cooperare con il debitore affinché abbia esecuzione la prestazione (si pensi al fatto, che essendo trainato con i suoi sci il cliente della stazione sciistica deve dare la propria collaborazione attiva, in particolare alla partenza e all'arrivo della scivovia).

Numerose obbligazioni di protezione sono state rinvenute - come sempre - dalla giurisprudenza nel rapporto tra il cliente e l'agenzia di viaggi, in particolare quando questa organizza l'intero pacchetto turistico.

(⁸⁵) Cass. 1re civ., 17 marzo 1993, in *JCP*, 1993, IV, p. 1317.

(⁸⁶) Cass. 1re civ., 5 gennaio 1959, in *D.*, 1959, p. 106. Non è così, però, per il gestore di una pista di autoscontro: su quest'ultimo, infatti, secondo la giurisprudenza francese grava un'obbligazione *de sécurité - resultat* dal momento in cui l'utente si posiziona sulla vettura e sino a quando ne esce.

Gli esempi di cui nel testo sono riportati in LAMBO, *op. ult. cit.*, pag. 164 – 165.

(⁸⁷) Cass. 1re civ., 8 febbraio 1961, in *D.*, 1961, p. 476.

(⁸⁸) Cass. 1re civ., 6 maggio 1946, in *JCP*, 1946, II, p. 3236.

(⁸⁹) Cass. 1re civ., 10 febbraio 1993, in *JCP*, 1993, II, p. 1221.

(⁹⁰) Cass. 1re civ., 4 novembre 1992, in *JCP*, 1993, II, p. 22058.

Tali obblighi di protezione hanno contenuto vario, alcuni sono di sicurezza, ossia di tutela dell'incolumità psico-fisica del cliente e impegnano il *travel agent* sotto il profilo della scelta dell'albergatore, del vettore, della guida turistica (⁹¹); in Francia, si parla di *obligation de surveillance* con riferimento all'obbligo dell'organizzatore e del viaggiatore di sovraintendere alla corretta e sicura esecuzione del trasporto dei propri clienti (⁹²), ovvero alla fornitura dei servizi (in particolare quelli di ristorazione o di escursione guidata).

Altre *obligations de sécurité* riguardano le informazioni che l'agenzia di viaggio è tenuta a dare al cliente; trattasi di *obligation d'information* circa le procedure da osservare per il viaggio, i rischi che lo stesso può comportare, le condizioni climatiche e politiche del paese ospitante, eventuali scioperi del personale di volo di cui l'agenzia abbia informazione, etc.

Gli esempi potrebbero continuare riguardo a molti altri rapporti contrattuali (a mero titolo esemplificativo, obbligazioni di protezione esistono, secondo la giurisprudenza francese, nel contratto di vendita, nel contratto di

(⁹¹) Al riguardo, emblematico è il caso Cass. I re civ., 5 gennaio 1961, in *D.*, 1961, 145. La vicenda riguardava l'incidente mortale occorso a due cittadini francesi mentre venivano trasportati da un taxi a Rio de Janeiro.

I parenti delle vittime agirono in giudizio contro il proprietario del taxi, ma quest'ultimo nel corso del giudizio risultò non assicurato e del tutto insolvente. La Corte ritenne, tuttavia, responsabile dell'accaduto anche l'agenzia di viaggi per aver scelto un taxi senza essersi prima accertata dell'esistenza in capo al proprietario dello stesso di un'adeguata copertura assicurativa. L'accertamento, secondo i giudici francesi, era necessario in un paese come Rio de Janeiro in cui la RCAuto non è obbligatoria e tale accertamento, nonché l'assunzione di tutte le precauzioni del caso, doveva essere svolto dall'agenzia di viaggi.

(⁹²) Cass. I re civ., 29 gennaio 1991, in *Bull. civ.*, 1991, I, n° 40, p. 24. E ancora, Cass. I re civ., 23 febbraio 1983, in *D.*, 1983, p. 481: Il caso riguardava alcuni turisti francesi rimasti feriti a seguito di un incidente avvenuto con l'autobus sul quale venivano trasportati. La Corte di Cassazione francese ha ritenuto responsabile il *tour operator* non per la scelta del vettore (che è stata ritenuta diligente), ma per non aver esercitato alcun controllo nella fase di esecuzione del servizio di trasporto.

stage, in quello di organizzazione di eventi;⁹³): tuttavia, ai fini del presente studio è importante sottolineare che, nonostante le *obligations de sécurité* non siano state, nell'esperienza francese, oggetto di notevole attenzione da parte della dottrina, esse, comunque, risultano costantemente presenti nelle pronunce dei giudici francesi e godono di una loro "relativa" autonomia.

Con ciò intendo dire che le obbligazioni di protezione nell'ordinamento francese non sono legate al contratto, ma hanno fonte nella legge; esse, anzi sono concepite come <<effetti integrativi del contratto>> (⁹⁴), originate dalla legge.

Il che rappresenta il punto di maggior contatto tra l'elaborazione francese degli obblighi di protezione e la teoria elaborata in Germania (⁹⁵).

(⁹³) Con riferimento alle obbligazioni di protezione gravanti sul venditore cfr., Cass. I re civ., 14 febbraio 1979, in *Bull. civ.*, II, n° 51, p. 37; Cass. I re civ., 11 dicembre 1990, *ivi*, I, n° 289, p. 203; Cass. I re civ., 15 ottobre 1996, *ivi*, I, n° 534, p. 248; Cass. I re civ., 3 marzo 1998, *ivi*, I, n° 95, p. 63.

Con riguardo a quelle gravanti sull'organizzatore di *stage* cfr., Cass. I re civ., 7 novembre 1984, in *Bull. civ.*, I, n° 297, p. 253; mentre per quelle gravanti sull'organizzatore di eventi v. Cass. I re civ., 11 febbraio 1975, *ivi*, I, n° 59, p. 54; Cass. I re civ., 29 novembre 1989, *ivi*, I, n° 371, p. 349; App. Lyon, 16 dicembre 1988, in *JCP*, 1990, II, 21510.

Ulteriori esempi sono riportati da LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 168 – 169.

(⁹⁴) LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 170.

(⁹⁵) BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 1348 – 1349, il quale ha evidenziato gli aspetti comuni dell'evoluzione dell'istituto in Francia e in Germania: <<Invero le due dottrine, sebbene si siano ignorate a vicenda, presentano i seguenti punti in comune:

- a) *entrambe sono ispirate da decisioni giurisprudenziali dovute ad esigenze pratiche;*
- b) *sia i doveri di protezione che le obbligazioni di sicurezza sono fondate sul principio della buona fede;*
- c) *le due categorie di doveri sono assoggettate alla stessa disciplina in ordine all'onere della prova.*

La sostanziale affinità della teoria dei <<doveri di protezione>> con quella delle obligations de sécurité riveste importanza in sede di valutazione critica, perché appare significativo che due correnti dottrinali siano giunte in modo autonomo al medesimo risultato>>.

3.2 *I duties of care inglesi.*

I sistemi di *common law* non conoscono, per ragioni storiche e concettuali, un diritto delle obbligazioni come è concepito dai giuristi continentali; in primo luogo, la scarsa dimestichezza dei giuristi inglesi con le categorie cristallizzate del diritto continentale non ha consentito di elaborare una definizione in termini astratti del concetto di obbligazione; in secondo luogo, le disquisizioni intorno all'istituto dell'obbligazione non si sono mai spinte oltre la distinzione fra *contract* e *tort* ⁽⁹⁶⁾.

Inizialmente, nel diritto inglese tale distinzione non esisteva, tutte le fattispecie di danno venivano ricondotte all'area dell'illecito ⁽⁹⁷⁾; successivamente, nacque il concetto di *assumpsit*, col quale si soleva indicare l'impegno assunto unilateralmente dal debitore di eseguire una determinata prestazione.

L'azione concessa per il mancato adempimento dell'obbligo assunto prese il nome di *action of assumpsit* ⁽⁹⁸⁾: quest'ultima fu, poi, concessa a tutela di ogni ipotesi di violazione dell'obbligazione.

⁽⁹⁶⁾ Al riguardo, v. BENSON, *The Theory of Contract Law*, Cambridge, 2001, p. 18 ss.; ALPA – DELFINO, *Il contratto nella common law inglese*, Padova, 1997, p. 10 ss.; SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 131 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974, p. 87 ss., tradotto in italiano a cura di G. Alpa e A. Fusaro, *La morte del contratto*, Milano, 1989. All'Autore deve essere attribuita la paternità dell'espressione *contort*, termine con il quale egli indicava la commistione che esisteva tra contratto e torto quali fonti dell'obbligazione.

⁽⁹⁸⁾ L'*action of assumpsit* sostituì l'*action on the case*, concessa per il mancato rispetto della promessa.

Con l'abolizione nel 1873 del formalismo delle azioni (*Judicature Acts*; ⁹⁹), la distinzione tra *contract* e *tort* acquistò rilievo non più solo sul piano processuale, ma anche su quello sostanziale.

In particolare, i giuristi inglesi riconobbero l'importanza dell'elemento volitivo nell'assunzione dell'obbligazione, fondando su tale requisito il *discrimen* tra contratto e torto (¹⁰⁰); essi riconobbero, inoltre, che il contratto non poteva essere inteso solo come insieme di obblighi pattuiti dalle parti, ma a lui era dell'altro (¹⁰¹). Ciò derivava – sempre secondo i giuristi inglesi – dall'esigenza dei contraenti di preservare, nelle modalità di esecuzione del contratto, l'integrità delle rispettive sfere personali e patrimoniali.

Questi obblighi – che la dottrina e la giurisprudenza inglesi hanno ribattezzato *duties of care* – traggono origine dalla legge, dagli usi e dai principi commerciali, dalla ragionevolezza e dalla buona fede. Ed è nota l'importanza che in un sistema non codificato come quello di *common law* assumono tanto i principi generali, quanto gli usi e le prassi dei traffici commerciali.

(⁹⁹) Tra il 1873 e il 1875 l'Inghilterra conobbe un periodo di grandi riforme nell'ordinamento giuridico, realizzate con i *Judicature Acts*. In particolare, terminò l'era dei *Writs* e le competenze del *Common Law* e dell'*Equity* furono riunite: ciascun giudice era competente nell'applicazione sia delle norme derivanti dal primo che dal secondo indistintamente.

Vennero, poi, istituite le *County Courts* e gli *Special Tribunals*, con compiti di risolvere le controversie tra cittadini e tra cittadini e stato; nella capitale fu, inoltre, definita e organizzata la *Supreme Court Of Judicature* composta in primo grado dalla *High Court Of Justice* e nel secondo grado dalla *Court Of Appeal*. Cfr. testo di diritto privato comparato.

(¹⁰⁰) Cfr. WINFIELD, *The Province of Tort*, Cambridge, 1931, p. 380.

(¹⁰¹) GILMORE, *op. cit.*, p. 62 ss.

In particolare, i *duties of care* riguardano la cooperazione delle parti per la realizzazione del contratto (¹⁰²); ovvero l'assunzione di particolari cautele, richieste dal caso di specie, nell'esecuzione del contratto al fine di preservare la sfera giuridica altrui (¹⁰³).

Ad esempio, l'organizzatore di una *stock-car race* è vincolato, *ex contractu*, ad una serie di *duties of care* finalizzati alla tutela dell'integrità fisica e patrimoniale dello spettatore (¹⁰⁴) e del partecipante alla gara (¹⁰⁵): così

(¹⁰²) Cfr. il caso *Sim v. Rot herham Metropolitan Borough Council* (1986) All. E.R. 387, nel quale gli insegnanti di una scuola secondaria avevano agito contro l'amministrazione competente per contestare l'obbligo imposto agli stessi di eseguire delle supplenze per i colleghi assenti. Secondo i docenti inglesi, infatti, questo dovere, non risultando dal contratto di lavoro, non poteva essere azionato dall'amministrazione. La Corte inglese ritenne, invece, che tale obbligo fosse presente nel contratto di lavoro, quale dovere implicito collegato all'obbligo esplicito di prestare il servizio di insegnamento per il numero di ore previsto e nel rispetto dell'orario di lavoro stabilito dall'amministrazione.

Per ulteriori approfondimenti, v. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 175, il quale riporta anche un altro caso legato al *duty of care* di cooperazione.

(¹⁰³) V. il caso *The Moorcock* (1889) 14 P.D. 64, riportato da LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 176, *sub nota* 73: <<La vicenda riguardava un contratto col quale veniva concesso al proprietario di una nave, denominata Moorcock, un ormeggio sul Tamigi al fine di scaricare la merce trasportata. Purtroppo il pontile si trovava in una zona del fiume dove l'acqua era notoriamente bassa, sicché nel corso delle operazioni di scarico svolte durante la bassa marea la nave si arenò, subendo danni alla chiglia. Il proprietario dell'imbarcazione convenne in giudizio i titolari del molo, i quali contestarono la domanda di risarcimento dicendo di non aver assunto l'obbligo di garantire la sicurezza dell'attracco.

La corte condannò i convenuti rilevando che proprio per conseguire appieno il risultato utile del contratto stipulato, era implicito in questo il patto per il quale i titolari del molo garantivano la sicurezza dell'ormeggio e che pertanto, essendo notorio il livello basso del fiume nella zona di attracco, essi erano tenuti ad informare la controparte sul rischio di arenamento in cui la nave sarebbe andata incontro>>.

(¹⁰⁴) Cfr. *White v. Blackmore* (1972) 2 Q.B. 651.

(¹⁰⁵) Cfr. *Watson v. British Boxing Board of Control Ltd.* (2001) Q.B. 1134. E ancora, secondo i giudici anglosassoni l'organizzatore di eventi sportivi è responsabile per i danni arrecati ad uno spettatore da un altro spettatore o da una persona terza. In questo caso, il *duty of care* impone all'organizzatore dell'evento sportivo, considerata l'animosità dei tifosi e in relazione all'importanza dell'evento stesso, di limitare l'ingresso delle persone, ovvero di segnalare alla sicurezza eventuali persone considerate pericolose e/o violente. Cfr. il caso *Cunningham v. Reading Football Club Ltd.*, *The Times*, 20 March 1991.

Con riguardo alla responsabilità dell'organizzatore di eventi e gare sportive, cfr. *infra* § 2.2, sulla responsabilità, nell'ordinamento italiano, dell'organizzatore di gare di bob.

deve installare sistemi di protezione ai bordi della pista, deve prevedere la presenza costante di un presidio medico, deve evitare eventuali “sconfinamenti” del pubblico negli spazi riservati agli atleti, deve offrire un sistema di sicurezza adeguato contro i furti e gli incendi.

Anche il *tour operator* è obbligato nei confronti del *customer* ad accertarsi che l’hotel e i servizi prenotati per la vacanza rispettino gli *standard* di sicurezza e qualitativi richiesti⁽¹⁰⁶⁾, che non vi siano pericoli per la salute del viaggiatore e, se vi dovessero essere, è obbligato ad informare prontamente il cliente⁽¹⁰⁷⁾.

In conclusione, si può riscontrare come anche nell’ordinamento giuridico inglese – e, più in generale, nei sistemi di *common law* – esista la categoria degli obblighi di protezione e come questa goda di una sua autonomia, determinata, in primo luogo, dalla circostanza che i *duties of care* scaturiscono dalla legge e, in secondo luogo, dal carattere essenzialmente

Infine, la giurisprudenza ritiene che l’organizzatore di eventi sia responsabile anche delle attrezzature e degli impianti tecnici messi a disposizione degli utenti del servizio. Per il crollo di un’impalcatura cfr. *Brown v. Lewis* (1896) 12 T.L.R. 445.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *Wilson v. Best Travel Ltd.* (1993) 1 All. E.R. 353.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *Davey v. Cosmos Air Holidays* (1989) C.L.Y. 327. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, ancora, a LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 178 – 179, il quale Autore riporta alcuni esempi di *duties of care* riferibili al rapporto medico-paziente: <<Anche il rapporto contrattuale tra il medico e il paziente è corredato a una serie di doveri impliciti di cura per garantire in primo luogo l’integrità fisica di quest’ultimo. Il medico ha il dovere di eseguire il trattamento osservando lo standard professionale necessario in base alle circostanze concrete; ha il dovere di impiegare tutti gli sforzi possibili nell’esecuzione del trattamento medico; ha il dovere di vigilare e controllare tecnicamente le attrezzature e gli impianti utilizzati nei confronti del paziente; ha lo specifico dovere di redigere la cartella clinica, menzionando i trattamenti sanitari applicati al paziente; è tenuto a sottoporre il paziente a tutte le indagini di laboratorio che sono opportune in base al quadro clinico esistente; ha il dovere di informare compiutamente il paziente dei benefici e dei rischi del trattamento; è tenuto inoltre a non abbandonare senza una valida ragione il trattamento intrapreso>>.

indipendente rispetto alle vicissitudini del contratto che la giurisprudenza inglese ha ritenuto di attribuirle.

CAPITOLO II

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: DALLE TEORIE DI BETTI E MENGONI AI RECENTI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI.

SOMMARIO: 1.1 L'introduzione della categoria nel nostro ordinamento: l'evoluzione del concetto di obbligazione. – 1.2 Una lettura costituzionalmente orientata della clausola di correttezza. – 1.3 L'art. 1175 cod. civ. quale fonte degli obblighi di protezione. Il rapporto con gli artt. 1176 e 1375 cod. civ. – 2.1 La funzione degli obblighi di protezione e il loro rapporto con l'obbligo di prestazione. - 2.2 L'attrazione degli obblighi di protezione nell'area della responsabilità extracontrattuale: critica. - 2.3 *Segue*: critica al primato ricoperto nel nostro ordinamento dalla responsabilità aquiliana. La riconduzione degli obblighi di protezione entro l'area della responsabilità contrattuale. – 3.1 La tipizzazione degli obblighi di protezione. – 3.2 *Segue*: il nesso eziologico tra violazione del dovere di protezione e rapporto obbligatorio. – 3.3 *Segue*: l'applicazione nella giurisprudenza italiana dell'istituto degli obblighi di protezione.

1.1 *L'introduzione della categoria nel nostro ordinamento: l'evoluzione del concetto di obbligazione.*

La categoria giuridica degli obblighi di protezione è stata proposta per la prima volta in Italia dai giuristi Emilio Betti ⁽¹⁰⁸⁾ e Luigi Mengoni ⁽¹⁰⁹⁾.

Gli Autori hanno assunto quale base dei propri studi la teoria elaborata da Stoll, ritenendo che la stessa potesse essere valida al di là dei confini della Germania e a prescindere dalla ragione pratica che ne aveva ispirato l'elaborazione (e cioè, come abbiamo visto *infra*, dover sopperire alle insufficienze del BGB in materia di responsabilità da inadempimento; ¹¹⁰).

È stato rilevato come nel nostro ordinamento giuridico esiste una norma, l'art. 1175 cod. civ., che analogamente al § 242 BGB (*ante* riforma del 2002) costituisce un supporto normativo adeguato per sostenere logicamente e giuridicamente la teoria elaborata da Stoll.

Invero, gli Autori muovono dalla considerazione che anche in Italia – come nel resto dei paesi europei – il concetto di obbligazione ha avuto un processo di “modernizzazione” e le basi normative di tale processo si rinvennero tutte nel codice civile del 1942: invero, contrariamente a quanto sostenuto dal legislatore italiano nella Relazione al libro IV (Delle obbligazioni), nella quale si afferma che la disciplina delle obbligazioni non si distacca dal modello romano, il codice civile del '42 è disseminato di norme

⁽¹⁰⁸⁾ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit.

⁽¹⁰⁹⁾ MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>*. (*Studio critico*), cit.

⁽¹¹⁰⁾ BENATTI, *Doveri di protezione*, cit., p. 222.

che, soprattutto se lette in combinato disposto tra loro, offrono un concetto assolutamente nuovo di obbligazione ⁽¹¹¹⁾.

Il riferimento è, anzitutto, al succitato art. 1175 cod. civ., cioè alla clausola generale della correttezza che si affianca agli artt. 1173 e 1174 cod. civ. nel delineare i confini del rapporto obbligatorio ⁽¹¹²⁾.

E proprio in forza della suddetta clausola che, secondo la dottrina prevalente, trovano cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico gli obblighi di protezione, i quali << *accedono al rapporto obbligatorio in vista dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dalla specifica possibilità di danno derivante dalla particolare relazione costituitasi fra i due soggetti*>> ⁽¹¹³⁾.

L'introduzione della regola della correttezza, riferita genericamente al rapporto obbligatorio e non solo al contratto, come, invece, accadeva nel

⁽¹¹¹⁾ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 151, il quale osserva che << *Se la concezione dell'obbligazione fosse ancora quella di radice romanistica che proprio alla prestazione la riduceva, certo per la violazione di obblighi altri da quest'ultima non si potrebbe neanche parlare di responsabilità contrattuale. Ma la teoria moderna è da tempo andata oltre l'identificazione del rapporto obbligatorio con l'obbligo di prestare, rilevando la presenza di obblighi altri che, per così dire, fanno corona alla prestazione in funzione di tutela di interessi ulteriori di ciascuna delle parti messi in modo particolare (cioè in misura più spiccata ed intensa) a repentaglio dall'attuazione del rapporto stesso*>>.

Ho già sottolineato *supra*, Capitolo I, § 1.2, che nel diritto romano l'obbligazione, seppur fondata sull'obbligo di prestazione, contemplava l'esistenza di obblighi altri e, dunque, anche allora il rapporto obbligatorio era concepito come una struttura assolutamente non monolitica, ma dotata di una sua complessità.

⁽¹¹²⁾ Cfr. T. RABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 495, secondo il quale << *il sistema che deriva dall'inserzione razionale delle nuove norme, i principi che se ne ricavano, e la presenza di numerosi rinvii a fattori etici ed equitativi, ci presentano un diritto profondamente mutato rispetto al precedente, e proprio nelle sue strutture essenziali o più significative: così da richiedere nell'interprete l'impiego di adeguati nuovi criteri*>>.

In secondo luogo, depongono a favore dell'esistenza degli obblighi di protezione gli artt. 1681 e 2087 cod. civ., su quali torneremo diffusamente *infra*.

⁽¹¹³⁾ MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 368.

codice previgente (cfr. art. 1124), ha portato gli studiosi italiani (¹¹⁴) ad una revisione sostanziale del suddetto rapporto, il cui scopo è non solo quello di realizzare l'interesse alla prestazione, ma anche quello di tutelare la sfera personale e patrimoniale di ciascuna delle parti del rapporto, esposta allo specifico rischio di danno determinato dalla relazione particolare tra le stesse instaurata (¹¹⁵).

Analogamente a quanto accade in Germania con le dottrine di Staub e, successivamente, di Stoll, anche in Italia l'*obligatio* si arricchisce di contenuto; essa non ha più ad oggetto la sola prestazione, ossia la soddisfazione dell'interesse verso un bene o un servizio, ma ha anche ad oggetto la salvaguardia di beni e di valori altrui, non necessariamente legati alla prestazione (¹¹⁶).

Questi altri "beni o valori" spesso non risultano dal contratto ovvero dall'obbligo unilateralmente assunto dal debitore, ma sono considerati impliciti al rapporto che si instaura tra le parti. E ciò è possibile solo grazie alla clausola

(¹¹⁴) Ci riferiamo *in primis*, come detto, a Emilio Betti e Luigi Mengoni, ma anche a FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 52 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, p. 148 ss.

(¹¹⁵) BETTI, *op. ult. cit.*, p. 66; MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 368.

(¹¹⁶) BETTI, *op. ult. cit.*, p. 67. L'Autore afferma che i rapporti obbligatori, così come modernamente concepiti << non soltanto portano ad esigere da coloro che ne sono soggetti un contengo di cooperazione, secondo le di rettive in cui questo contengo è dovuto per il soddisfacimento dell'interesse altrui, per appagar e il dovere – avere altrui; ma inoltre portano, questi rapporti, anche a mettere in giuoco un interesse e della controparte, un interesse che potremmo designare come interesse all'integrità della propria sfera giuridica; interesse quest'ultimo, che non viene tanto appagato o con un comportamento positivo, quanto fatto salvo con un contengo negativo per cui ci si astiene dal ledere al sfera di interessi della controparte contraente nella misura in cui essa sia soggetta alla nostra ingerenza>>.

di correttezza di cui a l'art. 1175 cod. civ., fonte di obblighi accessori di protezione per entrambe le parti del rapporto ⁽¹¹⁷⁾.

Tale ricostruzione del rapporto obbligatorio e la conseguente introduzione e legittimazione degli obblighi di protezione nel nostro ordinamento giuridico è stata ampiamente criticata da una parte della dottrina italiana, la quale ha rilevato l'inutilità dei doveri di protezione nel nostro sistema, stante la nozione particolarmente ampia di inadempimento contenuta nel codice civile ⁽¹¹⁸⁾.

Le obiezioni muovevano dalla considerazione che la categoria dei doveri di protezione avesse una sua utilità solo oltralpe, laddove il concetto di inadempimento comprendeva esclusivamente le fattispecie di impossibilità della prestazione e di ritardo, ma fosse del tutto superflua nell'ordinamento italiano, ove l'inadempimento è riferibile a tutti i casi in cui il debitore nell'esecuzione della prestazione si sia discostato dall'obbligo assunto.

In particolare, fu Ugo Natoli a contestare la teoria degli obblighi di protezione, affermando che, quanto ai doveri di conservazione, essi sono null'altro che << *momenti, nei quali si specifica l'obbligazione principale;*

⁽¹¹⁷⁾ In realtà la considerazione che vi fossero obblighi accessori oltre all'obbligo di prestazione era stata proposta in Italia prima ancora dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 e, dunque, della ricostruzione del rapporto obbligatorio come relazione complessa. Il riferimento è a d'ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 359 ss., il quale sottolinea che << *il debitore di un'obbligazione è tenuto a tutte le obbligazioni accessorie che rappresentano il mezzo necessario per il raggiungimento dello scopo economico dell'obbligazione principale. (...) le obbligazioni accessorie cui si allude devono essenzialmente comprendere l'obbligazione di curare l'incolumità della persona umana durante l'intero svolgimento della rapporto*>>.

⁽¹¹⁸⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 18; BIGLIAZZI GERI, (sub voce) *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto- Discipline Privatistiche*, II, Torino, 1988, p. 177 ss.

invero, tutte le volte in cui l'attuazione del rapporto coinvolge la persona di una parte, appartiene all'essenza della prestazione che essa si svolga in modo da salvaguardare l'integrità della persona del creditore>> (119).

Ma la critica di Natoli non coglie nel segno, anzitutto perché il richiamo <<all'essenza della prestazione >> appare troppo generico e rischia di appiattire su sé esso tutta una serie di doveri che presentano sfumature e caratteri differenti rispetto all'obbligo di prestazione e che con esso non debbono essere confusi (120).

In secondo luogo, sono gli stessi indici normativi (e mi riferisco, ad esempio, agli articoli 1681 e 2087 cod. civ.) ad indicare la presenza nel nostro ordinamento giuridico di obblighi altrii e autonomi rispetto a quello di prestazione (121).

In particolare, l'art. 1681 cod. civ. prevede un obbligo autonomo in capo al vettore di preservare l'integrità del viaggiatore e, al riguardo, è esplicitamente prescritta la nullità delle clausole di esonero da responsabilità del vettore per i sinistri al passeggero. Tale clausola non può che riferirsi ad un'obbligazione completa ed autonoma, non essendo concettualmente accettabile che l'art. 1681, II comma, cod. civ. si riferisca solo ad un aspetto dell'obbligazione di trasporto, quello relativo alla protezione del passeggero.

(119) NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 19. Cfr. BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 223, che riporta le critiche sollevate da Natoli anche con riferimento agli articoli 1681 e 2087 cod. civ. E, ancora, sulle obiezioni mosse da Natoli v. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo, cit.*, p. 143 – 144.

(120) CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 145, il quale afferma che il richiamo alla <<natura della prestazione (...) delude le aspettative di chiarezza che avevano spinto ad adottarlo, quando si passi a vagliare l'utilizzazione di esso come categoria ermeneutica dei singoli rapporti obbligatori>>.

(121) BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 223.

Invero, nel contratto di trasporto le obbligazioni sono due, quella di trasferimento e quella di protezione e a quest'ultima è rivolta la regola sancita nel II comma dell'art. 1681 cod. civ. ⁽¹²²⁾.

E ancora, un altro indice normativo circa l'esistenza di autonomi obblighi di protezione si rinviene nella disciplina del contratto di locazione: non tanto dagli artt. 1575 e 1576 cod. civ., che delineano l'obbligazione di locazione quanto dall'art. 1580 cod. civ., norma che consente al conduttore, quando i vizi della cosa locata espongono a serio pericolo la sua salute o quella dei familiari o dipendenti, di ottenere la risoluzione del contratto *<<anche se i vizi gli erano noti, nonostante qualunque rinuncia>>*.

Ci troviamo ben al di là dei limiti dell'obbligo di prestazione che grava sul locatore, cioè far godere al conduttore la cosa locata.

L'obbligazione di protezione è, anche in questa fattispecie contrattuale, autonoma e indipendente rispetto a quella di prestazione e la sua violazione è

⁽¹²²⁾ Al riguardo, cfr. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 145, il quale critica l'impostazione seguita da Natoli nel negare validità argomentativa agli obblighi sanciti negli artt. 1681 e 2087 cod. civ.: *<<Così, quando a proposito del trasporto di persone si afferma [Natoli, n.d.r.] che <l'obbligazione del vettore non si esaurisce nel trasferimento del viaggiatore da un luogo all'altro, come sembrerebbe dedursi dall'art. 1678, giacché dall'art. 1681 ... si deduce che la prestazione in effetti consiste nel trasferimento di questo senza danno (per la sua persona o per il suo bagaglio)> si disattende chiaramente la netta distinzione normativa tra l'obbligo di prestazione e la responsabilità del vettore: dall'art. 1681 risulta infatti chiaramente la sottolineatura di una responsabilità che va al di là di quella per inadempimento della prestazione di trasporto. (...) Ma ancora più a favore di un autonomo obbligo di protezione per il trasportato persuade il 2° comma dell'art. 1681, che prevede la nullità delle clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpissero il viaggiatore. Se infatti non si dà per presupposto un autonomo obbligo di protezione, il disposto normativo di volta in volta è incomprensibile. E ciò perché una clausola quale quella in questione può riferirsi ad un obbligo nella sua interezza, non ad una parte, ad un momento di esso, come dovrebbe concludersi, invece, ove si accogliesse la tesi criticata >>*.

sanzionata con un rimedio *ad hoc*, esplicitato per l'appunto all'art. 1580 cod. civ. ⁽¹²³⁾.

..*

Sin qui ho riferito esempi relativi a fattispecie contrattuali in cui l'obbligo di protezione è espressamente previsto dalla legge, il che rende superfluo il richiamo al principio di correttezza.

La circostanza che per alcuni tipi di contratto il legislatore abbia inteso prevedere espressamente un obbligo di protezione, non deve indurci a concludere che un analogo obbligo non sussista anche in tutte le altre fattispecie contrattuali solo perché non vi è un riferimento esplicito al dovere di protezione.

Tutt'al contrario, gli obblighi di protezione sono presenti in tutti i contratti e ciò in forza della regola di cui all'art. 1175 cod. civ.: il principio di correttezza è proprio di ogni rapporto obbligatorio, ma solo per alcuni di essi è stato espressamente previsto.

Per tutti gli altri è sufficiente il richiamo alla norma ⁽¹²⁴⁾.

1.2 *Una lettura costituzionalmente orientata della clausola di correttezza.*

⁽¹²³⁾ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 146.

⁽¹²⁴⁾ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 146 – 147, *sub* nota 76.

Sin qui ho introdotto la teoria degli obblighi di protezione, cercando di dare risalto agli aspetti fondanti della stessa, nonché maggiormente suscettibili di critica da parte di coloro che, ancora oggi, negano la loro esistenza ovvero negano la loro indipendenza rispetto all'obbligo di prestazione ⁽¹²⁵⁾.

In particolare, ho evidenziato che la fonte primaria dei doveri di protezione è l'art. 1175 cod. civ., tuttavia senza dar conto del fatto che tale questione è tutt'altro che pacifica in dottrina.

Infatti, alcuni autori, pur riconoscendo agli obblighi di protezione diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, li riconducono al principio generale di cui all'art. 1176 cod. civ., e cioè alla regola di comportamento dettata per il solo debitore (il noto parametro della diligenza del buon padre di famiglia; ¹²⁶). Ma vedremo meglio *infra* come siffatto collegamento con l'art. 1176 cod. civ. non sia corretto, dovendo il rapporto obbligatorio essere osservato nel suo insieme e non solo nell'ottica del debitore della prestazione ⁽¹²⁷⁾.

Altri autori, invece, hanno sostenuto l'abrogazione dell'art. 1175 cod. civ. per effetto della soppressione del regime corporativo ⁽¹²⁸⁾; invero, tale

⁽¹²⁵⁾ GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Milano, 1993, p. 130 ss.

⁽¹²⁶⁾ MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 130; B RECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 60 ss. Tali studiosi, come detto, rinvergono la fonte dei doveri di protezione nell'art. 1176 cod. civ.; osservano, dunque, prevalentemente il rapporto obbligatorio dal lato del soggetto che è obbligato ad eseguire la prestazione.

⁽¹²⁷⁾ Tali teorie presentano notevoli punti di contatto con la dottrina delle <<violazioni positive del contratto>> elaborata da Staub e, comunque, risentono ancora di un'impostazione dell'obbligazione secondo il modello romano.

⁽¹²⁸⁾ La tesi è stata proposta da F ERRI, *Diritto degli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412. Cfr. PUGLIESE, *Relazione sul libro delle obbligazioni*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XXIV, 1950, p. 176, secondo il quale Autore <<(…) nell'intenzione dei compilatori l'art. 1175 (…) avrebbe dovuto costituire la chiave di volta del sistema; invece è appena un fessone di poco gusto collocato all'inizio del libro per dare al lettore profano la sensazione che vi avrebbe

norma ha con certezza risentito del clima politico dell'epoca, tuttavia il legislatore ha ritenuto di abrogarla solo parzialmente (è stato eliminato l'inciso <<in relazione ai principi di solidarietà corporativa>>, art. 3, d.lgs. 14 settembre 1944, n. 287; ¹²⁹), offrendo così un chiaro segnale circa la rilevanza del principio contenuto all'art. 1175 cod. civ., a prescindere dall'esistenza di un sistema corporativo (¹³⁰).

E' ovvio che nella sua formulazione originaria il principio di correttezza ha avuto quale termine di riferimento, al fine di addivenire a una determinazione concreta del suo contenuto, la solidarietà corporativa; eliminato siffatto parametro - emblema dell'ideologia fascista ormai tramontata - la regola della correttezza ha dovuto ricercare e altri parametri di riferimento,

respirato aria fascista. In realtà, ripetesì, è un elemento esteriore, per così dire, ornamentale, che non scalfisce la bontà del libro, ancorato saldamente, nelle sue linee essenziali, al sistema tradizionale del codice del 1865>>.

Ho già rilevato *supra*, § 1.1, come, diversamente da quanto sostenuto dal Pugliese, il codice civile presenti interventi importanti soprattutto nella disciplina del rapporto obbligatorio.

(¹²⁹) V., anche, MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 393, <<Il legislatore non ha avuto la mano felice quando ha soppresso l'inciso finale dell'art. 1175 (<... in relazione ai principi di solidarietà corporativa>). Sarebbe stato assai più opportuno conservare l'inciso, limitandosi a sostituire all'aggettivo "corporativa" l'aggettivo "solidale". Tuttavia la mutilazione dell'articolo, operata dal frettoloso legislatore del 1944, può oggi essere rimediata coordinando l'art. 1175 cod. civ. con l'art. 2 della Costituzione>>.

(¹³⁰) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 126, secondo il quale non bisogna confondere <<quel che è peculiare di un determinato regime politico>> con <<quel che ad esso si accompagna come portato di esigenze che vanno alla radice della occasione politica, trovando analoga anche in sistemi fondati su principi diversi>>. E non vi è dubbio che l'esplicitazione del principio di correttezza, nonché la sua riferibilità a qualunque rapporto obbligatorio, siano il risultato di una progressiva e radicale trasformazione dogmatica del concetto stesso di obbligazione. Trasformazione di cui abbiamo messo in luce i tratti salienti, anche attraverso un'analisi comparatistica con i sistemi tedesco e francese (cfr. *supra*, Capitolo II, § 1.2 e Capitolo I).

consoni alla nuova realtà sociale (¹³¹). Ciò sempre rimanendo ancorato ai dogmi del diritto positivo.

Nel 1948 entrò in vigore la Costituzione italiana che si pose quale fonte primaria e incontrastabile all'interno del sistema di diritto. Fu, dunque, inevitabile (sia con cettualmente che giuridicamente) assumere quali parametri di riferimento, ai fini della concretizzazione del precetto di cui all'art. 1175 cod. civ., le norme della Costituzione e, anzitutto, quelle che sancivano i diritti inviolabili dell'uomo.

In particolare, si considerano termini di riferimento per la determinazione del principio di correttezza gli artt. 2, 4, 36, 37 e 41 Cost. e cioè le norme deputate a regolare i rapporti tra lo Stato e cittadini e tra gli stessi consociati (¹³²).

(¹³¹) Cfr. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 37, il quale afferma che l'art. 1175 varrebbe a <<tenere avvertito il giudice della necessità che (...) egli operi in senso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare con i fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento>>. V. però, anche, LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 72 – 73, il quale avverte che <<(…) il carattere generale del concetto di correttezza non può consentire libere valutazioni all'interprete, ossia valutazioni che facciano perno sulla generica coscienza sociale dell'ambiente, e inoltre l'applicazione deve mantenersi nell'ambito fissato dal diritto positivo, evitando di provocare squilibri nel sistema, come avviene, ad esempio, nel creare situazioni di iper tutela del soggetto o nel rendere arbitrariamente incerto il confine tra l'area dell'inadempimento e quella dell'illecito>>.

(¹³²) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 192 ss. Cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 73 – 74, il quale pone a raffronto il sistema italiano e quello tedesco in merito all'adozione dei principi fondamentali quali parametri di riferimento per la determinazione del contenuto della clausola di buona fede. <<Le esperienze diverse da quella italiana attestano che le disposizioni della legge fondamentale possono essere richiamate per determinare il contenuto della buona fede oggettiva. Per quanto riguarda il diritto germanico, che nella nostra analisi si pone come antesignano degli sviluppi che possono darsi all'area della responsabilità contrattuale, non pare fondata l'obiezione che ritiene impraticabile il confronto con le elaborazioni compiute dalla scienza e dalla pratica tedesche sulla clausola di *Treu und Glauben*, per l'inesistenza nel nostro sistema di una norma di estensione pari a quella del § 242 BGB. Si può facilmente replicare che già da un raffronto del testo si nota che il gap è a vantaggio del sistema italiano, che contiene una formula molto ampia. Inoltre, a prescindere dalle formule impiegate, negare la possibilità di

Va, poi, tenuto presente che i principi sanciti nella Costituzione - come ad esempio quello della solidarietà sociale sancito dall'articolo 2 - per essere applicati alla realtà sociale, soprattutto nei rapporti tra privati, abbisognano di norme di attuazione. Ecco allora, che l'art. 1175 cod. civ. si atteggia quale specificazione, in materia di obbligazioni, del dogma della solidarietà sociale (¹³³): ciò che, da un lato, riempie di contenuto il concetto di correttezza, imponendo una valutazione del rapporto obbligatorio anche in termini di collaborazione di entrambe le parti all'adempimento, dall'altro lato, offre concretezza della rilevanza che, ancora oggi, riveste la regola di cui all'art. 1175 cod. civ., fugando così ogni dubbio circa la sua importanza tutt'altro che <<ornamentale>> (¹³⁴).

1.3 *L'art. 1175 cod. civ. quale fonte degli obblighi di protezione. Il rapporto con gli artt. 1176 e 1375 cod. civ.*

comparare in questa materia il sistema italiano con quello tedesco (...) vuol dire limitare l'indagine al solo dato positivo senza tenere conto delle applicazioni che di esso si fanno>>.

(¹³³) V. Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro it.*, Rep. 1999, sub voce *Obbligazioni in genere*, n. 25, secondo la quale <<il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la relazione ministeriale al codice civile, <richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore>, operando, quindi, come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla carta costituzionale, deve essere in tesi come una specificazione degli <inderogabili doveri di solidarietà sociale> imposti dall'art. 2 cost.; la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge>>. Cfr., conformi, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, *ivi*, 1995, I, p. 1296; Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, *ivi*, Rep. 1993, sub voce *Contratto in genere*, n. 354; Cass. 18 febbraio 1986, n. 960, *ivi*, Rep. 1986, sub voce *Contratto in genere*, n. 151.

(¹³⁴) Il riferimento è alla critica mossa da PUGLIESE, *op. cit.*, p. 176, cfr. sub nota 129.

Nel paragrafo precedente ho messo in evidenza la circostanza che l'art. 1175 cod. civ. costituisce la fonte degli obblighi di protezione; ho, inoltre, sottolineato come la questione della riconducibilità dei doveri di protezione alla clausola della correttezza non sia affatto pacifica. Come detto, ciò è dipeso, anzitutto, dalla critica mossa, da una parte della dottrina, alla suddetta norma, considerata mero ornamento a seguito della soppressione dell'inciso riguardante la solidarietà corporativa.

In seconda istanza, ciò deriva dalla convinzione di tali autori che fonte degli obblighi di protezione sia non il principio di correttezza, bensì quello della diligenza del buon padre di famiglia, esplicitato dall'art. 1176 con esclusivo riferimento alla figura del debitore della prestazione⁽¹³⁵⁾.

Tale teoria considera la tutela dell'interesse di protezione come funzione propria della diligenza e, dunque, rinviene, nell'obbligo sancito dall'art. 1176 la fonte dei doveri di protezione⁽¹³⁶⁾.

Come già accennato *supra*, § 1.2, siffatta prospettiva è miope, in quanto considera il rapporto obbligatorio solo dal lato passivo dell'obbligazione, senza tenere presente la natura complessa del rapporto obbligatorio e la necessaria correlazione con il principio di correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ.⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁵⁾ MAJELLO, *op. cit.*, p. 130; BRECCIA, *op. cit.*, p. 60 ss.

Mentre per NATOLI, *op. cit.*, p. 17, è accolta la teoria dei doveri di protezione, si dovrebbe <<constatare un certa confusione per così dire di competenza tra le norme degli artt. 1175 e 1176>>.

⁽¹³⁶⁾ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 149.

⁽¹³⁷⁾ Cfr., ancora, CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 148, secondo il quale <<(…) lo stesso art. 1176, riferendosi inequivocabilmente al solo debitore, così come non tiene alla prova d'inserimento in esso dei doveri di protezione (sia pure intesi come doveri autonomi) non sopporta neppure che ad esso si faccia capo per fondare la protezione

Invero, riconoscere che fonte degli obblighi di protezione è la diligenza significa creare un' iniqua sperequazione tra il creditore e il debitore della prestazione: infatti, i danni arrecati dal debitore alla sfera personale o patrimoniale del creditore, lo imputerebbero sotto il profilo della responsabilità contrattuale, mentre per quelli cagionati dal creditore al debitore si potrebbe parlare solo di responsabilità extracontrattuale, non essendo quest'ultimo vincolato da un analogo dovere di diligenza, ma essendo semplicemente tenuto al rispetto della regola del *nemine laedere* ⁽¹³⁸⁾.

Il che appare, anche solo concettualmente, inaccettabile: si giungerebbe, infatti, ad affermare che per la violazione di un medesimo bene o interesse della vita due soggetti rispondono in maniera differente a seconda del ruolo che, in forza del *vinculum iuris* dagli stessi creato, essi ricoprono e cioè di debitore, ovvero di creditore.

Si rileva, poi, che oltre a non potersi, per le ragioni su esposte, accogliere la teoria che rinviene nella diligenza la fonte degli obblighi di

della controparte concepita come momento della stessa diligenza ... >>. V., anche RODOTÀ, *op. cit.*, p. 158 ss.

⁽¹³⁸⁾ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 149, il quale rileva come la suddetta disparità di trattamento << non può che apparire incongruo [a, n.d.r.], prima che su un piano sostanziale sul piano formale, perché la constatata sperequazione disattende, senza una ragionevole giustificazione, quella coesistente parità tra le parti rispetto alla violazione di uno stesso interesse >>.

Cfr. BENATTI, *Osservazioni in tema di <<doveri di protezione>>*, *cit.*, p. 1350 – 1351, il quale propone il seguente esempio: <<Si pensi a chi entra in un bar per bere una birra e poi rompa il bicchiere: perché non si dovrebbe configurare la violazione di un dovere di protezione posto a tutela del debitore e perché questa ipotesi dovrebbe essere trattata diversamente da quella in cui il cliente si ferisce un labbro a causa di una screpolatura del bicchiere? E ciò non contraddirebbe ad una direttiva del nostro legislatore la quale ha i suoi caposaldi negli artt. 1175, 1337, 1375 c.c.? Del resto numerosi doveri di protezione imposti al creditore sono stati oggetto di espressa previsione normativa: si vedano al riguardo gli artt. 1227 cp v., 1785, 1913, 1915, 2087 c.c.; 524 e 525 c. nav.>>.

protezione, ne mmeno può legittim amente prospettarsi un problem a di <<confusione>> tra gli ambiti di applicazione degli artt. 1175 e 1176 cod. civ., come sostenuto da Natoli e evidenziato *supra, sub* nota 136.

Infatti, il p rincipio di i correttezza e que llo di diligen za occupano concettualmente e giu ridicamente aree d ifferenti; la co rrettezza è para metro oggettivo più a mpio rispetto alla dilig enza ed è rivolta all'intero rap porto obbligatorio e ad ogni sua fase.

La diligen za è m isura dell'e secuzione della presta zione, attien e a l momento dinam ico del rappor to obbligatorio e si *offre* com e para metro da tenere in considera zione nell'a ttuazione dell'obbligazione (il riferim ento è al <<buon padre di famiglia>>; ¹³⁹).

Essa non assurge, né mai potrebbe, a misura del rapporto obbligatorio – se così fosse il rapporto vi vrebbe in una situazione di indeterminatezza sino a quando non fosse eseguita la prestazione -.

Compito, quest'ultimo, che, invece, svolge il principio di correttezza.

..*

(¹³⁹) BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 1351 - 1352, il quale rileva che << non pare che il significato dell'art. 1176 sia quello indicato dalla teoria in esame, in quanto tale significato contrasta con le norme che all'art. 1176 si riconducono: articoli 382, 1710, 1961, comma 2°, 2104 e 2174 c.c. Si consideri ad esempio l'art. 1710, comma 1°, <<il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia>>. E' evidente che, per questa norma, la diligenza rappresenta un criterio per controllare se l'attività svolta dal m andatario costituisca esatto adempimento della sua obbligazione; mentre non avrebbe senso sostenere che l'art. 1710 preveda un generico dovere di diligenza posto a tutela della sfera patrimoniale del mandante>>.

Parimenti, nessuna confusione può validamente sostenersi con riguardo al rapporto che intercorre tra il principio di correttezza e quello di buona fede, stabilito dall'art. 1375 cod. civ.

Invero, i due concetti presentano una certa affinità ideologica, che, ad esempio, li porta, sempre più spesso, ad essere utilizzati come sinonimi, ovvero usati in modo congiunto, quasi a voler enfatizzare la radice teorica comune dei due termini ⁽¹⁴⁰⁾.

Nel nostro ordinamento essi hanno una diversa collocazione topografica e ciò conduce l'interprete a domandarsi se essi, pur adoperati quali sinonimi, in realtà non riguardino situazioni differenti e si riferiscano ad aree dello spazio di diritto diverse ⁽¹⁴¹⁾.

In dottrina, c'è chi ha sostenuto che il *distinguo* tra il principio di correttezza e quello di buona fede fosse da ricercare nell'elemento soggettivo dell'obbligazione e cioè nel diverso destinatario a cui tali doveri sono rivolti.

L'art. 1175 avrebbe come destinatario il creditore della prestazione, posto che per il debitore un analogo principio sarebbe già specificamente previsto dall'art. 1176; mentre l'art. 1375 si rivolgerebbe soltanto al

⁽¹⁴⁰⁾ A titolo esemplificativo, nei Principi di diritto europeo dei contratti predisposti dalla «Commissione per il diritto contrattuale europeo», presieduta dal prof. Ole Lando, entrambi i termini, di correttezza e di buona fede, sono utilizzati nella clausola 1:201, rubricata per l'appunto «*buona fede e correttezza*»; il primo comma della norma così recita: «*Le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza*». V. *Principi di diritto europeo dei contratti*, edizione italiana a cura di Castronovo, Milano, 2002, p. 115.

Per approfondimenti, cfr. A. LPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bari, 2007; VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. privato*, 2002, p. 915; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 76 – 77.

⁽¹⁴¹⁾ Si è posto quest'interrogativo RODOTÀ, *op. cit.*, p. 135.

contraente-debitore, tenuto a osservare la buona fede nell'esecuzione del contratto (¹⁴²).

Si è aggiunto, poi, che la clausola di buona fede, riferita al contratto, riguarderebbe soprattutto l'adempimento dell'obbligo di prestazione, esaurendosi, dunque, con l'esecuzione di quest'ultima; mentre il principio di correttezza si riferirebbe, in termini più generali, all'esercizio del diritto di credito che un soggetto vanta (¹⁴³).

La prospettata teoria del rapporto in tercorrente tra gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. non può essere accolta, cioè per una serie di distinte ma tutte determinanti ragioni.

In primo luogo, la considerazione che l'art. 1375 cod. civ. si riferisca esclusivamente al contraente-debitore riduce vistosamente - rispetto alla stessa esegesi della norma - la portata dell'obbligo di buona fede, imponendo una visione unilaterale del rapporto obbligatorio che non tiene conto del fatto che l'adempimento della prestazione, pur essendo l'attività più rilevante del contratto, non è di certo l'unica (¹⁴⁴).

In secondo luogo, l'obbligo di buona fede è connesso all'esecuzione del contratto nella sua interezza e non esclusivamente all'esecuzione dell'obbligo di prestazione. Diversamente, dovremmo sostenere che il contratto - *rectius*, il rapporto obbligatorio che da tale vincolo si instaura tra due soggetti - si

(¹⁴²) BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 323; GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 149.

(¹⁴³) TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2006, p. 530 ss.

(¹⁴⁴) NATOLI, *op. cit.*, p. 9; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 79, il quale rileva che <<Quando si parla di esecuzione del contratto ci si intende riferire di norma ad entrambe le parti del rapporto contrattuale. La disposizione dell'art. 1375 comprende tutti gli effetti del contratto, e quindi riguarda non soltanto l'esecuzione della prestazione ma anche l'esercizio dei correlativi diritti>>.

esaurisce con e nell'adempimento dell'obbligo di prestazione; ciò vorrebbe dire tornare indietro, concepire l'obbligazione come nel diritto romano e dimenticare tutte le conquiste successive del diritto.

Il che, non solo appare giuridicamente non corretto, ma addirittura non può dirsi utile, in quanto solleva problemi maggiori di quelli che, in ipotesi, potrebbe risolvere.

Secondo un'altra teoria, propugnata da uno dei padri (italiani) degli obblighi di protezione, Emilio Betti, buona fede e correttezza rispondono entrambe ad << esigenze della civile convivenza >> ⁽¹⁴⁵⁾, pur avendo aree di incidenza differenti.

L'Autore rileva che sia nella regola dell' *altrium non laedere*, sia << nell'ambito degli stessi rapporti di obbligazione >>, vi sarebbero un aspetto negativo e uno positivo: il primo, che << porta ad esigere un comportamento di rispetto, di conservazione della sfera di interessi altrui >>, il secondo, invece, << che impone non semplicemente un contegno negativo di rispetto, ma una operosa collaborazione con altri consociati, volta a promuovere il loro interesse >> ⁽¹⁴⁶⁾.

E questa duplicità di profili, immanente tanto al principio del *neminem laedere* quanto al rapporto obbligatorio, sarebbe stata – sempre secondo Betti – avvertita anche dal legislatore del '42, il quale avrebbe attribuito al principio di correttezza il contenuto dei doveri di carattere negativo, mentre al principio di buona fede quello dei doveri positivi, relativi agli aspetti di collaborazione.

⁽¹⁴⁵⁾ BETTI, *op. cit.*, 67.

⁽¹⁴⁶⁾ BETTI, *op. cit.*, 67.

Anche questa teoria, tuttavia, si presta ad una serie di rilievi ⁽¹⁴⁷⁾.

Anzitutto, la distinzione prospettata non è affatto chiara: i parametri da essa contemplati non portano a risultati certi.

Si prenda ad esempio la clausola di buona fede oggettiva contenuta nell'art. 1337 cod. civ. relativamente alle trattative precontrattuali: ora, tale norma è considerata dalla giurisprudenza prevalente espressione del principio di correttezza ex art. 1175 cod. civ. ⁽¹⁴⁸⁾.

Se dovessimo seguire l'impostazione del Betti, la buona fede nelle trattative precontrattuali avrebbe carattere esclusivamente negativo, essendo espressione del principio di correttezza che, come si è detto, implica solo doveri di carattere negativo. Ma a ben vedere il precetto di cui all'art. 1337 cod. civ. impone alle parti l'osservanza di comportamenti tanto positivi quanto negativi: essa, infatti, prescrive regole di condotta implicanti un *facere* (ad esempio obblighi di informazione e comunicazione in merito alle qualità del bene o ad eventuali vizi), ovvero un *non facere*.

Pertanto, l'applicazione pratica della suddetta teoria non conduce ai risultati promessi.

⁽¹⁴⁷⁾ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 147 ss.; GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 242 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 83, il quale aggiunge << Simili osservazioni sono trasferibili nei riguardi dell'art. 2087, a mente del quale il datore di lavoro è tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, particolari misure per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore. Ponendo il discorso su basi più generali, si può dire che esiste una serie di norme, previste per la materia contrattuale, delle quali sarebbe impossibile fornire una spiegazione sistematica attraverso il metodo criticato. Ciò perché esse vengono in rilievo sia sotto l'«aspetto negativo», sia sotto l'«aspetto positivo», sì da imporre – stando alla ragionevolezza di quella dottrina – artificiosi intrecci di correttezza e buona fede che inevitabilmente si risolverebbero nella scomparsa della distinzione >>. Cfr., anche, RODOTÀ, *op. cit.*, p. 148, secondo il quale il criterio di distinzione elaborato dal Betti <<non esprime tanto una diversità di contenuto, quanto piuttosto il diverso atteggiarsi della medesima regola in relazione a momenti o punti di vista>>.

E ciò perché la realtà giuridica è un'altra. Come è detto all'inizio di questa dissertazione, nessuna confusione può validamente sostenersi con riferimento al rapporto tra correttezza e buona fede, in quanto tali principi hanno una comune area di incidenza << rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazione del principio di solidarietà>> ⁽¹⁴⁹⁾.

Essi presentano analogo contenuto, prescrivono cioè canoni di condotta equivalenti per entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio: e tali canoni sono improntati alla lealtà e alla correttezza nello svolgimento della relazione negoziale ⁽¹⁵⁰⁾.

Assunto ciò, resta da valutare se, a prescindere dall'aspetto contenutistico, essi siano entrambi fonte di obblighi di protezione.

Ed eccoci al bandolo di questa matassa di Arianna: vero è, infatti, che sia la correttezza sia la buona fede svolgono un ruolo integrativo del contratto, restringendo l'autonomia privata e offrendo lo strumento per una valutazione più obbiettiva dello stesso; altrettanto vero è, però, che l'effetto integrativo diventa maggiore quanto più esso si discosta dall'obbligo di prestazione e si rivolge alla tutela di obblighi altri, nascenti dalla legge ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 150. Per approfondimenti v. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 40 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ In questi termini cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 83; RODOTÀ, *op. cit.*, p. 150; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218 – 1222*, p. 227 ss; BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione, cit.*, p. 86; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, op. cit.*, p. 290; BENATTI, *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988, p. 289; ROVELLI, (*sub voce*) *Correttezza*, in *Digesto – Discipline Privatistiche*, Torino 1989, p. 423.

⁽¹⁵¹⁾ LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 84 – 85; RODOTÀ, *op. cit.*, p. 145.

La funzione integrativa del contratto riferita ad interessi altri rispetto a quello di prestazione è svolta dall'art. 1175, di portata – in questi termini – più generale rispetto al suo analogo in materia contrattuale. In altri termini, la reale distinzione tra gli articoli in commento si gioca sul campo dell'integrazione del contratto, funzione svolta da entrambi per quanto attiene all'obbligo di prestazione, mentre dal solo principio di correttezza per quanto attiene agli obblighi altri, ossia quelli di protezione non dedotti in contratto⁽¹⁵²⁾.

2.1 *La funzione degli obblighi di protezione e il loro rapporto con l'obbligo di prestazione.*

Chiarito, dunque, che la norma deputata, nel nostro ordinamento, a tutelare interessi altri da quello alla prestazione è l'art. 1175 cod. civ., è tempo di verificare quale sia la funzione di questi interessi altri e, soprattutto, come e essi si pongano in relazione con l'obbligo principale di prestazione.

Il discorso muove necessariamente dal rapporto obbligatorio, o meglio da come oggi esso è concepito dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti e cioè come una relazione complessa, ove, oltre all'interesse alla prestazione, si

⁽¹⁵²⁾ CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e, cit.*, § 4.2; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 86, il quale precisa che <<Per la tutela di detti interessi, che in nessun modo possono considerarsi dedotti nel contratto, non sembra possibile parlare di effetti contrattuali discendenti dalla relazione e tra buona fede e regola negoziale. Si tratta di effetti fondati direttamente sulla legge, quindi <<esuberanti>> rispetto al contenuto del contratto>>.

rinvengono interessi altri, alla protezione della sfera personale e patrimoniale delle parti del rapporto.

In particolare, in Italia, sulla scia delle elaborazioni dogmatiche della dottrina tedesca, si è cercato di isolare dall'obbligo di prestazione i doveri altri che gravano sulle parti e di dotare gli stessi di autonomia funzionale e normativa.

Quanto all'aspetto dell'autonomia normativa, abbiamo visto che gli obblighi di protezione hanno fonte nel principio di correttezza e, dunque, esistono a prescindere da una loro deduzione in contratto e, ancora, indipendentemente dalle vicende che riguardano la validità dello stesso.

Quanto, invece, alla loro autonomia funzionale, il discorso deve essere ancora approfondito. Invero, abbiamo già accennato alla funzione di salvaguardia della sfera giuridica altrui che li caratterizza, ma non abbiamo ancora concettualmente isolato tale funzione rispetto all'obbligo primario di prestazione.

Alcuni autori, hanno indagato le situazioni passive che si pongono a coronamento della prestazione e hanno finito per suddividerle in due categorie, quella dei doveri integrativi strumentali all'obbligo principale e quella dei doveri integrativi primari (¹⁵³). Nella prima vi rientrerebbero i doveri <<strettamente connessi alla prestazione >>, che acquistano rilievo giuridico solo quando dalla loro inosservanza si è derivato il mancato o inesatto adempimento (¹⁵⁴).

(¹⁵³) BETTI, *op. cit.*, p. 95 ss.

(¹⁵⁴) BETTI, *op. cit.*, p. 96. L'Autore rileva che sono tali quei doveri che <<< debbono assicurare l'adempimento della prestazione e sono così strettamente connessi alla prestazione dovuta da non potersene scindere in alcun modo >>; precisa, poi, che tali

Nella seconda, invece, rientrerebbero tutti quei doveri che hanno un fine autonomo, seppur ausiliario rispetto all'obbligo primario dedotto in contratto, e che sono esigibili indipendentemente da quest'ultimo (¹⁵⁵).

Tale suddivisione, tuttavia, appare come una mera superfetazione, in quanto i doveri raggruppati entro la prima categoria appaiono tutti saldamente ancorati all'obbligo di prestazione: la loro violazione altro non è se non fattispecie dell'inesatto adempimento dell'obbligo principale, tant'è che esse – come rilevato dal Betti – non sono scindibili dalla prestazione dovuta (¹⁵⁶).

La categoria, e a monte la suddivisione compiuta tra doveri integrativi strumentali e doveri integrativi primari, è, dunque, del tutto inutile, nonché, mi appare, pure inesatta ai fini di una mirata ricostruzione del rapporto obbligatorio (¹⁵⁷).

Quest'ultimo è, come più volte detto, complesso, ma tale complessità non si esaurisce nel riconoscimento di una serie di interessi altri rispetto a quello alla prestazione: ragionando in questi termini si finirebbe col rendere

doveri strumentali possono essere negativi o positivi e, dunque, risolversi nel <<rovescio dell'obbligo positivo di prestazione >> ovvero <<in obblighi preparatori dell'esatta esecuzione della prestazione >>. Cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 88, *sub nota* 223.

(¹⁵⁵) BETTI, *op. cit.*, p. 98, il quale al riguardo riporta a l'esempio dell'obbligo del contraente di dare immediato avviso all'assicuratore dell'aggravamento del rischio (art. 1898 cod. civ.).

(¹⁵⁶) BRECCIA, *op. cit.*, p. 72 ss.

(¹⁵⁷) Cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 88 – 89, il quale rileva l'inutilità di tale suddivisione sotto un profilo diverso riguardante i confini della responsabilità per inadempimento; <<L'allargamento [il riferimento è alla suddivisione, n.d.r.] prospettato disvela la sua inutilità non appena si passa a verificare il reale apporto nell'individuazione dei confini riguardanti la responsabilità per inadempimento. Difatti, prescindendo dalle etichette che vorrebbero raffigurare rapporti collegati tramite la buona fede al rapporto fondamentale, il contenuto di tali doveri si rivela, a una lettura disincantata, come un comportamento cui la parte è tenuta a uniformarsi già in base all'obbligo di prestazione>>.

assolutamente semplicistica anche la relazione obbligatoria, frutto della semplice sommatoria di interesse alla prestazione + interessi altri ⁽¹⁵⁸⁾.

E così non è.

La complessità del rapporto obbligatorio va ricercata nella trama di beni e valori che entrano in gioco e vengono esposti a un rischio maggiore appunto con la realizzazione del suddetto rapporto.

E' la relazione tra tutti gli interessi, autonomi e indipendenti, posti sul campo dalle parti che determina la complessità del rapporto.

Solo così si offre reale e giuridica legittimazione agli obblighi di protezione, i quali non si "sommiano" semplicemente alla prestazione ma con essa completano il rapporto instaurato dalle parti.

Questa, dunque, la funzione primaria degli obblighi di protezione, contribuire alla realizzazione del rapporto obbligatorio tutelando interessi non specificati in contratto, ma che possono essere lesi in occasione dell'adempimento dell'obbligazione.

2.2 *L'attrazione degli obblighi di protezione nell'area della responsabilità extracontrattuale: analisi giurisprudenziale.*

Identificata come sopra la funzione degli obblighi di protezione e riconosciuta l'autonomia degli stessi, tanto in termini di scopo, quanto

⁽¹⁵⁸⁾ O quanto meno, secondo la scrivente, questa non è l'elaborazione che la dottrina tedesca, e in particolare, Stoll hanno realizzato del rapporto obbligatorio.

nell'ottica della fonte da cui essi originano, mi accingo ad esaminare quale sia lo strumento di tutela, apprestato dal nostro ordinamento, per la violazione dei suddetti obblighi.

Invero, in assenza di un nesso eziologico tra i doveri di protezione e l'obbligazione dedotta in contratto, dovremmo concludere che la violazione degli stessi impegni il danneggiante sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale: infatti, la lesione di interessi altri rispetto all'interesse alla prestazione è tutelata dal principio dell'*alterum non laedere*, che governa l'area del danno extracontrattuale (¹⁵⁹). Al contempo, però, l'aver individuato nel principio di correttezza – immanente al rapporto obbligatorio – la fonte dei doveri di protezione, dovrebbe condurci a sostenere la natura contrattuale della responsabilità in caso di violazione degli stessi.

In altre parole, sembrerebbe che la funzione assolta dall'art. 1175 cod. civ. corrisponda a quella assolta dal 2043 cod. civ., con l'unica differenza che, nel primo caso, le parti sono entrate in contatto in forza di un vincolo negoziale e proprio tale relazione impone alle stesse un determinato contegno, mentre nel secondo caso la regola è rivolta genericamente a tutti i consociati, a prescindere dai rapporti che tra essi si instaurano.

L'affermazione è, come avremo modo di vedere, corretta, tuttavia non sempre la giurisprudenza è giunta a siffatta conclusione. Invero, in moltissimi casi, i giudici tanto di merito quanto di legittimità hanno riconosciuto tutela extracontrattuale al danneggiato nell'ipotesi in cui ad essere le sofosse un

(¹⁵⁹) MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 369, il quale sottolinea che la regola dell'art. 1175 cod. civ. << completa e rafforza la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043 cod. civ., creando una serie parallela di obblighi relativi, come tali soggetti alle norme della responsabilità contrattuale >>.

interesse altro rispetto a quello di prestazione dedotta in contratto. Ciò in quanto, come abbiamo rilevato sopra, tra i doveri di protezione e l'oggetto della prestazione non sussiste alcun nesso eziologico.

Così ad esempio la Corte di Cassazione ha ricondotto all'area dell'illecito aquiliano la responsabilità di un istituto di credito per i danni arrecati ad un cliente da un ex dipendente della banca che, dopo il licenziamento, aveva continuato a svolgere l'attività di raccolta del risparmio⁽¹⁶⁰⁾. I giudici di legittimità hanno, infatti, rilevato che << Pur non sussistendo un obbligo generale ed assoluto del datore di lavoro di dare informazione - alla clientela ed in genere ai terzi - della cessazione dei singoli rapporti di lavoro con i propri dipendenti, tuttavia tale obbligo deve reputarsi imposto dal generale precetto del *nem inem laedere*, previsto e sanzionato dall'art. 2043 c.c., tutte le volte che i terzi, in conseguenza delle particolari modalità di svolgimento del rapporto di lavoro prima della sua cessazione (come ad esempio, se esso abbia avuto corso non solo all'interno degli uffici del datore di lavoro, ma anche all'esterno, ed in particolare nel luogo di lavoro o di abitazione del cliente), possano ragionevolmente essere indotti a fare affidamento sulla sua persistenza. (Sulla base di tale principio (...)) la S.C. ha nella specie ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse affermato

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Cass. 14 giugno 1999, n. 5880, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1022, con nota di PEDRAZZI. Più precisamente il caso riguardava il << danno sofferto da un cliente di un istituto bancario, a seguito dell'appropriazione di somme da lui affidate ad un dipendente, che, prima della cessazione del rapporto di lavoro, era preposto a raccogliere denaro a domicilio, munito degli stampati occorrenti, e, dopo detta cessazione aveva continuato a svolgere illecitamente quell'attività >> (così Cass. 14 giugno 1999, cit.).

una responsabilità dell'istituto ex art. 2043 c.c. per avere omissso di far cessare l'affidamento del cliente)>>.

Nell'esaminando caso, a rilevare e ad essere oggetto di tutela ex art. 2043 cod. civ. è l'affidamento che il cliente aveva riposto nel dipendente della banca e nello stesso istituto di credito; affidamento leso dalla condotta omissiva della banca che avrebbe dovuto informare il cliente del licenziamento del dipendente (¹⁶¹). La Suprema Corte ha qualificato la condotta omissiva lesiva dell'affidamento riposto dal cliente nella banca quale violazione del principio del *neminem laedere*; in realtà, nella cultura giuridica degli obblighi di protezione, la violazione di siffatto affidamento e il danno che ne è derivato costituiscono concretizzazione del rischio a cui le parti si sono esposte entrando in contatto attraverso la regolamentazione dei reciproci interessi.

Nel caso di specie, tra cliente e banca si è instaurata una speciale relazione – conseguente all'esistenza di un rapporto di conto corrente bancario – che ha comportato che le rispettive sfere giuridiche fossero esposte a maggiori rischi (cioè agli effetti, anche negativi, dipendenti dal contegno altrui; ¹⁶²).

Gli obblighi di protezione impongono, appunto, che nello svolgimento di questa particolare relazione le parti si impegnino a rispettare e a salvaguardare

(¹⁶¹) Si legge difatti, nella parte motiva della sentenza, che <<Risulta accertato dalla sentenza impugnata che il MR era preposto dalla Banca a raccogliere il denaro dai clienti, portando con sé gli stampati occorrenti, fino al settembre del 1987; che il MR continuò a svolgere indisturbato detta sua attività con l'attore, in conseguenza dell'inerzia dell'istituto nell'avvisare che era cessato il rapporto che lo collegava al MR>> (Cass. 14 giugno 1999, cit.).

(¹⁶²) Il richiamo è, ovviamente, alla teoria di Stoll; e in particolare al dato che le *Schutzpflichten* non riguardano la prestazione oggetto dell'obbligazione, ma partecipano a compierne lo scopo: così S TOLL, *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzungen*, cit., p. 299 ss.

le sfere personale e patrimoniale dell'altra parte e la loro fonte è, come detto, legale, ex art. 1175 cod. civ.

Di qui, il rilievo che nel caso di specie ad essere violato è stato un dovere di protezione che, insieme a l'obbligo di prestazione, completava il rapporto negoziale di conto corrente bancario e, dunque, avrebbe dovuto impegnare l'istituto di credito a titolo di responsabilità contrattuale (il che rileva, in particolare, sotto il profilo dell'onere della prova, gravante sul danneggiato per le fattispecie riconducibili all'area dell'illecito aquiliano, mentre nelle ipotesi di responsabilità contrattuale è il danneggiante a dover dar prova che l'inadempimento è stato << *determinato da impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile*>>, art. 1218 cod. civ.;¹⁶³).

In termini di illecito civile è stata risolta anche la responsabilità ex art. 2049 dell'amministrazione comunale che organizza il trasporto degli alunni dalla scuola alle rispettive case; la Corte d'Appello di Ancona, infatti, ha affermato che il dovere di vigilanza verso un alunno di scuola elementare va

⁽¹⁶³⁾ Cfr. *ex multis*, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 24 giugno 1992, n. 7760, in *Foro it.*, Rep. 1992, *sub voce Responsabilità civile*, n. 130; Cass. 16 marzo 1990, n. 2154, *ivi*, Rep. 1990, *sub voce cit.*, n. 103; Cass. 13 giugno 1986, n. 393, *ivi*, Rep. 1986, *sub voce cit.*, n. 117.

Nella giurisprudenza di merito, Trib. Vicenza 9 luglio 2007, sentenza redazionale, consultabile all'indirizzo www.dejure-giuffrè.it: la vicenda merita di essere riportata: il promotore finanziario A, affiliato alla banca X, presenta ad un proprio cliente il promotore finanziario B, che ordisce poi ai suoi danni una truffa mediante l'uso di moduli intestati alla banca mandante (la banca X) e spendendo il suo nome. In tale fattispecie A, oltre ad aver presentato B, ha assistito lo stesso cliente nella stipula del contratto truffaldino; il Tribunale, per tanto, ha ritenuto responsabili oltre a B (e prescindendo da non provate collusioni con A) anche A, per la violazione degli obblighi di protezione del cliente e del mandante, e l'istituto di credito: quest'ultimo <<*in via oggettiva del [per il, n.d.r.] cattivo operato di coloro che essa ha scelto per rappresentare i propri interessi*>>.

Il Tribunale ha condannato A ex art. 2043 cod. civ. e l'istituto di credito ex art. 2049 cod. civ., sostenendo la *culpa in eligendo vel in vigilando* di quest'ultimo <<*per aver scelto e lasciato (...) operare senza controlli i propri agenti*>> (così Trib. Vicenza 9 luglio 2007, *cit.*).

oltre << l'ambito strettamente contrattuale del trasporto >> configurandosi come dovere extracontrattuale di curare l'incolumità dell'alunno anche dopo la discesa dal mezzo, quando quest'ultimo attraversa la strada (¹⁶⁴).

Anche in questa fattispecie il ricorso agli obblighi di protezione avrebbe condotto ad affermare la responsabilità contrattuale dell'amministrazione comunale: invero, quest'ultima, e per essa il conducente del pullman, ha violato un dovere di protezione che si concretizzava nel vigilare sull'alunno e nel salvaguardare la sua integrità, anche quando la prestazione di trasporto è stata eseguita.

In realtà la fattispecie *de qua* è più complessa rispetto al caso precedente, in quanto la relazione negoziale è sorta tra l'amministrazione comunale e un soggetto diverso dal danneggiato, e cioè il genitore; e ancora, l'incidente è occorso in momento temporale successivo all'esecuzione della prestazione di trasporto e, dunque, a contratto già adempiuto (¹⁶⁵).

Daremo conto *infra* del rapporto che intercorre tra obblighi di protezione e la controversa figura del contratto a favore di terzo, nonché della sussistenza di obblighi di protezione senza l'obbligazione di prestazione, mentre in questa sede ci limitiamo a rilevare che la condotta dell'amministrazione comunale (*rectius*, di un dipendente per cui essa è

(¹⁶⁴) App. Ancona 15 maggio 1999, in *Foro it.*, Rep. 2001, *sub voce Responsabilità civile*, n. 240. Il caso era quello di un alunno che, sceso dallo scuolabus aveva attraversato una strada molto trafficata ed era stato investito da un'autovettura.

(¹⁶⁵) Il che ci riporta concettualmente alle pronunce della Corte di Cassazione tedesca analizzate al Capitolo I, *sub* § 2.3, nelle quali i giudici supremi tedeschi hanno riconosciuto la sussistenza della responsabilità contrattuale del debitore anche al di fuori dell'ambito di adempimento della prestazione e, addirittura, al di fuori del contratto. V. BGH 26 settembre 1961, *cit.*, p. 31; BGH 1° dicembre 1964, *cit.*, p. 240; e, ancora, il caso *Linoleum*, RG. 7 dicembre 2011, *cit.*

chiamata a rispondere) può qualificarsi come contraria al principio di correttezza ex art. 1175 cod. civ. e, dunque, impegna quest'ultimo a titolo di responsabilità contrattuale (¹⁶⁶).

E ancora, mi sta a cuore riportare un altro esempio, rilevante soprattutto per il raffronto che si può fare tra soluzione adottata dalla giurisprudenza italiana e quelle predilette dai giudici francesi ed inglesi.

Il caso è quello di un giovane bobista che nel corso delle prove di qualificazione dei campionati italiani di bob a due, sbandò con il bob e rovesciandosi urtò con la testa contro una delle tavole di contenimento della pista (¹⁶⁷). Una scheggia fuoriuscita dalla tavola ruppe il casco protettivo e il bobista, continuando la corsa strisciò la faccia priva di ogni protezione contro il ghiaccio; ciò gli provocò gravi lesioni al volto e un profondo stato di coma.

Il bobista citò in giudizio l'organizzatore della competizione sportiva: sia il Tribunale, in primo grado, che la Corte d'Appello, in secondo grado, rigettarono la domanda di risarcimento affermando che non era stato provato dall'attore, gravato di tale onere, il nesso di causalità tra la condotta ommissiva

(¹⁶⁶) Analogamente il Tribunale di Bolzano ha ritenuto responsabile ex art. 2043 il maestro di sci per i danni arrecati da un allievo ad un altro durante la gara di fine corso. Secondo l'autorità giudiziaria, infatti, il maestro ha ommesso di predisporre le misure organizzative e cautelari necessarie per la prevenzione dei danni nel corso della competizione sciistica, mancando di impartire agli alunni le prescrizioni necessarie per compiere in sicurezza la gara e, ancora, non vigilando sulle poche istruzioni che aveva fornito ai partecipanti. Così Trib. Bolzano 21 marzo 1992, in *Nuovo dir.*, 1993, p. 149. Cfr., anche, Trib. Massa Carrara 14 maggio 1996, in *Arc. civ.*, 1996, p. 1399, secondo il quale il << gestore di piste sciistiche è responsabile ex art. 2043 e 2054 c.c., delle lesioni riportate dagli sciatori in conseguenza di ostacoli, presenti sulle piste stesse, che egli non abbia provveduto a rimuovere >>.

Per l'analisi di ulteriori fattispecie cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 94 ss.

(¹⁶⁷) Cass. 13 febbraio 2009, n. 3528, in *Guida al diritto*, 2009, n. 12, p. 30 ss., con nota di SACCHETTINI, *La gestione delle competizioni sportive costituisce esercizio di attività pericolosa*, *ivi*, p. 34 ss.

dell'organizzatore (che era stato accusato di non aver apprestato tutte le misure di sicurezza con riferimento alle tavole contenitive e protettive della pista di bob) e il danno occorso all'attore (¹⁶⁸). Quest'ultimo propose ricorso per Cassazione e i giudici di legittimità accolsero la domanda del bobista riconoscendo la sussistenza della responsabilità dell'organizzatore della gara sportiva ex art. 2050 cod. civ.

In particolare, la Corte ha affermato che <<L'organizzatore di una gara sportiva connotata secondo esperienza di elevata possibilità di incidenti dannosi, non solo per chi vi assiste ma anche per gli atleti, è da riguardare come esercizio di attività pericolosa, ancorché in rapporto agli atleti nella misura in cui li esponga a conseguenze più gravi di quelle che possono essere prodotte dagli stessi errori degli atleti impegnati nella gara>>.

La Corte, sulla scia di alcuni suoi precedenti in cui aveva riconosciuto come la pericolosità di un'attività fosse da apprezzare esclusivamente in relazione alla probabilità delle conseguenze dannose che da essa potevano derivare (¹⁶⁹) e, ancora, che il giudizio di pericolosità doveva essere compiuto

(¹⁶⁸) In particolare, si legge nella sentenza che <<i>giudici di merito hanno ritenuto non provato che la scheggia si fosse formata a causa di un non perfetto allineamento delle tavole di contenimento e si fosse originata dal bordo di una delle tavole, anziché a causa dell'urto del casco contro la superficie della tavola, urto che a sua volta s'era determinato a causa dell'erronea manovra del guidatore>>.

(¹⁶⁹) Cass. 26 aprile 2004, n. 7916, secondo la quale <<La pericolosità di un'attività va apprezzata, per gli effetti di cui all'articolo 2050 c.c., esclusivamente in relazione alla probabilità delle conseguenze dannose che possano derivarne e non anche in riferimento alla diffusione delle modalità con le quali viene comunemente esercitata, che ben potrebbero essere tutte e sempre inadeguate, senza per questo elidere i presupposti per l'applicazione della norma citata. In particolare, con riferimento alla gestione di un impianto sciistico, non è possibile escludere la pericolosità della suddetta attività perché coloro che praticano lo sci non adottano normalmente le cautele che sarebbero opportune, giacché così opinando si assumerebbe a parametro valutativo non già l'attività dell'attività a recare danno, bensì il grado di diligenza comunemente riscontrabile, laddove la questione da porsi è se, in relazione alle

secondo una prognosi postuma a sulla base de ll'esame delle circostanze di fatto che si presentavano al momento dell'esercizio dell'attività (¹⁷⁰), ha riscontrato che l'organizzazione e la gestione di una gara sportiva può concretizzare esercizio di un'attività pericolosa (¹⁷¹). Ha, dunque, rinviato ai giudici di merito l'accertamento circa la predisposizione da parte dell'organizzatore della gara di <<tutte le misure idonee ad evitare il danno>> (art. 2050 cod. civ.).

Ai fini della presente analisi, la suddetta pronuncia non rileva tanto per la qualificazione dell'attività di organizzazione-gestione di competizione sportiva quale attività pericolosa, quanto per la circostanza che, ancora a una

caratteristiche della pratica sportiva in esame, sia qualificabile come pericolosa l'attività di gestione dell'impianto con riferimento alla necessità di delimitazione della via di imbocco alla scivola mediante materiali rigidi infissi sulla neve su area sciabile e frequentata da sciatori inesperti>>.

(¹⁷⁰) Cass. 9 aprile 1999, n. 3471: <<Ai fini dell'applicazione della norma dell'art. 2050 del c.c. il giudizio di pericolosità eventuale dell'attività deve essere dato secondo una prognosi postuma sulla base dell'esame delle circostanze di fatto che si presentavano al momento dell'esercizio dell'attività. Alla stregua di tale criterio, se può dirsi che l'attività di noleggio di cavalli di per sé non si intrinsecamente pericolosa, deve ritenersi che, in dipendenza delle circostanze del caso concreto, possa apparire tale il noleggio organizzato su percorsi pericolosi o senza adeguata vigilanza per prevedibili situazioni di emergenza>>.

(¹⁷¹) Con la precisazione che l'attività deve esporre l'atleta a conseguenze più gravi di quelle che possono essere prodotte dagli stessi errori degli atleti. Infatti, i giudici di legittimità riconoscono che l'atleta nello svolgere attività agonistica si assume dei rischi e li accetta, donde le conseguenze negative che da essi dovessero derivare sono a suo esclusivo carico. Cfr. Cass. 20 febbraio 1997, n. 1564: <<L'attività agonistica implica l'accettazione del rischio a essa inerente da parte di coloro che vi partecipano, per cui i danni da essi eventualmente sofferti, rientranti nell'alea normale ricadono sugli stessi, onde è sufficiente che gli organizzatori, al fine di sottrarsi a ogni responsabilità, abbiano predisposto le normali cautele atte a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, nel rispetto di eventuali regolamenti sportivi>>.

V., anche, Cass. 27 ottobre 2005, n. 20908, la quale precisa che anche <<i danni da essi [gli atleti, n.d.r.] eventualmente sofferti a opera di un competitore, rientranti nell'alea normale, ricadono sugli stessi ed è sufficiente che gli organizzatori, al fine di sottrarsi ad ogni responsabilità, abbiano predisposto le normali cautele idonee a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, nel rispetto di eventuali regolamenti sportivi. Il relativo accertamento è demandato alla valutazione del giudice di merito, che è insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato>>.

volta, la violazione di un obbligo di protezione è stata valutata solo ed esclusivamente in termini di illecito civile.

Nessuna valutazione è stata affrontata con riguardo alla relazione che si instaura tra il bobista e l'organizzatore-gestore della competizione sportiva⁽¹⁷²⁾: invero, il bobista, iscrivendosi alla competizione - ad dirittura talvolta pagando una quota per la partecipazione alla stessa - instaura una relazione di tipo contrattuale con l'organizzatore-gestore.

Quest'ultimo ha l'obbligo di predisporre la pista per la gara, di consentire le esercitazioni; in altri termini, si impegna a realizzare tutto ciò che è necessario allo svolgimento della competizione. Ma oltre all'obbligo di eseguire siffatta prestazione, l'organizzatore-gestore si assume anche doveri di protezione, in particolare di salvaguardia dell'integrità fisica dei partecipanti alla gara. E a tali obblighi adempie attraverso la predisposizione di tutte le misure di sicurezza necessarie alla salvaguardia delle persone degli atleti.

L'omissione di una misura di sicurezza da cui derivi un danno per il partecipante alla gara, non costituisce, dunque, solo violazione del principio del *neminem laedere*, ma anche violazione del principio di correttezza e impegna l'organizzatore-gestore a titolo di responsabilità contrattuale.

Ciò perché – come abbiamo visto - i doveri di protezione contribuiscono a realizzare il rapporto negoziale, di cui, a prescindere da

⁽¹⁷²⁾ In una pronuncia parecchio risalente la Pretura di Napoli aveva indagato il rapporto contrattuale tra gestore dell'impianto sportivo e utente (nel caso specifico di autopista); aveva, tuttavia, escluso la responsabilità contrattuale del gestore in quanto il dovere di garantire l'incolumità del soggetto non era stato oggetto di esplicita previsione contrattuale: cfr. Pret. Napoli 12 dicembre 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 454.

quanto dedotto dalla parti in contratto, sono parte integrante in forza dell'art. 1175 cod. civ.

Oltre alpe, i giudici francesi hanno condannato a titolo di responsabilità contrattuale il gestore di una pista di bob per i danni occorsi ad un utente del servizio (¹⁷³), affermando che la << *liberté de manœuvre* >> del bobista è quasi nulla durante la discesa lungo la pista e, dunque, l'obbligazione di protezione del gestore dell'impianto con riferimento alla pericolosità dell'impianto e delle strutture di delimitazione e contenimento della pista è totale.

Pur non essendo condivisibile la teoria francese che vuole un'allocazione della responsabilità - durante l'esecuzione della prestazione da parte del debitore - parametrata al margine di manovra dell'utente del servizio, comunque ad essa va il merito di aver ricondotto entro l'area della responsabilità contrattuale la violazione dell'obbligo di salvaguardia e/o di protezione che grava sul gestore della pista di bob.

Analogamente, in Inghilterra rispondono *ex contractu*, in forza dei *duties of care*, gli organizzatori-gestori di eventi sportivi.

Al riguardo, *supra* § 3.2, ho riportato il caso dell'organizzatore di una gara di macchine (*stock-car race*), il quale per l'ordinamento inglese è considerato responsabile *ex contractu* per i danni, occorsi durante la gara, allo spettatore ovvero al partecipante alla gara: egli è, infatti, tenuto a una serie di *duties of care*, e cioè deve installare sistemi di protezione ai bordi della pista, deve prevedere la presenza costante di un presidio medico, deve evitare

(¹⁷³) Cass. I re civ., 17 marzo 1993, in *JCP*, 1993, IV, p. 1317.

eventuali “sconfinamenti” del pubblico negli spazi riservati agli atleti, deve offrire un sistema di sicurezza adeguato contro i furti e gli incendi (¹⁷⁴).

..*

Gli esempi potrebbero essere molti altri (¹⁷⁵), tuttavia, in questa sede è sufficiente rilevare come la giurisprudenza esaminata, nonché quella citata, consideri le violazioni di obblighi di protezione alla stregua di condotte lesive del principio dell’ *alterum non laedere* e, dunque, le riconduca all’area dell’illecito extra contrattuale. Anzi, sembra quasi che la responsabilità aquiliana costituisca rimedio tipico – se non addirittura esclusivo – del pregiudizio alla persona e al patrimonio riguardante interessi altri da quello di prestazione (¹⁷⁶).

Ciò è dipeso soprattutto dal fatto che una parte rilevante della dottrina italiana – supportata dalla riportata giurisprudenza - da sempre considera come

(¹⁷⁴) Cfr. *White v. Blackmore* (1972) 2 Q.B. 651; *Watson v. British Boxing Board of Control Ltd.* (2001) Q.B. 1134; *Cunningham v. Reading Football Club Ltd.*, *The Times*, 20 March 1991.

(¹⁷⁵) Cfr. Cass. 15 novembre 1996, n. 10015, in *Foro it.*, Rep. 1996 *sub voce Responsabilità civile*, n. 201; App. Genova 17 febbraio 1977, in *Giur. merito*, 1978, p. 20 ss.; App. Firenze 27 giugno 1966, in *Foro it.*, Rep. 1966, *sub voce cit.*, nn. 398 – 399; Trib. Piacenza 15 marzo 1965, in *Arch. civ.*, 1965, p. 1099 ss.

Tra i casi citati ho, a mio giudizio, opportunamente eliminato tutte le vicende riguardanti la responsabilità del medico e della struttura ospedaliera: ciò in considerazione del fatto che tale fattispecie presenta delle peculiarità sue proprie che saranno oggetto di maggiore e migliore disamina nel proseguo del presente elaborato. A mero titolo esemplificativo, si veda Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Resp. civ.*, 1998, p. 1144, il quale ha escluso la responsabilità contrattuale e affermato quella extracontrattuale sia del medico che della struttura ospedaliera per l’indesiderata nascita di un figlio.

(¹⁷⁶) Così LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 103.

già coperta dall'illecito civile l'area che dovrebbe essere attribuita ai doveri di protezione⁽¹⁷⁷⁾.

E, dunque, finisce con l'attribuire nessuna utilità a tale categoria di obblighi, di cui riconosce la presenza nel nostro ordinamento ma considera già oggetto di tutela ex art. 2043 cod. civ.⁽¹⁷⁸⁾.

Invero, la suddetta teoria non può essere condivisa.

E ciò, anzitutto, perché muove dalla convinzione che i doveri di protezione abbiano avuto una loro ragione d'essere solo nell'ordinamento tedesco (peraltro, ante riforma del BGB che ne riconosce esplicitamente l'esistenza), in quanto necessari a correggere alcune criticità del loro codice civile; in particolare, si ritiene che la teoria dei doveri di protezione abbia consentito l'applicazione del § 278 BGB raddrizzando la disposizione codicistica in ordine alla prova liberatoria del committente. E, ancora, abbia consentito la risarcibilità di alcune voci di danno, non considerate dal legislatore tedesco nella stesura del codice.

Ciò, tuttavia, non giustifica l'affermazione dell'inutilità della categoria degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano; e nemmeno il richiamo alla circostanza che nel nostro ordinamento esiste una clausola generale per il

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. NATOLI, *op. cit.*, p. 24, il quale afferma che «ad una generica esigenza di tutela della persona del debitore (...) sembra soddisfare già il generale divieto del *neminem laedere*, che, com'è noto, è alla base della responsabilità ex delicto». In senso sostanzialmente conforme, BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 34, secondo il quale «(...) il dovere del debitore di rispettare altri interessi del creditore potrebbe, in effetti, sussistere già sul piano della responsabilità extracontrattuale. La lesione di tali interessi darebbe luogo, allora, alla responsabilità extracontrattuale (...)». E, ancora, RODOTÀ, *op. cit.*, p. 159 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ App. Ancona 15 maggio 1999, in *Foro it.*, Rep. 2001, sub voce *Responsabilità civile*, n. 240. Il caso era quello di un alunno che, sceso dallo scuolabus aveva attraversato una strada molto trafficata ed era stato investito da un'autovettura.

risarcimento del danno ingiusto, che, diversamente dal sistema tedesco, consente la risarcibilità di quasi tutte le ipotesi di danno, scusa tale asserita assenza di utilità⁽¹⁷⁹⁾.

Le considerazioni svolte dalla dottrina citata non tengono conto del fatto che gli obblighi di protezione, se in Germania sono serviti a correggere le sviste del legislatore, in Italia possono avere una funzione diversa.

E di tale funzione, autonoma e peculiare del sistema italiano, ho, fin qui, offerto prova: gli obblighi di protezione (da noi) hanno il compito di contribuire alla realizzazione del rapporto contrattuale, cioè integrano il contratto per una migliore attuazione degli interessi che le parti hanno inteso regolamentare attraverso di esso⁽¹⁸⁰⁾.

(179) Così BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 673 ss.; SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, p. 387 ss.; muovendo dalla suddetta teoria un parte della dottrina italiana ha negato la natura contrattuale della responsabilità ex art. 1337 cod. civ., ossia ha rifiutato la “contrattualizzazione” della *culpa in contraendo*: cfr. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di F. Vassalli, Torino, 1975, p. 676 ss.

(180) LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 96 ss., rileva che « (...) sono proprio gli argomenti da quella stessa dottrina utilizzati in materia di integrazione del contratto a convincere del contrario. (...) è già il collegamento che la dottrina criticata rinviene tra correttezza e principio costituzionale di solidarietà a offrire un solido fondamento alla teoria degli obblighi di protezione. Se la solidarietà sociale concorre a determinare il contenuto della clausola prevista dall'art. 1175, risulta già provata la possibilità di considerare la correttezza come fonte di doveri identici a quelli imposti dalla responsabilità civile. Una volta riconosciuto che la norma costituzionale contenuta all'art. 2 ribadisce la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà e una volta accettato che, attraverso questa norma, la correttezza si pone come complesso di regole che restringono la libertà di scelta ai fini dell'azione e della qualità del comportamento, incidendo direttamente sul contenuto dell'atto, non si può sfuggire alla conclusione che l'art. 1175, in relazione allo specifico rischio di danno connesso allo svolgimento del rapporto obbligatorio, è idoneo a svolgere una funzione perfettamente uguale a quella propria del principio *alterum non laedere* che governa l'area extraccontrattuale». Cfr., anche, CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, § 4.1, secondo il quale non vi sarebbe una perfetta coincidenza tra obblighi imposti dal principio di correttezza e obblighi imposti sulla base del principio dell'*alterum non laedere*, in quanto i primi «sono veri e propri obblighi», mentre i secondi si sostanziano in «puri doveri di astensione».

Rilevato, dunque, che gli obblighi di protezione, all'interno del rapporto obbligatorio, hanno una loro intrinseca utilità, in quanto finalizzati a sopperire ai rischi che proprio da tale rapporto obbligatorio discendono per la sfera personale e patrimoniale delle parti, si può concludere che essi hanno una propria area di incidenza che non si sovrappone a quella coperta dall'illecito civile.

Invero, il principio di correttezza *ex art. 1175 cod. civ.* (fonte dei doveri di protezione) e il principio del *neminem laedere* (fonte di eguali doveri nell'area extracontrattuale) hanno la medesima funzione di tutela verso i consociati nell'estrinsecazione dei loro rapporti civili: tuttavia, come già evidenziato nell'*incipit* del presente paragrafo, il principio di correttezza rileva quando tra due soggetti esiste una relazione speciale, concretizzatasi in un rapporto volto alla regolamentazione dei reciproci interessi. Mentre il principio del *neminem laedere* impone doveri di protezione, prescindendo dall'esistenza tra i soggetti di una relazione giuridicamente rilevante.

Al riguardo, è, però, opportuno rilevare come la dottrina e la giurisprudenza italiane abbiano più volte impiegato il concetto di correttezza per inscrivere nell'area dell'illecito aquiliano taluni comportamenti fonte di danno⁽¹⁸¹⁾. Si tratta, ad esempio, dell'abuso di diritto, o meglio della

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. Cass. 9 giugno 1998, n. 5659, in *Foro it.*, 1999; Cass. 4 febbraio 1992, n. 1147, *ivi*, 1993, I, p. 3359 ss.; Cass. 19 ottobre 1990, n. 10178, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 599 ss. Di merito: App. Milano 28 febbraio 1978, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, p. 93 ss.; Trib. Monza 15 febbraio 1996, in *Resp. civ.*, 1997, p. 512 ss.; Trib. Verona 4 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1992, p. 569 ss.

violazione del relativo dovere che, secondo la dottrina italiana, impegna il responsabile in via extracontrattuale ⁽¹⁸²⁾.

E, ancora, è ricondotta all'area della responsabilità aquiliana la violazione dell'art. 1337 cod. civ., intendendo il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase che precede la conclusione di un contratto come dovere di collaborazione, cooperazione, solidarietà e rispetto verso la sfera giuridica dell'altro soggetto ⁽¹⁸³⁾.

In altre parole, il principio di correttezza è stato impiegato, con riferimento ad alcune fattispecie quali quelle citate dell'abuso di diritto e della responsabilità precontrattuale, come parametro sulla base del quale valutare l'idoneità di una condotta a causare un danno ingiusto.

Tuttavia, negli esempi citati non è stata considerata l'impostazione seguita nel presente elaborato, che vuole ricondotte all'area della responsabilità

⁽¹⁸²⁾ BUSNELLI – NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in A.A. VV. *L'abuso del diritto. Diritto privato*, Padova, 1998, p. 171 ss.; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in A.A. VV. *op. cit.*, p. 5 ss.; MESSINETTI, (sub voce) *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1998, p. 9.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. Cass. 7 maggio 2004, n. 8723, in *Foro it.*, Rep. 2004, sub voce *Contratti in genere*, n. 359; Cass. S.U. 16 luglio 2001 n. 9645, *ivi*, 2002, I, p. 806 ss., secondo la quale <<La responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. - a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede - costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo debbono essere vagliati alla stregua degli art. 2043 e 2056 c.c., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione>>; Cass. 6 marzo 1998, n. 2519, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1242 ss.; Cass. 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189 ss. E, ancora, Cass. S.U. ord. 19 novembre 2002.

Recentemente nella giurisprudenza di merito, è stato nuovamente riconosciuto che la <<culpa in contrahendo costituisce una ipotesi di responsabilità extra contrattuale>> (così Trib. Varese 16 febbraio 2010, consultabile all'indirizzo www.altalex.it).

contrattuale tutte le violazioni del principio di correttezza (art. 1175 cod. civ.) avvenute in esecuzione ovvero in costanza di un rapporto obbligatorio ⁽¹⁸⁴⁾.

2.3 Segue: *critica al primato ricoperto nel nostro ordinamento dalla responsabilità aquiliana. La riconduzione degli obblighi di protezione entro l'area della responsabilità contrattuale.*

Ho già evidenziato come nel nostro ordinamento la responsabilità aquiliana sia concepita come il rimedio tipico (e quasi esclusivo) per le violazioni degli obblighi di protezione. Ciò è dipeso, anzitutto, dallo scarso riconoscimento, soprattutto sul piano dell'autonomia funzionale, che hanno avuto gli obblighi di protezione; e, in secondo luogo, dalla convinzione che il rispetto verso la sfera giuridica altrui deve prescindere dall'esistenza di un rapporto obbligatorio e, dunque, deve accordarsi tutela alla suddetta sfera giuridica anche e soprattutto in assenza di una relazione negoziale ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 101 ss., il quale, richiamandosi al dovere di solidarietà presente nel nostro ordinamento, conclude per una sostanziale identità tra le regole della correttezza e quella dell'*alterum non laedere*: «*Dunque, anche tramite la prospettiva solidaristica del nostro sistema civile si conferma che il rapporto obbligatorio, porta non soltanto < a > esigere da coloro che ne sono soggetti un contengo di cooperazione, secondo le direttive in cui questo contengo è dovuto per il soddisfacimento del dovere-avere altrui>>, ma anche a richiedere il rispetto dell'interesse della controparte << alla integrità della propria sfera giuridica >>. La categoria degli obblighi di protezione si conferma, quindi, nel nostro ordinamento proprio alla luce della << solidarietà sociale >> come valore operante nei rapporti obbligatori>>. Il virgolettato all'interno del testo è ripreso da BETTI, *op. cit.*, p. 67.*

⁽¹⁸⁵⁾ DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, p. 84 ss. E, ancora, autorevole dottrina ha sottolineato che «*tutto ciò che fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta è appannaggio della responsabilità extracontrattuale>>*, GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, cit., p. 15 ss. Nello stesso senso, v. ROPPO, *op. cit.*, p. 185, «*l'obbligazione e la responsabilità*

Se questa concezione è assolutamente condivisibile, in quando appare inaccettabile sostenere che a determinati beni sia riconosciuta tutela solo in relazione all'esistenza di un rapporto contrattuale, tuttavia non è corretto affermare che, non essendo rilevante, ai fini della tutela, la presenza di una relazione negoziale, la violazione della sfera giuridica altrui comporterà sempre il ricorso alla responsabilità aquiliana.

Invero, può sostenersi che un medesimo bene (lo *status quo*), seppur già oggetto di tutela nel nostro ordinamento grazie alla regola del *neminem laedere*, sia suscettibile di ulteriore tutela qualora tra le parti sussista un rapporto obbligatorio. In quest'ultimo caso, ad essere primariamente violato attraverso la lesione del bene è il principio di correttezza ex art. 1175 cod. civ. e, secondariamente, il principio del *neminem laedere*.

Ciò in conseguenza del fatto che le parti, regolamentando i propri interessi, sono entrate in contatto e hanno esposto le rispettive sfere giuridiche ad un rischio maggiore, determinato dagli eventuali effetti negativi che su di esse può avere il comportamento tenuto dall'altro soggetto.

Tale particolare relazione espone il bene, ovvero le sfere giuridiche, ad una situazione di incertezza ulteriore, che deve essere considerata autonomamente e per certi aspetti diversamente rispetto all'incertezza a cui

contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174). Diversi sono gli interessi della vita di relazione messi a rischio dal contatto sociale: dalla sicurezza della circolazione automobilistica alla lealtà della competizione economica alla correttezza e serietà delle trattative contrattuali. A protezione di essi si impongono agli operatori doveri di condotta che possono essere non generici – bensì calibrati sulle specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco -, ma non per questo di vantose obbligazioni. E la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale>>>.

tutti noi siamo esposti vivendo all'interno della società civile e relazionandoci continuamente con gli altri consociati.

E, allora, se il suddetto rischio dove sse concretizzarsi in presenza di un rapporto obbligatorio e in conseguenza dello stesso, la risposta dell'ordinamento dovrebbe essere differente e rispetto alla soluzione prospettata nel caso in cui si sia concretizzato un rischio derivante dalla vita di relazione.

La risposta dovrebbe essere il ricorso alla responsabilità contrattuale, in quanto la lesione della sfera giuridica altrui costituisce, in presenza di un rapporto negoziale, inadempimento agli obblighi di protezione di cui entrambi i contraenti sono gravati in forza della regola di cui all'art. 1175 cod. civ.

Ma la soluzione proposta non rinviene molti consensi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: invero, seppur sembra essere stata riconosciuta, all'interno del rapporto obbligatorio, la presenza della categoria degli obblighi di protezione, ad essa, tuttavia, non è attribuito lo stesso valore che ha l'obbligo di prestazione.

Quest'ultimo risponde all'interesse primario del creditore e ha rilevanza centrale nella costruzione del negozio giuridico; si afferma che la presenza di interessi altri oltre a quello di prestazione, ma ad essi si accorda un altro tipo di tutela. Ciò perché questi interessi altri non <<diventano obbligazioni>>.

Credo che, alla luce del "ripensamento" ormai completo sul rapporto obbligatorio inteso come struttura complessa e sulla scia delle elaborazioni della dottrina tedesca, che hanno condotto alla riforma del BGB, debba riconoscersi autonomia piena e valore paritetico rispetto all'obbligo di prestazione alla categoria degli obblighi di protezione.

Proprio la considerazione del rapporto obbligatorio come relazione complessa deve condurre l'interprete a considerare sullo stesso piano tutti gli interessi che da tale relazione discendono. E la loro violazione deve essere guardata da quest'ultimo allo stesso modo, cioè come inadempimento dell'obbligazione: si rammenta, infatti, che gli obblighi di protezione, anche se non dedotti in contratto, contribuiscono a realizzarne il contenuto. Si tratta di integrazione legale del contenuto del contratto, in quanto gli obblighi di protezione hanno fonte nel principio di cui all'art. 1175 cod. civ.

In quest'ottica di paritetica considerazione di tutti gli obblighi che contribuiscono a realizzare il rapporto obbligatorio, il rimedio per la loro violazione non può che essere unico e, dunque, non può che essere quello contrattuale⁽¹⁸⁶⁾.

Tale teoria, non appare, a mio giudizio, scalfita nemmeno dal rilievo che in determinate fattispecie contrattuali il legislatore ha avvertito l'esigenza di "contrattualizzare" l'obbligo di protezione, imponendolo quale dovere aggiuntivo rispetto a quello tipico di prestazione. I riferimenti sono all'art. 2087 cod. civ., in materia di lavoro subordinato, ove al datore di lavoro è posto lo specifico obbligo di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore, adottando a questo scopo << le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie >>⁽¹⁸⁷⁾; al contratto di

⁽¹⁸⁶⁾ In questa prospettiva, infatti, l'interesse alla prestazione è posto sullo stesso piano degli altri interessi; e il mancato rispetto dei secondi deve essere valutato nella stessa maniera in cui è considerato il mancato rispetto del primo.

⁽¹⁸⁷⁾ Oggetto di tutela da parte dell'art. 2087 cod. civ. è l'interesse del lavoratore a non subire danni alla sua persona o ai suoi beni nell'esecuzione della prestazione lavorativa. Cfr. S. COGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Bari, 2005, p. 217 ss.; MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1996, p. 139 ss.; TULLINI, *Buona fede e*

trasporto di persone, nel quale l'obbligazione del vettore non si esaurisce nel trasferimento del passeggero da un luogo ad un altro, ma impone al primo di tenere indenne il secondo (¹⁸⁸). Il vettore, infatti, è ai sensi dell'art. 1681 responsabile dei sinistri occorsi al viaggiatore durante il trasferimento e, al riguardo, è prescritta la nullità delle clausole che limitano tale responsabilità.

E ancora, il riferimento è alla materia della locazione, ove dagli artt. 1575, 1576, 1578 e 1580 si evince che il locatore è tenuto a far godere la cosa, avendo cura che da essa non derivino danni alla persona del conduttore e ai suoi familiari o dipendenti (¹⁸⁹); nonché all'art. 2391 cod. civ. che impone agli amministratori di informare gli altri amministratori e i sindaci di ogni interesse che, per conto proprio od i terzi, abbiano in una determinata operazione della

correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 870 ss.

In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. 21 gennaio 2002, n. 572, secondo la quale <<L'art. 2087 c. c. impone, all'imprenditore, quale disposizione di chiusura di tutta la disciplina antinfortunistica ed anche indipendentemente dalle specifiche misure previste dalla legge per le varie lavorazioni, di adottare nell'esercizio della impresa tutte le cautele e gli accorgimenti che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza, la tecnica e le condizioni di salute dei dipendenti, si appalesino necessari ed idonei a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale degli stessi, adoperandosi, nei limiti delle varie esigenze e del bilanciamento degli opposti interessi, a creare le situazioni più favorevoli per ottenere dai propri lavoratori il miglior rendimento secondo le proprie capacità in ragione di salute, di idoneità e di adattamento di ognuno alle esigenze lavorative proprie dello specifico settore dell'impresa>>.

L'interesse tutelato dall'art. 2087 cod. civ. non rileva solo ai fini del risarcimento del danno, ma anche perché consente al lavoratore, in caso di mancato adempimento da parte del datore di lavoro alle prescrizioni in materia di sicurezza, di legittimamente rifiutarsi di eseguire la prestazione.

(¹⁸⁸) Cfr. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2008, p. 80 ss.

(¹⁸⁹) V. MAJELLO, *op. cit.*, p. 61 ss., che riporta altri esempi in cui il legislator e avrebbe "contrattualizzato" un obbligo di protezione. Nell'art. 1770, comma II, che impone al depositario di dare avviso al depositante delle circostanze urgenti che hanno richiesto per il primo l'esercizio della << custodia in modo diverso da quello convenuto >>; nell'art. 1718, comma III, che pone a carico del mandatario il dovere di informare il mandante circa il mancato ricevimento della merce ovvero il suo deterioramento o, ancora, il suo arrivo a destino in ritardo.

società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata e, se amministratori delegati, hanno l'obbligo di astenersi dal compiere l'operazione⁽¹⁹⁰⁾.

Tutti questi esempi dimostrano che il legislatore italiano ha avvertito come particolarmente forte l'esigenza di protezione della sfera giuridica del contraente in alcune relazioni negoziali e ha ritenuto di specificare il contenuto del relativo obbligo di protezione⁽¹⁹¹⁾. Ciò ha fatto nella consapevolezza che la "contrattualizzazione" dell'obbligo di protezione avrebbe comportato l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale in caso di sua violazione⁽¹⁹²⁾; difatti, l'obbligazione nei succitati esempi non si esaurisce con

⁽¹⁹⁰⁾ Riguardo all'art. 2391 cod. civ. rilevo che la riforma del diritto societario del 2003 ha ridotto il contenuto di siffatto obbligo di protezione, oggi limitato ad un semplice dovere di informazione circa l'interesse configgente. Un tempo, invece, tale obbligo prevedeva che gli amministratori si astenessero dal votare nella delibera riguardante l'operazione in cui avessero per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto. Sul punto cfr. MAJELLO, *op. cit.*, p. 61 ss.

⁽¹⁹¹⁾ Secondo L'AMBO, *op. ult. cit.*, p. 109, << Per molte di esse [le fattispecie contrattuali in cui il dovere di protezione è esplicitato, n.d.r.], come riconosce anche la dottrina che nega nel nostro ordinamento cittadinanza alla categoria degli obblighi di protezione, la collocazione all'interno della disciplina generale del contratto rappresenta, sul piano storico, il frutto maturo di quella dottrina e giurisprudenza che sotto il codice abrogato attribuivano alla disciplina dell'inadempimento il compito di soddisfare quel bisogno di tutela ritenuto in principio di natura aquiliana >>. Cfr. ASQUINI, (sub voce) *Trasporto di persone* (contratto di), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, p. 612 ss.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. MAJELLO, *op. cit.*, p. 60, secondo il quale, nelle fattispecie su elencate, quando la violazione dei doveri di protezione comporta un danno alla controparte << è da ritenersi, senza ombra di dubbio, che si ha responsabilità contrattuale, non già responsabilità aquiliana >>.

Si rileva, tuttavia, che di fronte alla violazione di disposizioni come l'art. 2087, la giurisprudenza non esita a richiamare la responsabilità aquiliana, creando non pochi problemi di cui mulo ovvero concorso tra l'azione contrattuale e quella extracontrattuale. In particolare, i giudici di legittimità affermano che il concorso tra le due azioni è possibile tutte le volte in cui un medesimo fatto (*rectius*, una medesima condotta) violi non solo i diritti nascenti dal contratto, ma anche quelli che spettano alla persona offesa indipendentemente dall'esistenza del contratto, cioè i diritti assoluti ovvero primari; così, ad esempio si è espressa Cass. 21 giugno 1999, n. 6233, << È del tutto legittima, rientrando nel potere dispositivo della parte, la proposizione cumulativa dell'azione contrattuale e di quella extracontrattuale, qualora si assuma

la prestazione ma ha un *quid pluris*, voluto dal legislatore e che costituisce a tutti gli effetti parte integrante del contratto.

Analogo discorso, può ragionevolmente essere svolto per tutte gli altri contratti, ove un dovere di rispetto della persona e del patrimonio dell'altro contraente, simile a quelli su esplicitati, scaturisce dalla norma prevista all'art. 1175 cod. civ. Infatti, le ipotesi di cui ho dato conto poc'anzi altro non sono che specificazioni legislative del generale principio di correttezza, da cui derivano gli obblighi di protezione che, come nei casi citati, sono parte del

che, con un unico comportamento, so no stati violati sia gli obblighi derivanti dal contratto, sia il generale dovere del neminem laedere>>(cfr., anche, Cass. 5 febbraio 1999, n. 1158; di merito, Trib. Vicenza 29 gennaio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 734 ss.).

Con riferimento alla violazione del dovere di cui all'art. 2087 cod. civ., v. Cass. 20 giugno 2001, n. 8381, in *Foro it.*, Rep. 2001, sub voce *Lavoro* (rapporto), n. 1169, secondo la quale <<l'attività svolta dal lavoratore subordinato consente di ipotizzare, per un fatto che violi con temporaneamente sia diritti che spettano alla persona in base al precetto generale del neminem laedere, sia diritti che scaturiscono dal vincolo giuridico contrattuale, il concorso dell'azione extracontrattuale di responsabilità ex art. 2043 c. c. e di quella contrattuale basata sulla violazione degli obblighi di sicurezza posti a carico del datore di lavoro dall'art. 2087 c.c.>> (cfr., ex multis, Cass. 21 dicembre 1998, n. 12763, *ivi*, Rep. 1998, sub voce *cit.*, n. 1290). Un altro ambito in cui il principio del cumulo di azioni ha avuto notevole diffusione è quello della responsabilità professionale, soprattutto riguardo alla professione medica e al rapporto tripartito paziente, struttura sanitaria, medico curante: cfr. Cass. 6 ottobre 1997, n. 9705, *ivi*, Rep. 1998, sub voce *Professioni intellettuali*, n. 152; Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 550; in dottrina, v. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 315 ss.; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 326 ss.; SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in A.A. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 181 ss.; CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in *La responsabilità medica, cit.*, p. 175 ss.; DE CESARE, (sub voce) *Ospedale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, p. 458 ss.

E, ancora, il concorso di azioni ha ricevuto notevole attenzione, in particolare dalla dottrina, in materia di trasporto: per approfondimenti, v. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 962; ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti, banco di prova di una adeguata evoluzione del regime del concorso*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri - numero speciale di Dir. mar.*, 2010, p. 83 ss. e in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 253 ss.

contratto al pari dell'obbligo di prestazione e la loro violazione impegna le parti a titolo di responsabilità contrattuale.

3.1 *La tipizzazione degli obblighi di protezione.*

Il problema degli obblighi di protezione, oltre ad investire il tema delle fonti dell'obbligazione e, dunque, a risolversi nella scelta tra fatto illecito e inadempimento, riguarda anche la struttura stessa del rapporto obbligatorio.

Invero, come ho poc' anzi sottolineato, il riconoscimento della natura complessa di siffatto rapporto dovrebbe portare a concludere per l'esistenza e l'autonomia della categoria dei doveri di protezione; in realtà così non è per una parte della dottrina, la quale mette in discussione l'opportunità stessa di ampliare l'oggetto dell'obbligazione oltre la prestazione dedotta in contratto. In questi termini, gli obblighi di protezione si risolverebbero nell'obbligo di prestazione, il cui esatto adempimento già comprende il contegno di protezione verso la sfera giuridica altrui, dovuto dal debitore ⁽¹⁹³⁾.

Il che, tuttavia, significa circoscrive moltissimo la portata dell'art. 1175 cod. civ. e concepire l'obbligazione in termini assolutamente simplicistici, riconoscendo rilevanza esclusivamente all'interesse alla prestazione e appiattendosi su di esso tutti gli altri interessi che dal rapporto obbligatorio discendono ⁽¹⁹⁴⁾. A ciò si aggiunga un altro inconveniente in cui incorre la

⁽¹⁹³⁾ Cfr. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 37; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 18 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ In particolare, la dottrina che sostiene questa tesi offre come esempio la fattispecie contrattuale del trasporto di persone: si afferma, infatti, che la prestazione

suddetta dottrina, e cioè quello di negare tutela contrattuale una volta che è stato soddisfatto l'interesse alla prestazione.

Emblematica di questa impostazione concettuale dell'obbligazione è stata una pronuncia della Corte Suprema di Cassazione del 1997 (¹⁹⁵), in materia di trasporto a mezzo seggiovia: i giudici di legittimità hanno escluso la configurabilità in capo al gestore dell'impianto sciistico della responsabilità contrattuale, in quanto l'incidente occorso allo sciatore era avvenuto sulla piazzola di raccordo tra la seggiovia e le piste di discesa, dunque, in un momento temporale in cui la prestazione a carico del gestore era già stata eseguita.

Si legge, invero, nella motivazione << *L'art. 1681 c.c. permette al trasportato dall'impianto di risalita in seggiovia, nel caso in cui abbia subito danni in conseguenza ad una caduta, di ri valersi sul vettore, sempre che egli fornisca la prova che la caduta sia avvenuta prima della cessazione e degli effetti residui del moto impresso dal mezzo, che costituisce il momento oltre il quale la prestazione contrattuale del vettore deve considerarsi esaurita*>>.

del vettore non si esaurisce con il trasferimento del passeggero da un luogo ad un altro, ma con l'apprestare tutte le misure di sicurezza e precauzioni necessarie affinché quest'ultimo giunga a destino senza subire danni. E la circostanza che il sistema normativo abbia considerato due ipotesi di responsabilità del vettore, una per il mancato adempimento ovvero per il ritardo, l'altra per la violazione dell'obbligo di protezione, non significa – sempre secondo la dottrina in discorso – che esistono due diverse obbligazioni. L'obbligo è sempre e solo uno, che si specifica in due aspetti quello del trasferimento e quello della protezione nell'esecuzione del trasferimento. In questi termini BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione, cit.*, p. 94, sub nota 47; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, cit.*, p. 18 - 19.

(¹⁹⁵) Cass. 23 maggio 1997, n. 4607, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2470 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 91 ss., con nota di FERRI, *Il contratto di risalita in seggiovia e il danno all'utente, ivi*. Cfr., anche, Cass., 13 gennaio 1993, n. 356, la quale ha precisato che <<La particolare responsabilità del vettore prevista dall'art. 1681 si applica anche al trasporto per seggiovia e si protrae e fin quando non vengono meno gli effetti sul viaggiatore del moto impressogli dal mezzo al momento della discesa da esso>>.

Con l'adempimento dell'obbligo di prestazione si esauriscono gli effetti del contratto e, dunque, siamo al di fuori del rapporto negoziale. Non si sarebbe giunti a negare la responsabilità contrattuale del gestore di impianto di risalita se fosse stata considerata la teoria degli obblighi di protezione e, a monte, il rapporto obbligatorio fosse stato concepito come struttura realmente complessa.

I doveri di protezione, infatti, avendo una funzione autonoma rispetto all'obbligo di prestazione, avrebbero riportato nell'area della responsabilità *ex contractu* il pericolo di danno che si verifica a prescindere dall'adempimento dell'obbligo di trasferimento.

Il ragionamento di fondo che conduce a riconoscere l'indipendenza della categoria degli obblighi di protezione muove dalla considerazione che in alcuni casi la sfera giuridica del contraente non riceve adeguata tutela sulla base della sola prestazione e, dunque, abbisogna di obblighi altri di protezione. Il che, peraltro, non significa negare che già in base alla natura della prestazione sia apprestata tutela all'integrità della persona o delle sue cose, ma solo riconoscere che essa non sempre è sufficiente.

Confermata, dunque, ancora una volta l'autonomia – nonché la rilevanza – della categoria degli obblighi di protezione, cercherò di riassumere, anche se in termini assolutamente generali, il contenuto dei doveri di protezione. Al riguardo, alcuni Autori hanno cercato di tipizzare tali obblighi,

ciò al fine saggiare il compito svolto dalla regola di cui all'art. 1175 cod. civ. e individuare le sue applicazioni concrete (¹⁹⁶).

Sono così state individuate quattro categorie: *i*) doveri di avviso o di comunicazione, *ii*) doveri di custodia, *iii*) doveri di conservazione o di sicurezza e *iv*) doveri di salvataggio (¹⁹⁷). Tale tipizzazione non è – ma nemmeno pretende di essere – es austiva: è necessario, infatti, valutare in concreto l'esigenza di tutela che, di volta in volta, emerge dalla relazione instaurata tra le parti e ricostruire, ricorrendo allo strumento dell'art. 1175 cod. civ., il contenuto del dovere senza necessariamente rifarsi alle categorie su elencate (¹⁹⁸).

Entrando nel merito delle singole ipotesi tipizzate dalla dottrina, rilevo come particolarmente diffusi, nell'attuale realtà sociale, siano i doveri di avviso e di informazione.

Si pensi, ad esempio, all'ambito dell'attività medica, in cui riveste ormai rilievo fondamentale l'obbligo di informazione al paziente, al fine di ottenere il suo consenso al trattamento sanitario (¹⁹⁹). Si potrebbe addirittura

(¹⁹⁶) MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>*. (Studio critico), cit., p. 368; BENATTI, *Osservazioni in tema di << doveri di protezione >>*, cit., p. 1354; ID., *Doveri di protezione*, cit., p. 222.

(¹⁹⁷) Cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (Artt. 1218 – 1222)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 240 ss.

(¹⁹⁸) Cfr. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 240 ss., la quale rileva che <<(…) il giudice tutte le volte che, per la natura della prestazione dedotta nel contratto, rileva una relazione tra le parti tale da far scorgere una esigenza di protezione della persona o della sfera patrimoniale dei contraenti, deve poter utilizzare lo strumento offertogli dall'art. 1175 c.c. anche quando non soccorrono una norma specifica, il contratto o un uso, come fonti dell'obbligo di sicurezza>>.

(¹⁹⁹) In giurisprudenza si è ritenuto che l'informazione al paziente costituisce <<condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32 comma 2 della Costituzione, a norma

sostenere che tale obbligo del medico si realizza attraverso una serie di doveri di protezione, ciascuno preordinato a salvaguardare un diverso interesse della persona⁽²⁰⁰⁾.

Così il dovere di informazione è finalizzato a mettere a conoscenza il paziente dei rischi che esso corre nell'eseguire ovvero nel sottoporsi a una data terapia, di modo che non sia lesa la sua capacità di autodeterminazione,

del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardare la propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.)>> (così Cass. 25 novembre 1994, n. 10014). V. anche, più risalente, Cass. 8 agosto 1985, n. 4394: <<Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, il dovere d'informazione gravante sul professionista - la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale e del conseguente obbligo di risarcimento del danno, commisurato all'interesse cosiddetto positivo - investe non solo le potenziali cause d'invalidità o d'inefficacia della prestazione professionale ma anche le ragioni che questa rendano inutile, in rapporto al risultato (ancorché non espressamente dedotte in contratto) sperato dal cliente, o addirittura dannosa. In particolare, nel rapporto fra paziente e chirurgo praticante la chirurgia estetica, detto dovere non è limitato - come nel rapporto fra cliente e terapeuta in genere (chirurgo o medico che sia) - alla prospettazione dei possibili rischi del trattamento suggerito (in quanto tale da porre in pericolo la vita o l'integrità fisica del paziente), ma concerne anche la conseguibilità o meno, attraverso un determinato intervento, del miglioramento estetico perseguito dal cliente in relazione alle esigenze della sua vita professionale e di relazione. (Nella specie, l'impugnata sentenza - confermata dalla S.C. - aveva ritenuto che l'anzidetto dovere d'informazione, nei confronti di una danzatrice professionale e spogliarellista sottopostasi ad un intervento di chirurgia plastica del seno, non fosse stato assolto, quanto al residuo di cicatrici, con l'esibizione, da parte del professionista, di alcune fotografie relative ad interventi di analoga natura)>>.

⁽²⁰⁰⁾ In generale sull'argomento, v. CACACE, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali* a cura di G. Comandè, Torino, 2004, p. 77 ss. Per un'ipotesi particolare di consenso informato, v. DI FRESCO, *Il consenso informato in psichiatria*, consultabile all'indirizzo www.infoius.it.

ma al contempo è finalizzato anche alla salvaguardia dell'integrità fisica della persona, ad esempio nel caso di procedura medica invasiva ⁽²⁰¹⁾.

E ancora tutela indirettamente la libertà di pensiero e di religione di una persona ⁽²⁰²⁾.

Quanto ai doveri di custodia, essi si rinvengono nei rapporti contrattuali di trasporto (ove è esplicito), di albergo, di ristorazione, di stage e tutelano l'interesse del soggetto a non subire danni ai propri beni; mentre i doveri di conservazione e sicurezza si può parlare con riferimento ad alcune fattispecie

⁽²⁰¹⁾ E ancora la giurisprudenza ha sottolineato che il dovere di informazione deve riguardare anche le condizioni della struttura sanitaria, nonché l'esecuzione dell'operazione da parte di un'equipe e non del solo medico curante. Al riguardo, v. Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, in *Dir. e giustizia*, 2000, fasc. 20, p. 14 ss., secondo la quale <<Il consenso informato - personale del paziente o di un proprio familiare - in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta, magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra. L'omessa informazione sul punto può configurare una negligenza grave, della quale il medico risponderà in concorso con l'ospedale sul piano della responsabilità civile, quindi del risarcimento del danno, ed eventualmente anche sul piano professionale, deontologico - disciplinare>>. E, ancora, Cass. 15 gennaio 1997, n. 364: <<se le singole fasi assumono un'autonomia gestionale e presentano varie soluzioni alternative, ognuna delle quali comporta rischi diversi, il suo dovere di informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi>>.

⁽²⁰²⁾ L'esempio potrebbe essere quello del testimone di Genova, debitamente informato circa le modalità di esecuzione dell'operazione, che può scegliere di non prestare il proprio consenso, qualora si renda necessaria nel corso dell'operazione stessa una trasfusione (pratica non consentita dai precetti religiosi dei testimoni di Geova). L'adempimento da parte del medico al dovere di informazione rende effettivo il diritto del paziente all'autodeterminazione - principio inviolabile sancito dagli articoli 2 e 3 della Costituzione -; tuttavia, poi, anche la sua libertà di religione. Al riguardo, cfr. Cass. pen. 11 luglio 2001, n. 1572, secondo la quale <<Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto delle proprie integrità corporee, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 cost.>>.

contrattuali tipiche, come il contratto di lavoro ovvero quello di locazione ⁽²⁰³⁾, nonché atipiche, quali ad esempio il contratto di ospitalità ⁽²⁰⁴⁾.

Rientra, altresì, tra i doveri di conservazione o di sicurezza, l'obbligo dell'insegnante di vigilare sugli alunni, affinché essi non procurino lesioni a sé stessi.

Che l'insegnante sia gravato, oltre che dall'obbligo di prestazione, da un generale dovere di protezione nei confronti degli alunni è circostanza che ricaviamo dall'art. 2048 cod. civ., norma che disciplina la responsabilità dei precettori. Quest'ultima, tuttavia, considerava esclusivamente il fatto illecito cagionato dal minore, presupponendo perciò una condotta illecita orientata verso un terzo ⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰³⁾ Con riguardo al rapporto di lavoro il riferimento (quasi scontato) è all'art. 2087 cod. civ.; mentre per la locazione è all'art. 1580 cod. civ.

⁽²⁰⁴⁾ Si pensi, al dovere che incombe sull'ente ospedaliero di conservare il più possibile le sale operatorie in condizioni di sterilità, ovvero al dovere di apprestare tutte le misure di sicurezza affinché (soprattutto in certi reparti) si evitino i contagi ovvero le fuoriuscite di radiazioni (si immagini, il reparto di medicina nucleare di un ospedale ovvero, le sale in cui vengono eseguiti gli esami clinici di risonanza magnetica).

Si pensi, al riguardo, soprattutto ai recenti fatti di cronaca che vedono sotto indagine numerosi pronto soccorso del paese e, in particolare, quelli della regione Lazio dove le ore di attesa per essere visitati dopo l'assegnazione un codice giallo superano le sei ore (fonte: TG1 Rai, 20 febbraio 2012).

Sicuramente tra i doveri di conservazione e sicurezza, vi rientra quello dell'ente ospedaliero di apprestare tutte le misure idonee in termini di efficienza delle strutture e di impiego delle risorse umane per evitare attese sfiancanti ai malati.

⁽²⁰⁵⁾ Per la teoria degli obblighi di protezione, il dovere di sicurezza e di conservazione non rileva solo nell'area della responsabilità extracontrattuale, ma anche in quella contrattuale; invero, la sua violazione costituisce, al contempo, inadempimento al principio del *alterum non laedere* e alla regola di correttezza, di cui è gravato l'insegnante in forza del contratto di lavoro con l'istituto scolastico e che lo impegna verso terzi e lo stesso istituto scolastico in virtù del contratto di insegnamento stipulato con i genitori del minore (anche in questo caso, vedremo meglio *infra* il rapporto tra obblighi di protezione e contratto a favore di terzo, ovvero ancora come si atteggiavano i doveri di protezione nella suddetta fattispecie contrattuale). Nell'ambito della responsabilità aquiliana, il precettore risponde ex art. 2048 cod. civ., mentre l'istituto scolastico ex art. 2049 cod. civ.

Resta esclusa dalla norma la fattispecie in cui l'alunno procura lesioni a sé stesso.

Al riguardo, la Corte di Cassazione e la Sezione I Unite ha recentemente composto un conflitto interpretativo in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 2048 cod. civ., riconoscendo che non è *«invocabile la presunzione di responsabilità posta dall'art. 2048, comma 2, nei confronti dei precettori, al fine di ottenere il risarcimento dei danni che l'allievo abbia procurato a sé stesso. Il contrario as sunto posto la infatu na radicale alterazione della struttura della norma, che delinea una ipotesi di responsabilità per fatto altrui, in quanto il precettore risponde verso il terzo danneggiato per il fatto illecito compiuto dall'allievo in danno del terzo, per non averlo impedito in ragione di una presunzione di culpa in vigilando, laddove nel caso di autolesione il precettore sarebbe ritenuto direttamente responsabile verso l'alunno per un fatto illecito proprio, consistente nel non aver impedito, violando l'obbligo di vigilanza, che venisse compiuta la condotta autolesiva. Per completezza d'esame (la questione non ha infatti formato oggetto del presente giudizio nelle fasi di merito) è utile precisare che, nel caso di danno arrecato dall'allievo a sé stesso, appare più corretto ricondurre la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.,*

bensi nell'ambito della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.>> (206).

Dunque, nell'ipotesi di danno cagionato dal minore a sé stesso l'insegnante e l'istituto scolastico sono responsabili *ex contractu*: il secondo è responsabile in virtù del contratto di insegnamento, che si è perfezionato al momento dell'accettazione della domanda di ammissione presentata dai genitori del minore all'istituto stesso e che prevede, accanto alla prestazione fondamentale di insegnamento, doveri di sorveglianza e protezione nei confronti degli alunni.

(206) Cass. S.U. 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1013 ss. La vicenda trae origine da un incidente occorso ad un'alunna di scuola elementare durante la lezione di educazione fisica; infatti, a causa delle condizioni meteorologiche, la lezione si era svolta in classe e la minore, mentre si rincorreva con i compagni, era caduta a terra riportando la frattura di due incisivi. Giovarichiamare alcuni passi della sentenza per comprendere il ragionamento di fondo seguito dai giudici di legittimità e che li ha condotti ad escludere l'applicabilità dell'art. 2048 alla fattispecie di lesione auto-inflitta dall'allievo: << *Va altresì rilevato, sul piano dell'interpretazione letterale che l'art. 2048, comma 2, si riferisce espressamente al danno cagionato dal fatto illecito dell'allievo, presupponendo quindi un fatto obiettivamente anti-giuridico (così la sentenza n. 2485/58), lesivo di un terzo. Ed allora, poiché non può ritenersi fatto illecito, obiettivamente anti-giuridico, la condotta dell'allievo che procura danno, non già ad un terzo, ma a sé stesso (come è avvenuto nei casi considerati dalle sentenze n. 2485/58, n. 2110/74 e n. 5268/95), questa ipotesi si deve restare fuori dall'area dell'art. 2048, comma 2. L'indirizzo restrittivo trova inoltre sostegno nella autorevole opinione espressa in dottrina, al quale il Collegio aderisce, secondo cui, nella ricostruzione della disciplina della responsabilità aquiliana, l'art. 2048 è concepito come norma di "propagazione" della responsabilità, in quanto, presumendo una culpa in educando o in vigilando chiama a rispondere genitori, tutori, precettori e maestri d'arte per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi. la responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori, tutori, precettori e maestri d'arte. E giova osservare che nel senso che la norma in esame sia dettata a protezione dei terzi, esposti al rischio di un danno conseguente all'agire dei minori, è orientata la prevalente dottrina>>.* Si veda, anche, DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2635 ss.; M OROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1287 ss.

Il primo, invece, non ha alcun rapporto con trattuale diretto con il minore, ma solo con l'istituto scolastico: tra il primo e il minore sussiste un'obbligazione senza prestazione⁽²⁰⁷⁾, che non rinviene la sua fonte nel contratto, bensì nella speciale relazione che si instaura tra le parti.

Da tale relazione, definita come <<contatto sociale>>, discendono obblighi ulteriori rispetto a quello principale in capo all'istituto di istruire e educare, obblighi che si traducono in doveri di sorveglianza e di protezione⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, p. 443 ss.

⁽²⁰⁸⁾ In questi termini, v. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1197, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2092 ss., con nota di S ESTI, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dal minore: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, *ivi*; Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 363 ss., con nota di MENINI, *I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*, *ivi*; Cass. 18 luglio 2003, n. 11245, *Danno e resp.*, 2004, p. 436 ss., con nota di BATÀ – SPIRITO, *Danno cagionato dall'incapace a se stesso*, *ivi*.

Recentemente il Tribunale di Catanzaro, 18 maggio 2009, in *Resp. civ. e prev.*, p. 150, con nota di FOGLIA, *Duty to prevent the suicide? I confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante*, *ivi*, ha confermato che <<Tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona>>. La tragica vicenda riguarda il suicidio di una ragazza durante l'orario scolastico; i giudici, all'esito dell'istruttoria, hanno accertato che l'insegnante al termine della prima ora di lezione (momento temporale in cui si è consumata la tragedia) non aveva ancora rilevato le presenze in classe degli alunni e, addirittura, la stessa docente non risultava presente in aula, né vi era traccia del fatto che fosse stata regolarmente svolta attività scolastica durante la prima ora di lezione. Tale condotta – secondo il giudizio del Tribunale di Catanzaro – si pone in netto contrasto con il dovere di sorveglianza a cui è tenuto l'insegnante; e se è pur vero che il suicidio costituisce evento di per sé imprevedibile << è però altrettanto vero che, a fronte di tale evento normalmente ed umanamente imprevedibile, deve essere individuato e delimitato l'ambito dei doveri facenti capo all'istituto scolastico e, più specificamente, all'insegnante. Ciò equivale a dire che imprevedibile potrebbe essere considerato, in astratto, anche il comportamento dell'alunno che, con un movimento repentino, procuri a sé stesso una lesione nel corso dell'orario scolastico. La questione non deve essere, pertanto, incentrata sulla prevedibilità o imprevedibilità in astratto dei comportamenti dell'alunno ma sullo svolgimento dei fatti che si sono verificati e, in relazione ad essi, sulla condotta dell'insegnante, accertando se tale condotta sia stata correttamente posta in essere ed accompagnata dalle normali regole di prudenza

A ciò si aggiunga, poi, un'ulteriore considerazione non formulata dalla citata giurisprudenza, ma indubbiamente rilevante al fine di comprendere appieno la teoria degli obblighi di protezione: l'insegnante, oltre all'obbligazione senza prestazione cui si è poc'anzi accennato, ha anche un dovere di protezione nei confronti dell'istituto scolastico, questa volta proprio in virtù del contratto di lavoro.

Infatti, il rapporto di lavoro prescrive, tra le parti, obblighi reciproci di protezione, ossia di non ledere la sfera giuridica altrui esponendola a rischi maggiori di quelli a cui già si espone con la suddetta relazione.

In altre parole, l'insegnante vigila sugli alunni, cercando di evitare, laddove possibile, che essi rechino danno a cose, a persone o a se stessi e ciò fa (anche) in adempimento al dovere di protezione che ha verso l'istituto scolastico. Dovere, appunto, che si sostanzia nel mantenere un contengo tale da evitare l'aggravarsi del rischio che la scuola si è assunta, verso i terzi, con il contratto di insegnamento ⁽²⁰⁹⁾.

Oltre oceanico, l'esponentiale crescita di fenomeni di autolesionismo negli istituti scolastici ha condotto ad un vivace dibattito dottrinale, tra chi sostiene di attribuire una *duty to prevent (the suicide)* in capo al personale scolastico e coloro che, invece, sostengono l'impossibilità di attribuire alla scuola un ruolo di supervisore di tutti gli aspetti della vita degli alunni ⁽²¹⁰⁾.

necessarie per attuare, in concreto, una idonea vigilanza sull'alunno sottoposto alla sua custodia>>.

⁽²⁰⁹⁾ Nel proseguo del presente elaborato avrò modo di approfondire meglio la caratteristica di reciprocità degli obblighi di protezione e le conseguenze, in termini di allocazione della responsabilità, a cui può condurre una sua applicazione pratica.

⁽²¹⁰⁾ WEI, *University Policy and Procedural Responses to Students at risk of Suicide*, Yale Law School, 2007, p. 35; DYER, *Is there a duty? Limiting college and university liability for students suicide*, in *Michigan LR*, 2008, p. 106.

Tendenzialmente le Corti americane negano la sussistenza di una responsabilità in capo ai college per non aver evitato il suicidio dello studente ⁽²¹¹⁾; tuttavia, recentemente, si riscontrano alcune eccezioni alla *no duty to prevent suicide rule*. Così nel caso *Schieszler v. Ferrum College*, il giudice ha riconosciuto la sussistenza di una << *special relationship*>> tra lo studente e il college dalla quale deriva un generale dovere di protezione del primo da parte del secondo ⁽²¹²⁾. Dall'istruttoria, infatti, è emerso che la scuola fosse a conoscenza dello stato psicologico alterato dello studente e, dunque, fosse informata del pericolo che lo stesso poteva correre rimanendo da solo in stanza.

Ancora, nel caso *Shin v. MIT*, i familiari della vittima hanno agito anche per *breach of contract*, sostenendo che l'istituto scolastico sarebbe rimasto inadempiente all'obbligazione di fornire assistenza medica come dichiarato nella *brochure* del dipartimento medico della scuola ⁽²¹³⁾. Il giudice, tuttavia,

⁽²¹¹⁾ Cfr. *Mahoney v. Allegheny Collage*, No. AD 892-2003 (Pa. Ct. Com. Pl. Dec. 22, 2005), consultabile all'indirizzo <http://asjaonline.org/attachments/articles/35/Allegheney/collage/20SJ/decision>; *Jain v. State*, 617 N. W. 2d 293, 330 (Iowa 2000) consultabile in banca dati Lexis-Nexis; *Bogust v. Iverson*, 1960, Wisc. LEXIS 361, consultabile in banca dati Lexis-Nexis; *White v. University of Wyoming*, 1998 Wyo. LEXIS 43, consultabile in banca dati Lexis-Nexis.

⁽²¹²⁾ *Schieszler v. Ferrum College*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 23545, consultabile in banca dati Lexis-Nexis; la vicenda riguarda un ragazzo al primo anno di college con problemi comportamentali. Dal primo semestre, infatti, il giovane aveva manifestato atteggiamenti violenti e poco equilibrati, addirittura nel secondo semestre il personale addetto alla sicurezza del campus era stato costretto ad intervenire per sedare un lite che lo vedeva coinvolto insieme alla sua fidanzata. Al termine del litigio la ragazza aveva dichiarato al personale dell'istituto il proposito del ragazzo di uccidersi; quest'ultimo, rimasto solo nella propria stanza, dopo l'intervento degli organi scolastici, si è impiccato.

⁽²¹³⁾ *Shin v. MIT (Massachusetts Institute of Technology)*, No. 02-0403, 2005 WL 1869101, consultabile in banca dati Lexis-Nexis. La studentessa Shin si è tolta la vita nell'aprile del 2000: la ragazza presentava ormai da anni disturbi psichici che l'avevano condotta ad alcuni periodi di ospedalizzazione in centri specializzati, nonché a cure costanti all'interno del campus. Poco prima della sua morte, l'istituto aveva preso atto del costante peggioramento psichico della ragazza e aveva deciso che la stessa si guisse una terapia psichiatrica fuori dal campus. Informata di tale

non ha accolto la prospettiva azione attorea, qualificando la responsabilità dell'istituto scolastico in termini extracontrattuali.

Entrambi i processi citati si sono conclusi con un accordo transattivo; tuttavia l'impostazione seguita dalle Corti americane era già evidente nel momento in cui, in ambedue i casi, è intervenuta la transazione, e tale impostazione era nel senso di riconoscere la sussistenza di una responsabilità in capo all'istituto scolastico. Sulla qualificazione di tale responsabilità sussistono, ancora oggi, forti dubbi, in quanto appare più probabile – secondo l'orientamento espresso dalle corti americane – che questa sia attratta nell'area del *tort*, piuttosto che in quella del *contract* ⁽²¹⁴⁾.

Gli esempi riportati, riguardanti gli obblighi di protezione in capo agli istituti scolastici, lasciano intravedere un'ulteriore problema nell'elaborazione teorica degli obblighi di protezione e cioè quello di individuare quali tra le condotte che ledono beni diversi da quello specificamente dedotto in obbligazione possono essere ascritte alla responsabilità contrattuale del debitore.

3.2 Segue: *il nesso etimologico tra violazione del dovere di protezione e rapporto obbligatorio.*

determinazione degli organi direttivi della scuola, la studentessa si è tolta la vita dando fuoco alla propria stanza.

⁽²¹⁴⁾ Cfr., ancora, *Shin v. MIT (Massachusetts Institute of Technology)*, cit.

Il problema in Italia è stato sollevato da Mengoni, il quale ha individuato il discrimine, tra condotte rilevanti ai fini della responsabilità del debitore e condotte non rilevanti, nell'intensità del legame e tra il comportamento tenuto dalla parte e la preesistente obbligazione da adempiere⁽²¹⁵⁾.

In particolare, l'Autore afferma che la condotta causativa del danno, per integrare gli estremi della responsabilità contrattuale, deve derivare da un'attività << essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto >> e, ancora, che << non basta accertare che il danno non avrebbe potuto verificarsi senza il contratto (...), ma occorre accertare una relazione di causalità e non di semplice occasione del contratto >> ⁽²¹⁶⁾.

Vi sono, infatti, casi in cui l'esecuzione del contratto fornisce esclusivamente l'occasione per la produzione del danno, che, dunque, non può che avere natura extracontrattuale.

Così - ad esempio - se un operaio, dovendo eseguire, per avvenuta convenzione, un lavoro in un'abitazione privata, commette un furto nella medesima, il danno che egli arreca è di natura extracontrattuale ⁽²¹⁷⁾.

Invero, la teoria degli obblighi di protezione e consente, attraverso l'integrazione del contratto ad opera del principio di correttezza, di estendere la tutela negoziale oltre quanto specificatamente dedotto dalle parti in contratto;

⁽²¹⁵⁾ MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>*. (Studio critico), cit., p. 369, sub nota 15.

⁽²¹⁶⁾ MENGONI, *op. cit.*, p. 369, sub nota 15.

⁽²¹⁷⁾ MENGONI, *op. cit.*, p. 369, sub nota 15; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979, p. 101.

tuttavia, non può arrivare a comprendere ciò che è assolutamente estraneo all'indole della prestazione convenuta.

Ecco allora che il principio di correttezza può obbligare chi ha assunto l'impegno di eseguire dei lavori in un'abitazione privata ad osservare cautela nell'accesso e nell'impiego degli strumenti del mestiere: si pensi all'imbianchino che si è vincolato a dipingere a calce le pareti di una casa, egli è contrattualmente responsabile non solo della mancata od imperfetta esecuzione della prestazione di imbiancatura, ma anche per aver – ad esempio – imbrattato di calce le scale ⁽²¹⁸⁾. Non è così, invece, per l'ipotesi di furto: l'astensione dalle commettenti azioni di depauperamento del patrimonio altrui è del tutto estranea alla prestazione di imbiancatura dedotta in contratto e, pertanto, non può rientrare sotto il vincolo dell'obbligazione contrattuale.

In questo caso, il contratto ha creato semplicemente l'occasione per il compimento del furto e il danno che ne deriva avrà sempre natura extracontrattuale.

Mentre, ha natura contrattuale il danno che è posto in relazione causale con il negozio giuridico. Al riguardo, è sicuramente di natura contrattuale il danno provocato dal venditore di mangime che negligenemente ha mescolato quest'ultimo con del veleno e, così facendo, ha provocato la morte di alcuni capi del bestiame e del contadino. In questo caso, il venditore ha arrecato un danno ad un interesse che il suo obbligo di esatta e diligente esecuzione mirava a tutelare ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁸⁾ Cfr., sempre, DE CUPIS, *op. cit.*, p. 101 - 102.

⁽²¹⁹⁾ Cfr., ancora, DE CUPIS, *op. cit.*, p. 102, secondo il quale «(...) il danno è certamente contrattuale quando il debitore, non eseguendo la prestazione o eseguendola inesattamente, lede interessi per la cui conservazione la stessa

Sempre nella competenza ex art. 1218 cod. civ. si dovrebbe correttamente far rientrare il caso del chirurgo che, portata diligentemente a compimento l'operazione, si lascia sfuggire di mano il bisturi e ferisce il paziente ⁽²²⁰⁾.

In realtà, la teoria qui appresso declinata non è del tutto avulsa da critiche: si pensi, ad esempio, al caso del furto compiuto dall'operaio nell'abitazione in cui era andato ad eseguire un intervento di riparazione. In tale fattispecie, ciò che rompe il legame tra condotta e contratto e comporta la qualificazione del danno come extracontrattuale, è il dolo del debitore, l'intenzione delittuosa di quest'ultimo.

Tuttavia, la dottrina ha evidenziato che <<la semplice presenza del dolo nell'agire della parte non può essere sufficiente a giustificare la violazione dell'obbligo di protezione allo schema della responsabilità civile>> ⁽²²¹⁾.

L'elemento soggettivo del dolo non è di per sé solo in grado di trasformare l'inattuazione dell'obbligazione in fattispecie della responsabilità extracontrattuale; può comportare il concorso delle due responsabilità qualificandosi la condotta inadempiente come fatto illecito che reca un danno ingiusto al creditore ⁽²²²⁾.

prestazione è addirittura strumentale. Ad es.: la riparazione del tetto dell'edificio serve per evitare infiltrazioni d'acqua piovana nello stesso edificio, la sua utilità è proporzionata a questo fine. E quindi, se il soggetto che si era obbligato ad eseguirla, non la esegue tempestivamente o la esegue male, il danno derivato all'edificio per l'infiltrazione dell'acqua lede un interesse che il contratto era inteso salvaguardare, ed è quindi un danno contrattuale il cui risarcimento è regolato dalle norme sulla responsabilità contrattuale>>.

⁽²²⁰⁾ MENGONI, *op. cit.*, p. 371; LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁽²²¹⁾ Così LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 136; cfr., anche, LUPOI, *Il dolo del debitore e nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, p. 517 ss.

⁽²²²⁾ In questo senso v., sempre, LUPOI, *op. cit.*, p. 517 ss.

Invero, l'intenzione del debitore di non adempiere per non soddisfare l'interesse del creditore alla prestazione – in tenzone che qualifica l'elemento soggettivo del dolo – impegnerà sempre sotto il profilo della responsabilità contrattuale il debitore della prestazione.

Analogo discorso può essere fatto per gli obblighi di protezione. Essi, infatti, come abbiamo sottolineato *supra*, sono sullo stesso piano dell'obbligo di prestazione; pertanto, la condotta del debitore in violazione dell'obbligo di protezione, sorretta dall'intenzione dello stesso di non realizzare l'interesse del creditore a non subire lesioni alla propria sfera personale, impegna il debitore a titolo di responsabilità contrattuale ⁽²²³⁾.

In merito, si veda una pronuncia della Corte di Cassazione, particolarmente cristallina nell'identificare il rapporto tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana in relazione ad un medesimo fatto lesivo sia di diritti assoluti sia di diritti di credito ⁽²²⁴⁾.

La vicenda riguardava le molestie sessuali subite, durante l'orario di lavoro, da alcune dipendenti di un'azienda ad opera del proprietario della stessa ⁽²²⁵⁾; preliminarmente, la Suprema Corte precisa che << *In linea di diritto va*

⁽²²³⁾ Cfr. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 136 – 137, il quale precisa che i doveri di protezione << (...) gravitano intorno all'interesse negativo del debitore e del creditore alla conservazione e alla sicurezza delle rispettive sfere giuridiche; e di tal interesse assicurano la tutela. In ragione di ciò, la regola sancita dall'art. 1175 deve suonare come il precetto alterum non laedere che presiede l'area extracontrattuale: non agire con la volontà (dolo) di ledere la sfera giuridica altrui e, se agisci per tale scopo, assumi le cautele indispensabili (diligenza) affinché al controparte non abbia a subire danni >>.

⁽²²⁴⁾ Cfr. Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 561 ss.

⁽²²⁵⁾ Le lavoratrici avevano presentato ricorso al Pretore quale giudice del lavoro domandando il risarcimento del danno (patrimoniale, morale e biologico) ex art. 2087 cod. civ., nonché alcune spettanze salariali. Il datore di lavoro aveva eccepito l'incompetenza per materia del Pretore quale giudice del lavoro con riferimento all'istanza risarcitoria presentata dalle ricorrenti. Il Pretore, considerando non

(...) osservato che a fronte di un medesimo fatto che integri, contemporaneamente, la violazione di diritti soggettivi primari spettanti alla persona offesa indipendentemente dalla stipulazione di un determinato contratto e la violazione di diritti derivanti a una delle parti da un contratto validamente concluso, può ipotizzarsi in pari tempo l'esistenza della responsabilità extracontrattuale e di quella contrattuale e a carico dell'agente, sicché è in potere dell'altro soggetto, stante la concorrenza dell'azione aquiliana con quella contrattuale, di avvalersi, alternativamente, dell'una o dell'altra azione predisposta dalla legge>> (226).

In seconda battuta, i giudici di legittimità condividono <<l'interpretazione che le ricorrenti danno dell'art. 2087 c.c. in relazione ai principi costituzionalmente sanciti>> e, riconoscendo come la suddetta norma imponga al datore di lavoro un obbligo di “ tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ”, affermano che << il contenuto dell'obbligo previsto dall'art. 2087 c.c. non è circoscritto al rispetto della legislazione tipica della prevenzione cosiddetta protettiva, che statuisce precisi adempimenti positivi tramite l'adozione di misure adatte al caso concreto, ma soprattutto richiede che non venga posto in essere un comportamento che violi il diritto all'integrità psicofisica del lavoratore, l'esistenza di tale comportamento, infatti, in quanto determinato da dolo o da colpa e attuato nel luogo e durante l'orario e il compimento dell'attività di lavoro, costituisce di

applicabile alla fattispecie l'art. 2087 cod. civ., in quanto, a suo giudizio, la domanda di risarcimento doveva correttamente fondarsi sulla responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro, aveva declinato la sua competenza. Avverso tale sentenza, le lavoratrici avevano proposto ricorso per regolamento di competenza avanti alla Corte di Cassazione.

(226) Così Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, *cit.*

per sé fonte di responsabilità contrattuale per il datore di lavoro, integrando lo stesso un in adempimento della sud detta obbligazione primaria prevista dalla legge (oltre che dai doveri di buona fede e di correttezza di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.)>> (227).

La suddetta sentenza è particolarmente importante per la regola logica sottesa alla delimitazione di campo del rapporto obbligatorio in essa operata; invero, la Corte non ha affermato che qualunque comportamento lesivo di un diritto primario, tenuto durante le ore di lavoro ovvero sul luogo di lavoro, è fonte di responsabilità contrattuale. Bensì ha riconosciuto come solo le violazioni dei diritti personali, poste in essere in conseguenza della relazione che si instaura tra due soggetti quando aderiscono volontariamente ad un regolamento contrattuale, possono impegnare il soggetto agente a titolo di responsabilità contrattuale.

E' l'obbligazione che crea una relazione speciale tra due soggetti tale per cui una parte ha la possibilità di ingerirsi nella sfera giuridica dell'altra; sorge, dunque, l'obbligo per entrambe di preservare tale sfera giuridica, evitando di danneggiarla sia intenzionalmente sia per negligenza.

Pregio del ragionamento seguito dai giudici di legittimità è quello di aver "disancorato" la delimitazione di campo del rapporto obbligatorio dalla necessaria connessione con l'esecuzione del contratto; tant'è che l'attività di molestie sessuali rientra nell'ambito della responsabilità contrattuale anche se

(227) Così Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, *cit.*

non ha alcuna connessione con l'obbligo di prestazione o, ancora, con l'adempimento dello stesso ⁽²²⁸⁾.

Liberato, dunque, dal legame con l'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione, il dovere di protezione impone ad entrambi i soggetti che entrano in relazione tra loro, al fine di regolamentare contrattualmente i reciproci interessi, un determinato contegno, volto alla salvaguardia della sfera giuridica altrui.

Invero, tale speciale relazione di contatto non conduce di per sé sola alla responsabilità contrattuale in caso di violazione di un obbligo di protezione: bensì, essa rafforza la tutela dei soggetti solo quando sorge in relazione ad un contratto e cioè quando le parti, intendendo definire i reciproci interessi sulla base di un negozio giuridico, si avvicinano ed espongono i rispettivi beni ad un rischio di lesione maggiore rispetto a quello a cui questi ultimi sarebbero stati esposti se non vi fosse stato un contratto ⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁸⁾ V. LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 139, il quale considera << inappagante >> anche la teoria secondo la quale la distinzione tra obblighi di protezione fonte di responsabilità contrattuale e obblighi altri che possono impegnare il debitore solo a titolo di responsabilità extracontrattuale si fonderebbe << sulla funzionalità dell'atto che ha provocato d'anni nella sfera giuridica della controparte. In base a tale criterio vengono riportati alla responsabilità extracontrattuale gli <atti del debitore non funzionalizzati all'adempimento dell'obbligazione>. Nei confronti di questa soluzione può muoversi anzitutto un'obiezione simile a quella testé sollevata: può osservarsi, cioè, che gli interessi di protezione possono essere lesi anche da atti che non sono <<funzionalmente>> rivolti all'adempimento. Del resto, tale metodo, per come è costruito ha senso soltanto rispetto agli atti positivi del debitore e può trovare applicazione unicamente in relazione alla serie degli atti posti in essere nel corso della prestazione, mentre non può essere utilizzato per fondare una colpa successiva al momento in cui l'interesse è definito dall'art. 1174 cod. civ. è stato soddisfatto, giacché dopo tale momento non pare che ci possano essere atti funzionalmente rivolti all'adempimento >> (tra virgolette è riportato un passo di CORSARO, p. 25, sub nota 43).

⁽²²⁹⁾ CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit., p. 827 ss., il quale parla appunto di <<contatto negoziale>>.

Al riguardo, per stabilire se vi sia o meno una connessione con il contratto o, meglio, con il rapporto obbligatorio, è opportuno rifarsi alle teorie sulla causalità in fatto: il riferimento è – come appare ovvio – alle dottrine della *conditio sine qua non*, della causalità adeguata, della causalità umana e della norma violata⁽²³⁰⁾.

In particolare, la teoria che trova maggior riscontro – soprattutto in giurisprudenza – è quella della causalità adeguata, in base alla quale vengono selezionati come causali solo alcuni degli antecedenti connessi alla produzione dell'evento dannoso⁽²³¹⁾; vengono, pertanto in considerazione solo le conseguenze che, a partire da un dato fatto, rientrano in una successione

⁽²³⁰⁾ Sull'argomento v. MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet Giuridica, Torino, 2006, p. 144 ss.; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 436 ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2002.

In ambito penale, cfr. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934; SINISCALCO, (sub voce) *Causalità (rapporti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VI, p. 639 ss.; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975; I.D., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1217; FIANDACA, (sub voce) *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, II, p. 119.

⁽²³¹⁾ Cfr. Cass. 10 maggio 2000, n. 5962, in *Foro it.*, Rep. 200, sub voce *Responsabilità civile*, n. 181: «Un evento dannoso è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *conditio sine qua non*): ma nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiono del tutto inverosimili (c.d. teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, la quale in realtà, oltre che una teoria causale è anche una teoria dell'imputazione del danno); più in particolare l'incidenza eziologica delle «cause antecedenti» valutata, per un verso, nel quadro dei presupposti condizionanti (per cui deve trattarsi di «antecedente necessario» dell'evento dannoso, a questo legato da un rapporto di causazione normale e non straordinario) e, per altro verso, in coordinazione con il principio della «causalità efficiente», che temperando la regola della equivalenza causale, espunge appunto le cause antecedenti dalla serie causale (facendole scadere al rango di mere occasioni) in presenza di un fatto sopravvenuto di per sé idoneo a determinare il determinarsi dell'evento anche senza quegli antecedenti».

normale di eventi, dove normale equivoale vale ad un giudizio di probabilità accettabile che da un dato fatto ne derivi un altro con una certa frequenza ⁽²³²⁾.

Oltre a ciò, il ricorso alle dottrine della causalità si è rilevato utile nelle fattispecie di danno causato dalla violazione degli obblighi di protezione ad opera degli ausiliari (*rectius*, per fatto doloso o colposo di questi ultimi; ²³³); dove, ad esempio, l'adozione della teoria della causalità adeguata ha portato ad escludere la responsabilità del committente in caso di pregiudizio derivato dall'attività privata del dipendente. Così la responsabilità per violazione di un dovere di protezione non può essere allocata sul datore di lavoro, nel caso in cui il suo dipendente, una volta eseguite in un'abitazione le riparazioni di cui

⁽²³²⁾ Di diverso avviso C. ASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit. § 10.3, secondo il quale <<le lesioni da ascrivere all'ambito contrattuale (...) sono soltanto quelle che rientrano nell'area dei costi di attuazione del rapporto obbligatorio>>.

⁽²³³⁾ V., *ex multis*, Cass. 17 maggio 2001, n. 6756, in *Foro it.*, Rep. 2001, sub voce *Obbligazioni in genere*, n. 39, nella quale i giudici di legittimità affermano che <<il principio sancito dall'articolo 1228 c.c., secondo cui il debitore e che, nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, costituisce l'estensione alla sfera contrattuale delle norme contenute nell'articolo 2048-2049 c.c. (Cassazione 5150/95; 185/76). Si tratta, quindi, anche nell'ipotesi di cui all'articolo 1228 C.c., di una forma di responsabilità oggettiva, indipendente cioè dalla colpa del soggetto responsabile (Cassazione 9100/95). Il dolo o la colpa vanno infatti valutati con riferimento al solo fatto dell'ausiliario e non al comportamento del debitore. Infatti non ha sostanzialmente significato diverso l'orientamento di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che parla di presunzione assoluta di colpa (Cassazione 2734/94). Le moderne giustificazioni di detta responsabilità vicaria sono sostanzialmente analoghe a quelle poste a fondamento delle teorie del rischio di impresa come principio generale, parallelo alla colpa, dell'imputazione della responsabilità (Cassazione 1343/72). Infatti detta responsabilità è considerata espressione di un criterio di allocazione di rischi, per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico dell'impresa, come componente dei costi di questa. Presupposti per l'applicazione dell'articolo 1228 C.c. sono:

- l'esistenza di un danno causato dal fatto dell'ausiliario;
- l'esistenza di un rapporto tra "ausiliario" e "debitore-committente" (definito rapporto di preposizione);
- la relazione tra il danno e l'esercizio delle incombenze dell'"ausiliario" (cosiddetta occasionalità necessaria)>>.

era stato incaricato, si offrì di aiutare il proprietario della casa nell'esecuzione di altri lavori ⁽²³⁴⁾.

Recentemente, poi, la Corte di Supremazia di Cassazione ha rilevato – peraltro operando un *revirement* senza precedenti in tema di accertamento del nesso causale in ambito civile – che «L'accertamento del nesso causale in ambito civile può basarsi su criteri del tutto difformi da quelli richiesti nel diritto penale. In particolare, nell'accertamento del nesso causale civile, è possibile accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale: la causalità civile obbedisce alla logica del "più probabile che non"» ⁽²³⁵⁾.

⁽²³⁴⁾ Cass. 13 novembre 2001, n. 14096, in *Foro it.*, Rep. 2001, sub voce *Responsabilità civile*, n. 234; v., però, recentemente, Cass. 12 marzo 2008, n. 6632, consultabile all'indirizzo www.altalex.com, secondo al quale «Il datore di lavoro è responsabile del fatto causato dal proprio dipendente, laddove vi sia un'occasionalità necessaria tra lavoro e fatto. Tale occasionalità necessaria sussiste anche se il lavoratore, al momento del compimento del fatto, svolgeva una mansione diversa da quella attribuitagli». In tal senso, Cass. 6 marzo 2008, n. 6033, *ivi*, «Ai fini della configurabilità della responsabilità indiretta del datore di lavoro, non è necessario che fra le mansioni affidate e l'evento sussista un nesso di causalità, essendo invece sufficiente che ricorra un semplice rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l'incombenza affidata deve essere tale da determinare una situazione che renda possibile, o anche soltanto agevoli, la consumazione del fatto illecito e, quindi, la produzione dell'evento dannoso, anche se il lavoratore abbia operato oltre i limiti dell'incarico e contro la volontà del committente o abbia agito con solo, purché nell'ambito delle sue mansioni».

⁽²³⁵⁾ Cass. 12 ottobre 2007, n. 21619, consultabile all'indirizzo www.altalex.com; la motivazione adottata dalla Corte appare particolarmente persuasiva e si ritiene opportuno riportare i passi salienti «Come già da tempo un'attenta dottrina ha ritenuto di sottolineare, invero, le esigenze decostruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotti e (né riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquilano, tanto sotto il profilo morfologico della fattispecie, quanto sotto l'aspetto funzionale. Sotto il profilo morfologico, difatti, va considerato, da un canto, come il baricentro della disciplina penale con riferimento al profilo causale del fatto sia sempre e comunque rivolto verso l'autore del reato/soggetto responsabile, orbitando, viceversa, l'illecito civile (quantomeno a far data da gli anni '60) intorno alla figura del danneggiato; dall'altro, come, alla peculiare tipicità del fatto reato, faccia da speculare contraltro il sistema aperto ed atipico dell'illecito civile (non è questa la sede per indagare *funditus* sul concetto di atipicità, se essa, cioè, sia riferita al fatto inteso come

accadimento storico ovvero come evento di danno - e giammai, comunque, alle conseguenze dannose del fatto -, evento di danno che, a far data dagli anni '70, dottrina e giurisprudenza di questa stessa corte hanno più correttamente evidenziato come vero baricentro dell'illecito per vulnerare infine la limitazione dell'art. 2043 c.c. ai soli diritti soggettivi assoluti). Sotto il profilo funzionale, in sintonia con la più attenta dottrina, va considerato:

- da un canto, che la valutazione del nesso di causa, fondata esclusivamente sul semplice accertamento di un aumento (o di una speculare, mancata diminuzione) del rischio in conseguenza della condotta omessa, è criterio ermeneutico che inquieta l'interprete penale, poiché realmente trasforma surrettiziamente la fattispecie del reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo (o di mera condotta), mentre la stessa preoccupazione non pare esportabile in sede civile, dove l'accento è posto, ormai, sul concetto di "danno ingiusto";

- dall'altro lato, come ancora osservato in dottrina, che conseguenza della atipicità dell'illecito è la sua interazione con altre discipline (economiche e sociali, e non necessariamente solo scientifiche, funzionali, queste, in sede penale, a svolgere il compito di "legge di copertura"), onde pervenire al risultato finale di costruire una credibile teoria della prevenzione efficiente e del costo sociale dei danni, allocando la responsabilità (anche) secondo criteri elastici che si strutturano (ormai da almeno un trentennio) seguendo una sempre più notevole ed accurata individuazione (specie in campo medico - professionale) delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad una più articolata e complessa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività. Tale evoluzione segue, non a caso, la parallela evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, immaginata, all'epoca della codificazione del 1942, in una dimensione sinergica tra una vera e propria Generalklausel (l'art. 2043 cit.) e le successive norme esemplificative, secondo una struttura aperta dell'illecito, ma pur sempre secondo funzionalità di tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti, viene via via "ripensata" come storia (anche e soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente da rielaborare incessantemente secondo modelli dettati dalle complesse istanze sociali, in funzione della ricerca di criteri sempre più articolati di attribuzione di un determinato "costo" sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato o ovvero da trasferire ad altri soggetti (sempre più spesso, non necessariamente i diretti danneggiati). Il sottosistema della responsabilità civile diventa, così, un satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico), de mandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito di viene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno. In questo quadro, il sottosistema della responsabilità medica diviene, in questo quadro, il topos "disfunzionale" al suo stesso interno rispetto agli schemi classici della responsabilità contrattuale ed extra contrattuale, dell'obbligazione di mezzi e di risultato, dove un tempo "pendolare" segnata diacronicamente tappe non lineari e non armoniche, per produrre nuovi, repentini e talvolta sorprendenti legami di senso e di struttura tra fatti concreti - l'intervento del medico - e moduli giuridici - la sua responsabilità - un tempo tra sé e altri, che officia la mutazione e genetica della figura del professionista, un tempo genius loci ottocentesco, oggi ambito a preda risarcitoria). La disamina che precede conduce, dunque, ad una prima conclusione, che impone il rigetto, in parte e qua, del motivo di ricorso: il modello di causalità sì come disegnato funditus dalle sezioni unite penali ma si ataglia a fungere da criterio valido anche in sede di accertamento della responsabilità civile da illecito omissivo del sanitario>>>.

Identificato, dunque, il criterio sulla base del quale procedere alla valutazione circa la sussistenza o meno di una connessione del dovere di protezione con il rapporto obbligatorio, ci possiamo accingere ad analizzare l'applicazione pratica che di tale istituto ha fatto la giurisprudenza italiana.

3.3 Segue: *l'applicazione nella giurisprudenza italiana dell'istituto degli obblighi di protezione.*

Prima di far ciò, tuttavia, mi sembra opportuno svolgere alcune brevi premesse metodologiche.

Anzitutto, i casi sono moltissimi e, pertanto, ho dovuto arginare l'ambito della mia disamina alle sole fattispecie in cui la giurisprudenza ha scelto di percorrere la strada della responsabilità contrattuale, piuttosto che quella - sicuramente meno accidentata - della responsabilità aquiliana.

In seconda istanza, ho scelto di trattare le sole ipotesi in cui l'interesse di protezione non si immedisima nell'interesse alla prestazione, considerando implicito, in tale ultima fattispecie, il ricorso alla disciplina contrattuale e alle regole sulla responsabilità contrattuale *ex art. 1218 ss. cod. civ.* ⁽²³⁶⁾.

Infine, come già sottolineato nell'*incipit* del presente elaborato, le soluzioni giurisprudenziali adottate in materia di obblighi di protezione non sempre sono il frutto di un'accurata ricostruzione dell'istituto, anzi tutt'al

⁽²³⁶⁾ Cfr. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., p. 94 e, anche, I. D., *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 37, secondo il quale – come già ho avuto modo di sottolineare – l'interesse di protezione si identifica con quello di prestazione, per cui si tratterebbe sempre di <<esecuzione diligente della prestazione>>.

contrario tradiscono spesso l'assenza di una cultura forte del rapporto obbligatorio inteso come struttura complessa, ove gli interessi delle parti sono molteplici e tutti autonomi ⁽²³⁷⁾.

Ciò detto, procediamo con la disamina della casistica.

Prima fra tutte, mi preme riportare un caso, ormai risalente, pronuncia del Tribunale di Trieste con la quale l'azienda sanitaria è stata condannata, a titolo di responsabilità contrattuale, a risarcire il danno che l'infermo di mente aveva cagionato a se stesso ⁽²³⁸⁾; in particolare, nella suddetta sentenza è posta in risalto la differenza tra interesse alla prestazione e interessi di protezione, la cui violazione implica, in entrambi i casi e in egual misura, la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero.

La vicenda riguardava il paziente di una USL triestina che, affetto da *delirium tremens* causato da etilismo acuto, ha tentato il suicidio riportando gravissime lesioni fisiche; adito il Tribunale per la richiesta risarcitoria, quest'ultimo così sentenziava <<l'attore (...) non ha dedotto le lesioni del proprio positivo interesse contrattuale al corretto adempimento della prestazione sanitaria, ma il pregiudizio del proprio interesse negativo alla

⁽²³⁷⁾ A ciò si aggiunga, poi, la scarsa familiarità con le clausole generali che traspare da moltissime pronunce dei giudici di merito e di legittimità, i quali preferiscono ricorrere all'interpretazione analogica di norme specifiche che disciplinano casi simili piuttosto che argomentare intorno ai principi generali, quali appunto la buona fede. Cfr. ALPA, *L'arte di giudicare*, Bari, 1996, p. 85 ss.; DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1991, p. 789 ss.; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss.; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, p. 709 ss. Secondo MENGONI, *op. loc. cit.*, p. 8, la scarsa affinità elettiva della giurisprudenza italiana con il principio di buona fede deriva dal pericolo di <<commistioni con l'equità, quindi [nel, n.d.r.] sospetto che essa possa favorire l'infiltrazione nel nostro ordinamento, che è ordinamento di diritto scritto, di una pura giurisprudenza di equità>>.

⁽²³⁸⁾ Trib. Trieste 30 aprile 1993, in *Resp. civ.*, 1994, p. 302.

conservazione dell'integrità personal e determinato dall'asserita mancata adozione, durante la degenza ospedaliera, di misure di protezione che invece si imponevano trattandosi di malato di mente. (...) La violazione dei c.d. obblighi di protezione, che imponevano al personale medico e paramedico vigilanza più intensa di un paziente, affetto da "delirium tremens" causato da etilismo acuto, è fonte di responsabilità civile di natura contrattuale dell'Usl per i danni riportati dal paziente medesimo in un tentativo di "pseudo-suicidio">> (239).

I giudici genovesi hanno, dunque, riconosciuto la doglianza per la lesione di un interesse autonomo ed altro rispetto a quello di corretta esecuzione della prestazione, in interesse identificato nella conservazione dello *status quo* del paziente, la cui violazione ha impegnato l'azienda ospedaliera a titolo di responsabilità contrattuale.

Analogamente, il Tribunale di Genova ha condannato a titolo di responsabilità contrattuale un medico per non aver adeguatamente informato la paziente circa gli esiti peggiorativi che avrebbe potuto subire in conseguenza dell'intervento chirurgico praticato; il difetto di informativa è stato considerato quale lesione di un interesse autonomo rispetto a quello di prestazione, che, comunque, comporta – almeno secondo il giudizio delle toghe genovesi – la responsabilità contrattuale dell'esercente la professione medica (240).

(239) Così Trib. Trieste 30 aprile 1993, *cit.*; conforme Trib. Genova 10 gennaio 2006.

(240) Così Trib. Genova 10 gennaio 2006; secondo il Tribunale << l'indicazione terapeutica e la tecnica chirurgica non sono oggetto di contestazione >> mentre << appare per contro lacunosa e deficitaria l'informativa sulle esatte conseguenze dell'intervento quanto a tempi e forme della riabilitazione, e possibili complicanze >>. Cfr., sul punto, Cass. 9 dicembre 2010, n. 24853, consultabile in banca dati *iuris data*, la quale precisa che << Ai fini della responsabilità medica, la completa e corretta informazione non è un dato che può desumersi dalla mera sottoscrizione di un modulo

E ancora, sempre con riguardo al diritto a ricevere un' completa informazione circa tutti gli aspetti di un intervento chirurgico, i giudici di legittimità hanno riconosciuto la responsabilità *ex contractu* del medico curante di una partoriente per i danni subiti dal feto in conseguenza della mancata informazione circa l' inadeguatezza della struttura ospedaliera presso la quale la donna era stata ricoverata e di cui il suddetto medico era dipendente ⁽²⁴¹⁾.

In particolare, la Corte di Cassazione ha rilevato che: << *In tema di responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera per i danni subiti da un neonato, partorito da donna della quale costui era medico di fiducia, per difetto di assistenza nelle varie fasi del parto, per quanto non possono essere a lui addebitate le carenze della struttura stessa, né la condotta colposa di altri dipendenti dell'ospedale, a lui incombe, tuttavia, l'obbligo, derivante dal rapporto privatistico che lo lega alla paziente, di informarla della eventuale, anche solo contingente, inadeguatezza della struttura, tanto più se la scelta della stessa sia effettuata proprio in ragione dell'inserimento di*

del tutto generico. Il medico (e la struttura nell'ambito della quale egli agisce) debbono invece fornire, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente acquisite sulle terapie che si vogliono praticare, o sull'intervento chirurgico che si intende eseguire, illustrandone le modalità e gli effetti, i rischi di insuccesso, gli eventuali inconvenienti collaterali>>.

⁽²⁴¹⁾ Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, in *Dir. e giustizia, cit.*, p. 14 ss. Nel caso di specie, il medico curante della partoriente non aveva presenziato a tutte le fasi del parto (ossia travaglio, dilatazione ed espulsione e spulsione del feto), in quanto era entrato in servizio solo 20 minuti prima della nascita del bambino. La donna era stata ricoverata cinque giorni prima per parto prematuro; durante il processo è emerso che il medico curante non aveva informato la paziente che l'ospedale in quel momento non era dotato di uno specifico macchinario, utile in casi assolutamente complessi quale quello della signora. Inoltre, non aveva assunto le cautele che in forza del rapporto privato, che lo legava alla donna da ben prima del ricovero in ospedale, avrebbe dovuto adottare: ad esempio, tenersi costantemente informato circa le condizioni fisiche della donna e in modo da poter intervenire tempestivamente (anche se fuori dall'orario di servizio) in caso di necessità.

Il bambino in conseguenza di una grave asfissia neonatale ha subito danni permanenti al sistema neurologico e, dunque, è totalmente dipendente dai genitori.

quel medico in quella struttura, nonché di prestare alla paziente ogni attenzione e cura che non siano assolutamente incompatibili con lo svolgimento delle proprie mansioni di pubblico dipendente. (Nella specie, la S.C. ha cassato, sul punto, la decisione della Corte di merito che, in riforma della sentenza del giudice di primo grado, aveva escluso la responsabilità del medico di fiducia della partoriente nella causazione del danno neonatale sul rilievo che, avendo egli preso servizio poco prima dell'inizio del parto, non sarebbero stati a lui addebitabili né i precedenti interventi di altri sanitari, del tutto inadeguati alla particolarità del parto a rischio, né le carenze organizzative della struttura, e, in particolare la contingente indisponibilità del cardiocitografo da parte della stessa, senza indagare se detto medico di fiducia avrebbe dovuto, in ipotesi, sconsigliare il ricovero presso quell'ospedale in relazione a detta carenza, recarsi in ospedale anche fuori del proprio orario di servizio, chiedere di essere informato dell'inizio e del decorso del travaglio, od usare altre cautele)>> (242).

Nella pronuncia, non si accenna alla fonte da cui scaturirebbero gli obblighi a carico del ginecologo curante, tra cui quello di informare la paziente circa i rischi che presenta il ricovero presso una struttura ospedaliera non

(242) Così Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, *cit.* La pronuncia è importante anche sotto il profilo del nesso di causalità, aspetto di cui mi sono già occupata *supra*. Nel caso di specie i giudici hanno seguito il metodo della causalità adeguata.

Recentemente la Cassazione ha confermato il principio sancito nella suddetta pronuncia, v. Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, consultabile in banca dati www.dejure.it, secondo la quale << Se l'equipe medica che affianca e assiste una partoriente nella nascita di un bambino è negligente sia prima che dopo il parto, la responsabilità è imputabile alla Casa di Cura. Ma, in caso di danni al neonato, ne risponde anche il medico ginecologo se, in riferimento alle evenienze del parto, abbia indirizzato la partoriente presso una Clinica priva delle necessarie attrezzature ovvero abbia ritardato colpevolmente l'intervento cesareo opportuno dopo l'esito di adeguato esame che avrebbe invece consigliato l'immediato ricovero>>.

adeguatamente attrezzata (²⁴³), tuttavia è apprezzabile lo sforzo dei giudici di legittimità di qualificare il dovere di protezione come vera e propria obbligazione a carico del medico curante in forza <<del rapporto di natura privatistica che lo lega alla persona ricoverata>> (²⁴⁴).

(²⁴³) Esplicito in tal senso è, invece, il Tribunale di Nola che, in una recente pronuncia ha sottolineato che <<La struttura sanitaria deve fornire al paziente una prestazione articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che include al suo interno, oltre alla prestazione principale medica – il cui inadempimento genera una responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 1228 c.c., anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori il cui inadempimento genera una responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 1218>> (così Trib. Nola 21 ottobre 2010, consultabile in banca dati www.dejure.it).

(²⁴⁴) Sempre, Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, *cit.* In tema di responsabilità medica le pronunce sono moltissime, quasi tutte relative alla responsabilità sia dell'ente ospedaliero che del singolo sanitario ovvero dell'equipe. In quasi tutte le sentenze sia di merito che di legittimità veniva riconosciuta la responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera ed extracontrattuale del medico che *ivi* operava.

Recentemente, richiamandosi al concetto – particolarmente in voga presso certe aule di tribunale – del "contatto sociale", anche la responsabilità del sanitario è stata ricondotta nell'alveo della responsabilità *ex contractu*. Ci si riferisce alla nota pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 849, la quale ha lapalissianamente riconosciuto che <<Tra il paziente ed il medico dipendente si instaura un contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all'art. 1218 c.c.>> (in senso conforme, i precedenti: Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, consultabile in banca dati www.dejure.it; Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9471, *ivi*; Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, *ivi*; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, *ivi*).

Per le applicazioni del suddetto principio, cfr., tra le più recenti, Trib. Bari 19 ottobre 2010, consultabile all'indirizzo www.giurisprudenzabarese.it, <<Ove l'istante deduca di aver subito un danno in ragione di una prestazione medico-chirurgica, a prescindere dal fatto che convenga in giudizio il singolo professionista o la struttura all'interno della quale ha subito il trattamento, si è in presenza di un'ipotesi di responsabilità contrattuale, essendosi costituito un rapporto negoziale basato quantomeno sul "contatto sociale". Va quindi rilevato in generale che, in tema di risarcimento del danno, il chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia ex art. 1176, comma 1, c.c., ma quella specifica del debitore qualificato, come prescritto dall'art. 1176, comma 2, c.c. la quale, comporta, il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica>> (il richiamo da ultimo svolto alla diligenza del debitore ex art. 1176 c.c., non è tuttavia condivisibile per le ragioni già specificate *supra*). E ancora Trib. Latina 3 agosto 2010, consultabile in banca dati www.dejure.it; Trib. Arezzo 10 febbraio 2010, *ivi*; Trib. Monza 27 febbraio 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1846 ss.

Infatti, il riconoscimento del dovere di protezione quale obbligazione e a se stante implica l'attribuzione alla stessa del carattere di autonomia e, dunque, la possibilità per il debitore (nei nostri esempi, il medico) di incorrere in responsabilità contrattuale anche nel caso in cui la prestazione sia stata eseguita correttamente.

Anche al di fuori del settore della colpa medica, i giudici hanno avuto modo di pronunciarsi in favore dell'indipendenza degli obblighi di protezione: al riguardo, recentemente, il Tribunale di Rovereto ha affermato la responsabilità contrattuale della << società dilettantistica di calcio >> gravata da <<obblighi di vigilanza e protezione nei confronti dei calciatori minorenni affidati alla sua custodia>> ⁽²⁴⁵⁾. La vicenda riguardava un ragazzo tredicenne che, a seguito di uno scontro con un compagno durante una partita di calcio, aveva riportato un'emorragia cerebrale con conseguenze invalidanti a livello sia fisico sia psichico; i genitori convenivano, dunque, la società calcistica, alla quale il minore era stato affidato, domandando il risarcimento dei danni conseguenti all'infortunio occorso a quest'ultimo.

I giudici, in particolare, hanno sottolineato che << ciò che viene rimproverato ai convenuti, per i diversi titoli sopra richiamati, non consiste nel non aver impedito lo scontro con l'avversario, che si riconosce essere stato un normale scontro di gioco, privo del carattere dell'illiceità, ma nel non avere apprestato la necessaria assistenza dopo l'infortunio e, in particolare, nel non aver inviato immediatamente il ragazzo in Ospedale, con ciò impedendo quelle

Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 20 aprile 2010, n. 9315, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1751 ss.; Cass. 12 febbraio 2010, n. 3353, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 194; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Diritto e giustizia*, 2008.

⁽²⁴⁵⁾ Trib. Rovereto 6 agosto 2010, consultabile in banca dati www.dejure.it.

immediate cure che avrebbero potuto scongiurare l'emorragia cerebrale e tutti i danni conseguenti>> ⁽²⁴⁶⁾.

Ciò che, dunque, rileva nell'allocazione della responsabilità in capo alla società calcistica è la violazione dei doveri di protezione e vigilanza, autonomi e assolutamente indipendenti dall'obbligo di prestazione che è - anche nel caso di specie come in quelli precedentemente menzionati nell'ambito della responsabilità medica - risulta pienamente adempiuto ⁽²⁴⁷⁾: infatti, la

⁽²⁴⁶⁾ Così, ancora, Trib. Rovereto 6 agosto 2010, *cit.*

⁽²⁴⁷⁾ Cfr. Trib. Genova 4 maggio 2000, in *Riv. dir. sport.*, 2000, p. 690 ss., il quale ha condannato a titolo di responsabilità contrattuale la società sportiva avente ad oggetto l'esercizio del karatè per le lesioni subite da un'allieva che, invitata durante una lezione a partecipare ad una lotta con una cintura nera, subiva una lussazione detta "gancio" che le cagionava la rottura del menisco: <<La società sportiva ha l'obbligo di garantire con mezzi organizzativi idonei l'incolumità fisica degli allievi e deve, pertanto, organizzare i corsi vigilando sull'attività degli istruttori e sull'andamento delle lezioni, al fine di impedire che vengano superati i confini del rischio connesso all'attività sportiva stessa>>.

Cfr. Cass. 14 aprile 1981, n. 2242, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 4, secondo la quale <<Poiché la utilizzazione degli impianti, concessa su base negoziale da una organizzazione sportiva, comporta l'obbligo da parte dell'ente che gestisce le attrezzature di espletare i necessari servizi di sorveglianza e manutenzione per evitare nocimento alle persone che ne fruiscono, specialmente se di età minore, la inadempienza a tale obbligo fa sorgere la responsabilità per i danni in base ai principi sulla colpa contrattuale. (Nella specie, un giovane sportivo era caduto, nei locali delle docce, sopra un frammento di vetro ivi esistente; la Suprema Corte enunciando il principio che precede, ha altresì escluso che potesse farsi richiamo - come aveva, invece, opinato il giudice del merito - alle nozioni di insidia e pericolo, della loro esistenza oggettiva e della loro rilevanza soggettiva, per la esistenza sul pavimento del locale di numerosi altri detriti)>>.

Con riferimento alla responsabilità del maestro di sci, richiamo all'attenzione una pronuncia risalente, ma assolutamente rilevante al fine dell'individuazione degli obblighi altri rispetto a quello di prestazione che incombono sul maestro di sci: cfr. Trib. Torino 28 aprile 1994, in *Danno e resp.*, 2000, p. 906 ss., il quale individua i seguenti doveri:

- deve garantire l'incolumità dei partecipanti alla lezione;
- deve risultare in possesso di quelle precise cognizioni tecniche, che gli sono richieste per l'esercizio della sua attività;
- deve agire con prudenza;
- deve essere in grado di valutare la preparazione, la capacità, nonché la resistenza fisica dei suoi allievi ad affrontare una determinata discesa;
- è tenuto a valutare le condizioni atmosferiche in relazione alla capacità dei suoi allievi;
- deve valutare l'opportunità, in particolari situazioni, di astenersi dalla lezione.

prestazione della società calcistica consiste nell'allenare i ragazzi e nell'organizzare competizioni sportive per il gioco del calcio a squadre. Ciò che è stato pienamente realizzato nel caso *de qua*.

Anche con riferimento alla responsabilità dell'organizzatore di viaggi, la giurisprudenza ha individuato una serie di obblighi altri ed autonomi rispetto a quello principale di prestazione, riguardante l'organizzazione di un viaggio e la fornitura dello stesso al cliente: ad esempio, è stato sottolineato dai giudici di legittimità che << Con il contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico "tutto compreso", sottoscritto dall'utente sulla base di una articolata proposta contrattuale, spesso basata su un dépliant illustrativo, l'organizzatore o il venditore assumono specifici obblighi, soprattutto di tipo qualitativo, riguardo a modalità di viaggio, sistemazione alberghiera, livello dei servizi etc., che vanno "esattamente" adempiuti. Pertanto qualora la prestazione non sia esattamente realizzata, sulla base di un criterio medio di diligenza (art. 1176, comma 1 c.c.) si configura una responsabilità contrattuale>> (248).

Oltre a ciò il *tour operator* assume uno specifico obbligo di protezione verso il cliente con riguardo alle obbligazioni da eseguire non ad opera dello stesso, ma da parte di terzi: ad esempio, il Tribunale di Bologna ha affermato la

(248) Così Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, in *Diritto e Giustizia*, 2010. Cfr., per un fattispecie particolare in cui l'inadempimento del *tour operator* e del venditore del pacchetto turistico – intermedio nella trattativa con il cliente – riguarda la violazione di un dovere di protezione nei confronti del cliente portatore di handicap, Trib. Monza 6 settembre 2005, consultabile in banca dati www.dejure.it, << Nel contratto di viaggio stipulato tra consumatore-viaggiatore e venditore intermediario in cui quest'ultimo vende un pacchetto turistico "tutto compreso" di un certo "tour operator", il mancato rispetto nell'esecuzione del servizio delle condizioni-esigenze prospettate all'atto dell'acquisto da un consumatore portatore di handicap configurano in capo al venditore ed al fornitore una responsabilità in solido per inadempimento contrattuale>>.

responsabilità contrattuale dell'organizzatore di viaggi per le lesioni subite dal cliente a seguito della caduta di un pannello ubicato nella sua camera d'albergo⁽²⁴⁹⁾. L'albergatore, infatti, ha non solo il dovere di prestare vitto e alloggio ai propri clienti, ma ha anche obblighi di protezione verso gli stessi, ossia ha il dovere di apprestare tutte le misure di sicurezza idonee affinché questi ultimi non subiscano lesioni nei locali dell'albergo⁽²⁵⁰⁾. Nella fattispecie del viaggio organizzato, <<il tour operator ha assunto anche gli obblighi dell'albergatore (...) per cui qualora il soggiorno nell'alloggio alberghiero si è stato fonte di lesione alla salute della controparte il tour operator incorre in inadempimento contrattuale, a meno che non si verifichi una delle fattispecie limitative della sua responsabilità>>⁽²⁵¹⁾.

Sempre restando in tema di contratto d'albergo, va evidenziato che il gestore ha, oltre ad un generale dovere di protezione nei confronti dei clienti della struttura alberghiera, anche un obbligo di custodia verso le cose che i villeggianti recano con sé. Al riguardo la giurisprudenza, applicata alla

⁽²⁴⁹⁾ Trib. Bologna 7 giugno 2007, consultabile in banca dati *iuris data*.

⁽²⁵⁰⁾ In merito cfr., Cass. 21 dicembre 1968, n. 4043, in *Foro it.*, 1969, I, p. 309 ss.; Cass. 11 maggio 1973, n. 1269, in *Giust. civ.*, 1973, p. 1306 ss. In termini generali, la responsabilità dell'albergatore per i danni che il cliente subisce alla propria persona in albergo è disciplinata dalle regole generali stabilite dagli artt. 2043 e ss. c.c., nonché dalle disposizioni che disciplinano la responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. se l'evento lesivo deriva da cose che appartengono all'albergatore (ad esempio, a causa del mobile mal fissato alla parete, egli è responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. e per inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.); mentre se l'evento dannoso si verifica indipendentemente dalle cose dell'albergatore (ad esempio, caduta accidentale del cliente nel corridoio dell'albergo), l'albergatore ne risponde solo ai sensi dell'art. 2043 c.c., sempre che il cliente dimostri il nesso eziologico del danno occorsogli con l'attività alberghiera. Con riguardo al danno da scivolamento la giurisprudenza ritiene che l'elemento che determina l'imputazione della responsabilità all'albergatore sia la presenza dell'insidia nascosta (es.: non è stato esposto il cartello "corridoio bagnato"). Cfr. GALLI – MONTI, *Il danno da vacanza rovinata*, 2006, Milano, Edizioni FAG S.r.l., p. 83 ss.

⁽²⁵¹⁾ Trib. Bologna 7 giugno 2007, *cit.*

fattispecie contrattuale del contratto di albergo le regole di cui agli artt. 1783 e seguenti cod. civ. <<L'albergatore risponde, ai sensi dell'art. 1785 bis c.c., del furto di un oggetto di valore sottratto dalla camera del cliente, qualora il furto si verifichi nelle ore di indisponibilità del servizio di custodia gestito dall'albergatore stesso, e non sia stata assicurata una adeguata sorveglianza dei locali e delle chiavi delle camere>> (252).

Qualora, in vece, il bene non rientri tra quelli oggetto di custodia alberghiera ai sensi dell'art. 1783, la fattispecie può validamente essere regolata dalla disciplina sul deposito in generale, ossia dagli artt. 1766 ss. cod. civ. (si pensi, ad esempio, al furto di un'automobile; 253).

Anche in queste fattispecie fondamento della responsabilità è la violazione di un obbligo di custodia, o sia del dovere di preservare la sfera patrimoniale altrui e lo *stauts quo* del creditore della prestazione.

(252) Cass. 7 maggio 2009, n. 10493, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2274. Cfr., sull'argomento, Cass. 5 dicembre 2008 n. 28812, *ivi*, 2009, p. 1691, con nota di COCCUCCIO, *La responsabilità dell'albergatore e il parametro del "prezzo di locazione dell'alloggio per giornata"*; in *Danno e resp.*, 2009, p. 293 ss., con nota di MARENA, *Rilevanza dell'obbligazione custodiale nel contratto di albergo*. V. anche Cass. 22 febbraio 1994 n. 1684, *ivi*, 1995, p. 2221 ss., con nota di BONFIGLIO, *Il contratto di albergo ed il contratto di deposito alberghiero*. Nella giurisprudenza di merito v., Trib. Milano 23 luglio 1996, in *Gius.*, 1996, p. 3237 ss.

(253) Cass. 12 marzo 2010, n. 6048, consultabile in banca dati www.dejure.it, la quale ha affermato che << Oggetto del contratto di deposito è, infatti, un veicolo, che esce dalla sfera di applicazione della normativa di cui agli artt. 1783 e 1785 quater c.c., in materia di deposito alberghiero. Diversamente, - come ha correttamente ritenuto la Corte di merito - nel caso in esame, fra le parti è stato concluso un ordinario contratto di deposito, disciplinato dall'art. 1766 e ss. c.c. che si perfeziona con la consegna della cosa, e che non necessita di un previo scambio espresso dei consensi, potendo lo stesso ritenersi integrato dalla tradizione od, anche, da una fittizia tradizione (v. Cass. 27.3.2007 n. 7493); contratto dal quale scaturiscono le relative obbligazioni a carico delle parti del rapporto. Con la consegna delle chiavi al vetturiere dell'albergo il contratto di deposito in esame deve ritenersi perfezionato nei suoi elementi costitutivi, posto che, proprio attrverso tale consegna, è intervenuta la tradizione, alla quale consegue l'obbligo di custodia e, quindi, la restituzione>>.

Anche il ristoratore è gravato di una serie di obblighi di protezione verso gli avventori del ristorante che esulano dalla semplice prestazione del vitto; in particolare, come l'albergatore deve vigilare affinché le cose presenti nel locale non rechino danno ai clienti (ad esempio, le posate non siano rovinate, i bicchieri e i piatti non siano sbeccati), nonché che il cibo sia "fresco" e di provenienza conosciuta ovvero conoscibile.

Sull'argomento mi preme riportare una pronuncia della Corte di Cassazione che, pur arrivando alla determinazione giuridica corretta della fattispecie, non considera la teoria degli obblighi di protezione e, dunque, offre una motivazione in diritto assolutamente non convincente⁽²⁵⁴⁾.

Il caso è quello di un cliente di un ristorante ferito durante il veglione di Capodanno a causa dell'attività pericolosa svolta da altri avventori (nella specie, lancio dei piatti sul pavimento); al riguardo la Corte ha affermato che *<<Nel caso in cui l'avventore di un ristorante abbia riportato danni alla persona a causa di una attività pericolosa svolta da alcuni clienti all'interno del locale (nella specie, lancio di piatti sul pavimento in occasione del Capodanno), non sussiste responsabilità contrattuale del ristoratore, non esistendo alcun nesso causale tra l'evento dedotto e la prestazione di servizio oggetto del contratto; non può ritenersi in fatti che rientri tra le obbligazioni a carico del gestore del ristorante l'obbligo di far cessare ogni attività pericolosa posta in essere dagli avventori, specie se lo stesso danneggiato sia complice dell'attività dalla quale gli sia derivato il danno>>*⁽²⁵⁵⁾.

⁽²⁵⁴⁾ Cass. 15 febbraio 2003, n. 2312, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 711 ss.

⁽²⁵⁵⁾ Cass. 15 febbraio 2003, n. 2312, *cit.*

In realtà un siffatto obbligo sussiste in capo al ristoratore ed impegna lo stesso a titolo di responsabilità contrattuale; al più i giudici di legittimità, per sostenere l'irresponsabilità del gestore del ristorante, avrebbero potuto sostenere l'interruzione del nesso di causalità nel rapporto obbligatorio, in quanto l'evento lesivo era direttamente ascrivibile al fatto del terzo (nella specie, infatti, erano stati gli altri avventori a ferire il cliente con il lancio del piatto allo scoccare della mezzanotte).

La Corte, invece, ha preferito concludere *sic et simpliciter* per l'assenza di un obbligo di protezione in capo al ristoratore, obbligo caratterizzato dal dover evitare l'insorgere di situazioni pericolose per cose o persone all'interno del proprio locale. Non possiamo che criticare l'impostazione metodologica e concettuale della motivazione della suddetta pronuncia.

Analoga critica e ulteriore conferma della pochezza dell'analisi svolta dalla giurisprudenza italiana in merito all'istituto degli obblighi di protezione, più in generale, in ordine al rapporto obbligatorio come struttura complessa, può svolgersi con riguardo alla pronuncia del Tribunale di Rovereto con la quale è stata affermata la responsabilità *ex contractu* della scuola di *surf* per i danni occorsi ad una sua allieva nell'esercizio dell'attività di *windsurf* in forza dell'art. 1, comma 2, lettera b) della legge 30 luglio 1998 n. 281 (²⁵⁶). Invero, i giudici, piuttosto che rifarsi alla teoria degli obblighi di protezione e qualificare la lesione del dovere di sicurezza come violazione di un'obbligazione assunta

(²⁵⁶) Tribunale di Rovereto 24 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, p. 2580 ss. La vicenda è la seguente: una allieva del corso di *windsurf* riportava gravi lesioni al ginocchio cadendo dalla tavola di *surf* mentre effettuava una manovra di *beach start* (partenza dalla spiaggia). I genitori convenivano in giudizio il maestro e la scuola di *surf*, domandando il risarcimento dei danni patiti dalla figlia in conseguenza del suddetto incidente.

dalla scuola con il contratto, hanno preferito far derivare l'obbligo *de qua* da una disposizione di legge, collegandolo sì al contratto, ma sempre in posizione ultronea rispetto all'obbligazione con esso assunta.

Infatti sono giunti ad affermare che << *il contratto stipulato dalle parti non è quindi un tipico contratto d'opera intellettuale ma è un più complesso contratto socialmente tipico e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, non ascrivibile alle categorie contrattuali regolata dal codice civile*>> ⁽²⁵⁷⁾.

La soluzione prospettata non appare condivisibile, anche solo per il fatto che non riconosce l'esistenza e il valore degli obblighi di protezione all'interno del rapporto obbligatorio. Nessun accenno ad essi, infatti, è fatto nella sentenza, come non risulta esservi alcun richiamo alla buona fede contrattuale ed alla funzione integrativa di essa.

E' evidente che il ricorso alla teoria degli obblighi di protezione avrebbe sicuramente agevolato, nonché reso assai più semplice, la motivazione dell'allocatione di una responsabilità contrattuale in capo alla scuola di *windsurf*.

..*

In conclusione, ritengo che l'analisi dei casi giurisprudenziali abbia confermato, punto per punto, le premesse metodologiche alla stessa, offrendo una panoramica assolutamente variegata delle soluzioni adottate dai giudici;

⁽²⁵⁷⁾ Tribunale di Rovereto 24 novembre 2003, *cit.*

soluzioni che, come già ho sottolineato, non sempre lasciano soddisfatto l'interprete e, dunque, invitano ad uno studio ancora più approfondito della materia.

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE NEI CONFRONTI DEI TERZI E L'OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE.

SOMMARIO: 1.1 Gli obblighi di protezione nei confronti del terzo. Il contratto a favore di terzo – 1.2 (Se gue) Gli obblighi di protezione nei confronti del terzo. Il problema dei terzi estranei al rapporto contrattuale. – 2. Il contratto con effetti di protezione per il terzo nel nostro ordinamento giuridico. - 3. Il problema dei terzi destinatari degli obblighi di protezione. – 4. Gli obblighi di protezione nel diritto penale: analisi delle recenti pronunce giurisprudenziali. - 5. L'obbligazione senza prestazione.

1.1 *Gli obblighi di protezione nei confronti del terzo. Il contratto a favore di terzo.*

Il presente studio è stato sin qui incentrato sulla ricostruzione delle possibili forme di tutela delle sfere giuridiche dei soggetti legati

dall'obbligazione; o ra si incen trerà, inv ece, nell'analisi delle pos sibilità di un'eventuale tutela dei terzi, estranei al rapporto obbligat orio, m a che, in qualche m odo, possono essere danneggiat i dall'esecuzione di quest'ultimo (*rectius*, della prestazione).

Si tratta, dunque, di indagare se ed in quale m isura il contratto produca effetti oltre le sfere dei contraenti, verso i terzi.

Al riguardo, prim a di entrare ne l vivo dello studio di cui sopra è necessario svolgere una breve premessa in merito al contratto a favore di terzo, figura espressamente codificata nel nostro ordinamento giuridico dall'art. 1411 cod. civ. secondo il quale “ *il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione*”.

L'estensione degli effetti contrattuali al terzo opera per effetto della sua accettazione del contratto ovvero d irettamente dalla sua stip ulazione; si noti, però, che l'accettazione del diritto non im plica che il terzo divenga p arte del contratto.

La titolarità del diritto, difatti, è d istinta dalla titolarità d el rapporto contrattuale intercorrente tra stipulante e promittente ⁽²⁵⁸⁾.

L'irradiazione degli effetti contrattuali a sogg etti terzi è, d unque, nel caso di contratto a favore di terzo dire tta conseguenza della volontà delle parti:

⁽²⁵⁸⁾ BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, cit. p. 539 ss. Neppure può discorrersi di contratto a favore di terzo nell' ipotesi di contratto aperto alla successiva adesione del terzo: in tal caso costui, con l' adesione, verrebbe ad aggiungersi alle parti originarie (si pensi al contratto di società), mentre invece l' art. 1411 cod. civ. lascia in maniera definitiva al terzo tale qualificazione; egli non diviene parte – né i n senso formale, né in senso sostanziale – neppure con la di chiarazione di voler profittare della stipulazione a suo beneficio, ed acquista qui ndi il diritto nei confronti del prom ittente in virtù del solo accordo intervenuto tra quest'ultimo e lo stipulante.

l'estensione è programmata e può operare per effetto della stipulazione ovvero a seguito dell'accettazione del terzo ⁽²⁵⁹⁾.

Secondo la Corte di Cassazione “ *Il contratto a favore di terzi, di cui all'art. 1411 c.c., può attribuire al beneficiario diritti, ma mai imporgli obblighi; pertanto, nell'ipotesi in cui un autoveicolo oggetto di furto sia recuperato dalla polizia giudiziaria ed affidato a un depositario, questi non può pretendere dal proprietario, o dell'impresa assicuratrice che abbia risarcito il danno a quest'ultimo, alcun corrispettivo per il deposito, se e né la polizia non è egli stesso abbiano informato il proprietario dell'avvenuto ritrovamento e del deposito*” ⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁵⁹⁾ L'AMBO, *op. cit.*, p. 239, il quale evidenzia che “ *Il mancato adempimento [nel contratto a favore di terzo, n. d.r.] dà luogo, senz'altro, al risarcimento del danno mediante responsabilità contrattuale*”.

⁽²⁶⁰⁾ Cass. 14 gennaio 2011, n. 759, in *Giust. civ.* 2011, n. 6, p. 1486. Cfr. anche Cass. S.U. 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ. mass.* 2010, 2, p. 237, che qualifica la polizza fideiussoria come contratto a favore di terzo: “ *La cd. polizza fideiussoria è un negozio che, sotto il profilo genetico, si distingue dalle convenzioni fideiussorie sia perché necessariamente oneroso, mentre la fideiussione può essere anche a titolo gratuito, sia perché stipulato, non tra il fideiussore e il creditore, ma, di regola, dall'appaltatore (debitore principale) su richiesta ed in favore del committente beneficiario (creditore principale); inoltre, esso è strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, il quale non è parte né formale né sostanziale del rapporto, ed è funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione (promittente), di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente*”.

In materia di trasporti cfr. Cass. 28 settembre 2009, n. 20756, in *Dir. trasporti* 2010, n. 2, p. 320 (s.m.), secondo la quale “ *Qualora il vettore abbia affidato di sua iniziativa l'esecuzione totale o parziale del trasporto di cose ad altro vettore (sub-vettore), è configurabile l'ipotesi del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c., e la qualità di terzo va riconosciuta, anche per il contratto di subtrasporto, al destinatario, la cui adesione manifestata con la richiesta della riconsegna della merce trasportata corrisponde alla dichiarazione del terzo di voler beneficiare della stipulazione in suo favore. Ne consegue che spetta al destinatario stesso, quale beneficiario del suddetto contratto, la legittimazione ad esercitare nei confronti del subvettore i diritti che, una volta chiesta la riconsegna, gli competono ex art. 1689 c.c., compreso quello di chiedere il risarcimento del danno per la perdita o l'avaria delle cose trasportate*”.

E in merito non può non richiamarsi la teoria della relatività degli effetti del contratto, poiché dal coordinamento con l'art. 1372 cod. civ. (che circoscrive alle parti l'ambito di esplicazione degli effetti del contratto prevedendo che solo eccezionalmente essi possano prodursi verso i terzi) si ricava un principio generale dell'ordinamento.

Il contratto è di regola improduttivo di effetti verso i terzi, a meno che si tratti di effetti favorevoli e salva, in ogni caso, la facoltà di rifiuto da parte del terzo.

Per effetto dell'accordo quindi, come costantemente indicato dalla giurisprudenza ⁽²⁶¹⁾, da un lato in capo al terzo sorge, come unico effetto, un diritto di credito verso il promittente sulla base di un contratto validamente e completamente operante tra altri soggetti i contraenti e dall'altro tutte le obbligazioni scaturenti dall'accordo gravano in via esclusiva sulla parte stipulante.

Il contratto a favore di terzo è diffuso, ormai, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, tant'è che è espressamente riconosciuto dall'art. 6:110 dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti, ove è statuito che *“un terzo può chiedere l'adempimento di un'obbligazione con trattativa quando tale diritto è espressamente pattuito tra un promittente e uno stipulante, oppure quando un*

⁽²⁶¹⁾ Cfr. *ex multis*, Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150, in *Giust. civ. mass* 2005, 1, secondo la quale *“ Nel contratto in favore di terzi, che può essere costituito da un contratto di albergo, pur che lo stipulante vi abbia un interesse, che può essere economico, istituzionale o anche morale, lo stipulante rimane parte contrattuale, mentre il terzo non è parte né in senso sostanziale né in senso formale e deve limitarsi a ricevere gli effetti di un rapporto già validamente costituito ed operante, senza che a suo carico possano discendere obbligazioni verso il promittente. Ne consegue che è sempre lo stipulante ad essere obbligato nei confronti del locatore alla restituzione della cosa locata da parte del terzo e, in caso di ritardo, alla corresponsione di quanto dovuto ai sensi del disposto dell'art. 1591 c.c.”*.

accordo in tal senso può essere ricavato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze del caso. Non è necessario che l'identità del terzo sia nota al momento della conclusione del contratto" (262).

Nell'ordinamento inglese, come abbiamo già avuto modo di sottolineare nel Capitolo I del presente elaborato la dottrina della *privaty of contract* ovvero della *consideration* impongono che il contratto vincoli solo le parti e non possa creare diritti ovvero imporre obblighi a terzi estranei (263).

Si rinvencono, tuttavia, anche nell'ordinamento di *common law* alcune eccezioni alla suddetta regola, tutte di fonte legislativa.

Ad esempio, il *Married Woman's Propety Act* del 1882, *section 11*, prevedeva, in deroga alle prescrizioni sancite nella causa *Tweddle v. Atkinson*, del 1861 ove si ribadiva a gran voce le dottrine della *privaty of contract* e della *consideration*, secondo le quali in alcun caso un terzo estraneo al rapporto negoziale può acquisire diritti dal contratto, che le moglie acquisissero i diritti nascenti dal contratto di assicurazione sulla vita stipulato dal marito (così come il marito verso la moglie) (264).

Con il *Contract Act* del 1999 la rigidità della regola della *privaty of contract* è stata attenuata, venendo riconosciuta la possibilità da parte di terzi, estranei al contratto, di acquisire diritti derivanti dallo stesso (265).

(262) Cfr. *Principi di diritto europeo dei contratti* a cura di Castronovo, cit.

(263) G.H. TREITEL, *Privity*, in *Chitty of contracts*, London, 1999, § 18, p. 901.

(264) W. LORENZ, in B.S. Markesinis – W. Lorenz – G. Danneman, *The law of contracts and resolution: a comparative introduction*, Oxford, 1997, p. 258 ss.

Altro esempio è quello del *Solicitors Act* del 1974, *section 57*, in base al quale il contratto di assicurazione professionale contro i rischi della responsabilità professionale posto in essere dalla *Law Society* origina in capo ad ogni singolo avvocato (estraneo al contratto) il diritto all'indennizzo.

(265) C. MAC-MILLAN, *A Birthday Present for Lord Denning: The Contract (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Mod. L. Rev.*, 2000, p. 724 ss. T. MONFELI, *La riforma*

In tutte le esperienze degli ordinamenti giuridici, il contratto a favore di terzo implica comunque una regolamentazione degli interessi basata sulla volontà delle parti.

La produzione di effetti in favore di un soggetto estraneo al contratto è, in altre parole, voluta e determinata *a priori* dalle parti.

Come ci si accinge a dimostrare, tuttavia vi sono fattispecie in cui al terzo viene, comunque, riconosciuta la possibilità di acquisire diritti in assenza di una manifestazione di volontà delle parti.

Si tratta di un'estensione degli effetti del contratto non prevista dal regolamento negoziale e che, dunque, si produce prescindere dalla volontà delle parti, e pure (almeno apparentemente) a prescindere da una previsione legislativa implicante siffatta estensione.

L'analisi di tale fenomeno giuridico è, pertanto, tutta in divenire.

1.2 *(Segue) Gli obblighi di protezione nei confronti del terzo. Il problema dei terzi estranei al rapporto contrattuale.*

Può accadere che il terzo subisca un pregiudizio a causa dell'esecuzione della prestazione di un contratto di cui non è parte.

L'attuazione dell'obbligazione può cioè essere causa di pregiudizi tanto nella sfera soggettiva dei contraenti quanto nella sfera soggettiva di terzi.

della privacy of contract nella common law inglese: il Contract (Rights of Third Parties), in *Eur. dir. priv.* 2000, p. 1102 ss.

E', dunque, importante comprendere se il ristoro del pregiudizio subito dal soggetto estraneo al contratto possa essere realizzato attraverso una forma di responsabilità *ex contractu* ovvero *ex delicto*.

E' evidente che affinché sussista una responsabilità di natura extracontrattuale per offesa e ristoro al pregiudizio del terzo la condotta debba potersi qualificare come illecita.

Si pensi al caso in cui il debitore ceduto, in frode al cessionario, paghi il cedente, la sua condotta può essere aggettivarsi come illecita, in quanto arreca un danno ingiusto, in questo caso pure con l'intenzionalità (sussistendo un accordo fraudolento tra debitore ceduto e cedente).

Non sempre, tuttavia, l'adempimento di un'obbligazione può considerarsi un illecito, anzi tutt'al contrario è – quasi sempre – una condotta lecita quella di dare esecuzione al vincolo negoziale.

Può però accadere che quest'ultima, seppur lecitamente tenuta, arrechi un danno alla sfera soggettiva del terzo.

Quale, allora, la forma di tutela che può riconoscersi a quest'ultimo, in assenza peraltro di un qualsiasi dovere contrattuale di non ledere la sfera di interessi della controparte?

Nei sistemi di *common law* la giurisprudenza, consapevole del limite (seppur affievolito) tuttora esistente della regola della *privaty of contract* e della *consideration*, propende comunque per la natura extracontrattuale della responsabilità in cui incorre il contraente adempiente che arreca un danno ad un soggetto terzo.

Si tratta della categoria del *tort of negligence*, la cui diffusione si è avuta nel corso del XIX secolo grazie allo sviluppo di nuove forme di tutela del consumatore.

Difatti, agli albori del XIX secolo il produttore non era tenuto a risarcire i danni patiti dal consumatore; ciò che veniva in considerazione era il fatto che il produttore non vendeva direttamente al consumatore e, pertanto, non aveva con esso una *privity of contract*, né un dovere di attenzione (*duty of care*). Il che eliminava qualunque possibilità di ristoro del danneggiato, non potendo quest'ultimo esperire l'azione contrattuale in assenza di un vincolo negoziale, ma nemmeno l'azione extracontrattuale non avendo il produttore nei suoi confronti alcun dovere di diligenza.

La prima sentenza che riconosce al consumatore la facoltà di esperire l'*action in tort* contro il produttore risale alla seconda metà del XIX secolo, *Thomas v. Winchester*, N.Y. 397 del 1852.

La giurisprudenza di *common law* si è, poi, ampiamente dilettata nel riconoscere sempre maggiori tutele, attraverso l'estensione dell'*action in tort*, al consumatore e, più in generale, alle categorie economicamente deboli rispetto alle parti del contratto⁽²⁶⁶⁾.

Nel nostro ordinamento giuridico la possibilità per il terzo estraneo al contratto di esperire l'azione extracontrattuale dovrebbe, seguendo i rigidi dettami dell'ermeneutica, essere esclusa in assenza di una condotta illecita di una delle parti e, ancora, in mancanza di un obbligo di preservare la sfera di

⁽²⁶⁶⁾ V. *Ecola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. r. 2d 453, 150 P. 2d 436 (1944).

interessi di soggetti terzi da parte dei contraenti (in altre parole in mancanza di un generale dovere di *duty of care* verso i terzi, come direbbero gli inglesi).

Tuttavia, tale assunto non appare soddisfacente, soprattutto in considerazione dell'ormai accresciuta esigenza di tutela da parte dei soggetti più deboli, spesso estranei alle dinamiche contrattuali e che, però, ne risultano coinvolti e danneggiati.

Ancora una volta, è l'esperienza giuridica tedesca ad indicare la via, avendo dovuto fare di una propria necessità – e il riferimento è alle disfunzioni della responsabilità civile nell'ordinamento olttralpe – una virtù.

Come già si è sottolineato nel Capitolo I del presente studio, sono state proprio le particolarità dell'ordinamento tedesco a consentire lo sviluppo delle *Schutzpflichten*; invero, le regole stabilite dal BGB (prima della riforma) in ordine alla responsabilità da illecito consentivano ampi spazi di esonero da responsabilità per fatto degli ausiliari (§ 831 BGB).

E ancora, l'azione per il risarcimento da fatto illecito si prescriveva in tre anni (§ 852 BGB *ante* riforma) ⁽²⁶⁷⁾.

E' logico, allora, come per i giuristi tedeschi sia stato assolutamente importante "allargare" le maglie della responsabilità contrattuale, riconducendo entro i confini della relativa azione tutte le ipotesi di danno legate anche indirettamente ad un negozio giuridico.

Tuttavia, pregio dell'elaborazione dei giurisperiti d'olttralpe è stato proprio quello di non soffermarsi ai soli casi di responsabilità per fatto degli

⁽²⁶⁷⁾ Mentre quella contrattuale si prescrive in trent'anni (§ 195 BGB) e non consente al datore di lavoro alcuna prova liberatoria (§ 278 BGB).

ausiliari – fattispecie in cui la necessità di ricondurre molte condotte nell'area della responsabilità contrattuale era maggiormente avvertita – ma di spingersi oltre ricomprendendo nel comparto della responsabilità *ex contractu* anche fattispecie che nulla hanno a che vedere con la responsabilità per fatto degli ausiliari ⁽²⁶⁸⁾.

In Germania il primo riconoscimento di tutela contrattuale ad un soggetto estraneo al contratto è stato il famoso caso *Gasuhrfall* di cui ci siamo già occupati nel Capitolo I del presente elaborato, ma analizzandolo esclusivamente in quanto pronuncia che sicuramente ha contribuito all'evoluzione degli obblighi di protezione in termini generali ⁽²⁶⁹⁾.

Ora ciò che di questa sentenza, invece, ci interessa maggiormente è proprio l'estensione della tutela contrattuale riconosciuta in favore di un soggetto terzo ed estraneo al rapporto negoziale.

Nella motivazione, la corte tedesca condannò l'impresa al risarcimento del danno sostenendo che il dipendente della stessa aveva disatteso l'obbligo di cura sorto con il contratto d'opera, che, nel caso di specie, doveva considerarsi concluso anche a favore del terzo.

Il ragionamento seguito dai giudici tedeschi muove dalla considerazione che l'impresa appaltatrice doveva valutare il fatto che il committente – in ragione della pericolosità della prestazione eseguita – pretendeva che

⁽²⁶⁸⁾ CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, op. cit., p. 160 ss.; CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del BGB*, op. cit., p. 290.

⁽²⁶⁹⁾ RG 10 febbraio 1930, in *R.G.Z.*, 127, 218. La fattispecie è quella della donna delle pulizie che aveva subito danni a causa di una fiammata sviluppata da una caldaia a gas presente nell'abitazione presso cui prestava servizio e che era appena stata installata dall'impresa.

l'obbligazione fosse adempiuta senza danni non solo verso se stesso e ai suoi beni, ma pure con riguardo alle persone terze ovvero ai beni di soggetti terzi.

E' evidente il richiamo implicito al dogma della volontà nella sentenza *de qua* ⁽²⁷⁰⁾.

Tuttavia errato era il riferimento al contratto a favore di terzo.

Tale fattispecie contrattuale, difatti, è geneticamente costruita sul dato che il terzo acquista il diritto alla prestazione al momento della stipulazione del contratto.

Ossia, dalla stipula nasce una promessa di prestazione nei confronti del terzo, non un generico vantaggio in suo favore nel quale è possibile ipotizzare anche un profilo di protezione ⁽²⁷¹⁾.

Attenta dottrina ha, perciò, riquadrificato la fattispecie sottoposta all'esame della Corte tedesca come contratto con efficacia di protezione per terzi, fattispecie negoziale differente dal contratto in favore di terzo, ma accumulata a quest'ultima dall'istanza di tutela del terzo che promana da certi contratti.

Così il terzo non ha diritto alla prestazione (come, invece, accade nel contratto a favore di terzo), ma nei suoi confronti ciascuna delle parti del

⁽²⁷⁰⁾ Tuttavia, come evidenzia LAMBO, *op. cit.*, p. 244, il richiamo alla volontà delle parti e al regolamento negoziale che esse avevano posto in essere, non è stato il perno fondante della determinazione assunta dai giudici. I quali hanno giustificato il richiamo alla figura del contratto a favore di terzo sostenendo l'applicazione del § 328 BGB. Quest'ultima norma prevede che in mancanza di accordo specifico, si deve desumere dalle circostanze e, in particolare, dallo scopo del contratto se il terzo debba acquisire il diritto ovvero se questo sia subordinato alla sussistenza di determinati presupposti.

⁽²⁷¹⁾ Così LAMBO, *op. cit.*, p. 244.

contratto ha nell'esecuzione della prestazione l'obbligo di osservare un comportamento di protezione.

Ciò attraverso il cosiddetto *Vertrag mit Schutzwirkung*, ossia il dovere di cura che grava su ciascuna delle parti del contratto nei confronti dell'altra e che viene esteso anche nei confronti dei terzi ⁽²⁷²⁾.

Non di tutti i terzi, ma solo di coloro la cui posizione è considerata meritevole di tutela in misura corrispondente a quella dei soggetti del contratto ⁽²⁷³⁾.

Ed è questo uno dei nodi focali dell'elaborazione teorica in commento.

Riconoscendo, difatti, come ammissibile la possibilità di estendere la tutela contrattuale anche ai terzi e stranieri al contratto ma che siano stati in qualche modo lesi nella loro sfera soggettiva dall'esecuzione di quest'ultimo, è però assolutamente necessario precisare quali siano i terzi destinatari di siffatta tutela, non potendo quest'ultima essere genericamente estesa a chiunque.

Ecco, allora, che l'unico criterio in grado di operare una distinzione fra terzi che non diventi discriminazione è quella di considerare destinatari di tutela solo coloro che si trovino, rispetto all'esecuzione della prestazione oggetto del contratto, in una situazione corrispondente a quella dei contraenti.

Ossia, si trovino esposti, per motivi che di volta in volta dovranno essere rintracciati, ai medesimi rischi a cui è esposto il debitore della prestazione.

⁽²⁷²⁾ L'espressione *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* è di LARENZ, *Anmerkung* a BGH 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193 ss.

L'autore costruisce una figura generale di contratto a favore di terzo, all'interno della quale può essere isolata la fattispecie del contratto con effetti di protezione per il terzo.

⁽²⁷³⁾ La giurisprudenza tedesca parla per la prima volta di contratto con effetti di protezione per il terzo nella sentenza BGH 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

Ovviamente, fatto salvo il rischio da inadempimento, non essendoci, appunto, diversamente da quanto accade nel contratto a favore di terzo, alcun obbligo di prestazione in favore del terzo.

La giurisprudenza tedesca a partire dalla pronuncia *Gasuhrfall* e dalla successiva elaborazione dottrinale ha riconosciuto in sempre più casi la tutela contrattuale al terzo, così implicitamente confermando l'esistenza di ipotesi negoziali in cui gli effetti di protezione non sono limitati ai contraenti, ma devono essere rivolti anche a soggetti estranei ⁽²⁷⁴⁾.

⁽²⁷⁴⁾ Così ad esempio, è accaduto con riguardo ai contratti – qualificati come contratti con effetti di protezione per il terzo – stipulati dai genitori con il medico e l'ospedale e riguardanti la cura del bambino: BGH 10 novembre 1970, in *NJW*, 1971, p. 241.

Ancora in materia di locazione, è stato considerato contrattualmente responsabile il gestore di un locale nei confronti dei partecipanti ad una manifestazione terzi rispetto all'organizzatore con cui il gestore aveva stipulato il contratto di locazione, RG 4 aprile 1939, in *RGZ*, 160, 153; BGH 23 giugno 1965, in *NJW*, 1965, p. 1757.

Con riferimento al contratto di trasporto, sono stati ammessi ad invocare la tutela contrattuale i familiari, i partecipanti ad una gita, gli amici, i membri di un'associazione o anche i semplici conoscenti di colui che aveva stipulato il contratto di trasporto: BGH 28 maggio 1957, *NJH*, 1957, p. 1187.

Un obbligo di protezione è stato rinvenuto pure in capo al fornitore dell'impresa nei confronti del dipendente di quest'ultima.

E' il caso del lavoratore di un'azienda, danneggiato dal cattivo funzionamento dei macchinari forniti all'impresa e che ha potuto invocare la tutela contrattuale direttamente nei confronti del fornitore del suo datore di lavoro (BGH 7 novembre 1960, in *JZ*, 1961, p. 169).

Ancora sono stati legittimati ad esplicitazione contrattuale nei confronti della venditrice i dipendenti di un'azienda che aveva acquistato materiale di lavorazione pericoloso (BGH 15 maggio 1959).

Si è, pure, sviluppato un filone di pronunce che ha riconosciuto obblighi di protezione verso il terzo in contratti di prestazione professionale, in particolare con riguardo agli obblighi di informazione.

Emblematico fu il caso dell'avvocato incaricato di redigere un testamento nel quale una donna doveva essere istituita erede universale del padre, che, a causa di un ritardo nell'adempimento della prestazione, aveva di fatto impestato la delazione testamentaria, in quanto era sopraggiunta la morte del genitore ormai anziano (BGH 6 luglio 1965, in *JZ*, 1966, p. 141).

La donna, citato in giudizio l'avvocato, ha preteso il ristoro del pregiudizio economico subito a causa del ritardo nell'adempimento della prestazione che il professionista si era obbligato a svolgere nei confronti del padre. La corte ha accolto la richiesta risarcitoria condannando l'avvocato a titolo di responsabilità contrattuale, in quanto con il contratto d'opera professionale quest'ultimo si era obbligato ad adottare una

2. *Il contratto con effetti di protezione per il terzo nel nostro ordinamento giuridico.*

Nell'ordinamento giuridico italiano il riconoscimento della tutela contrattuale anche al terzo estraneo al rapporto obbligatorio non ha, ad oggi, ancora trovato riscontro.

Invero, è assolutamente comprensibile che il terzo non ottenga tutela laddove essa non è ancora del tutto riconosciuta – o almeno non lo è con la dovuta autonomia – al contraente, parte indiscutibile dell'obbligazione stessa.

Come abbiamo avuto modo di vedere, in fatti, la dottrina è ancora divisa tra coloro che affermano l'autonomia degli obblighi di protezione rispetto al dovere di prestazione e coloro che, invece, riducono l'ambito di autosufficienza degli stessi, considerandoli tipiche specificazioni della prestazione principale⁽²⁷⁵⁾.

Ancora, si ritiene che l'area di tutela destinata per definizione alla violazione degli obblighi di protezione sia quella dell'illecito civile. In altre parole, l'unica tutela che potrebbe avere il terzo (ma si noti, pure, le stesse parti del contratto), in caso di violazione dell'obbligo di protezione, sarebbe quella extracontrattuale⁽²⁷⁶⁾.

certa diligenza non solo nei confronti della sua controparte negoziale ma anche nei confronti della di lui figlia, destinataria del testamento.

⁽²⁷⁵⁾ Così NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 21.

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Foro it.* 2003, I, p. 2147, secondo la quale "È configurabile la responsabilità extracontrattuale della società di revisione per i danni derivati a terzi dall'attività di controllo e di certificazione del bilancio di una società quotata in borsa, anche nell'ipotesi di revisione volontaria, effettuata su incarico della società medesima. (Nella specie, è stata confermata la responsabilità

Vi è, dunque, da parte della giurisprudenza italiana una sorta di preclusione in merito alla possibilità di accordare *in primis* autonomia agli obblighi di protezione e, in secondo luogo, per quel che in questa sede rileva, tutela contrattuale al terzo.

L'estensione di una forma di garanzia al soggetto estraneo al contratto voluta e realizzata in alcune pronunce della Corte di legittimità, non parte mai dalla ricostruzione dell'istituto nei termini sin qui elaborati, ma focalizza l'attenzione sulla situazione di rischio e/o pericolo a cui sono esposti alcuni soggetti quando entrano in "contatto" con determinate realtà.

E, ancora, fonda il proprio ragionamento nella teoria della responsabilità contrattuale non più limitata a sanzionare l'interesse definito dall'art. 1174 cod. civ., ma estesa a garantire anche interessi altri che non hanno formato precipuo oggetto del contratto.

extracontrattuale della società di revisione per l'erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società, compiuta su incarico di quest'ultima, nei confronti di acquirenti di quote societarie, che non avrebbero stipulato il contratto definitivo, esercitando il diritto di recesso stabilito nel preliminare, ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società)". Dunque "Anche nello svolgimento dell'attività di revisione contabile non obbligatoria alla società incaricata può essere imputata la responsabilità extracontrattuale per la lesione dei diritti di soggetti terzi al rapporto contrattuale allorché tali soggetti avessero fatto affidamento sulle risultanze della revisione di cui si è appurata l'erroneità".

Si veda recentemente, il caso di un soggetto "truffato" dalla propria controparte contrattuale nella stipulazione di una transazione successiva all'emissione di un lodo che si è accertato essere stato il frutto di reato di corruzione in atti giudiziari: "Nel caso in cui una delle parti di un contratto di transazione, stipulato all'esito di una sentenza resa in un giudizio di impugnativa di un lodo arbitrale, sentenza che sia stata successivamente accertata essere il frutto di una corruzione in atti giudiziari, lamenti un danno derivante dall'inquinamento della trattativa intesa alla conclusione del predetto accordo transattivo, tale danno può configurarsi e deve essere qualificato come di natura extracontrattuale" (Trib. Milano 3 ottobre 2009, n. 11786, in *Resp. civ. e prev.* 2010, n. 3, p. 586 ss.

In merito, significativa è al recente pronuncia della Corte di Cassazione riguardante la somministrazione di farmaci da parte dei farmacisti ⁽²⁷⁷⁾.

I giudici di legittimità hanno avuto occasione di affermare che non solo il farmacista è tenuto alla dazione del farmaco in caso di presentazione della prescrizione medica, ma ha pure l'obbligo di esigere nel caso di prescrizione di sostanze velenose, a dosi non medicamentose o pericolose, che il sanitario compilatore della ricetta dichiarare per iscritto, previa indicazione dello scopo terapeutico perseguito, che la somministrazione avviene sotto la sua responsabilità ⁽²⁷⁸⁾.

In difetto, si afferma sussistere una piena responsabilità, tuttavia sempre aquiliana, del farmacista.

⁽²⁷⁷⁾ Cass. 2 luglio 2010, n. 15734, in *Guida al diritto* 2010, n. 49-50, p. 57 (s.m.); in *Foro it.* 2011, I, p. 152 ss.; in *Giust. civ. mass.* 2010, fasc. 7-8, p.1002; in *Giust. civ.* 2011, n. 2, p. 428 ss.; in *Resp. civ. e prev.* 2011, n. 3, p. 601 ss.

⁽²⁷⁸⁾ Cass. 2 luglio 2010, n. 15734, *cit.*, secondo la quale “*La responsabilità del farmacista deve essere esclusa quando lo stesso si attiene alle prescrizioni mediche contenute nella ricetta, che è il documento, compilato dal professionista abilitato, contenete tutte le informazioni necessarie per la dispensa del medicinale. Il farmacista non ha il compito di verificare se la posologia del farmaco prescritto sia effettivamente corrispondente alle necessità terapeutiche della cura occorrente, in quanto egli, non abilitato all'esercizio della professione medica, non è tenuto né autorizzato a sindacare il trattamento terapeutico o farmacologico né a controllare l'eventuale dissonanza tra la cura occorrente e le indicazioni della ricetta, a questa avendo l'obbligo di attenersi scrupolosamente. La legge, piuttosto, impone al farmacista l'obbligo, nell'ipotesi in cui egli abbia a individuare nella ricetta la prescrizione di sostanze velenose, a dosi non medicamentose o pericolose, di esigere che il sanitario compilatore della ricetta dichiarare per iscritto, previa indicazione dello scopo terapeutico perseguito, che la somministrazione avviene sotto la sua responsabilità. Di conseguenza, la consegna di medicinali senza la ricetta, quando questa è prescritta, comportando anche a carico del farmacista la responsabilità disciplinare con le conseguenti sanzioni amministrative, costituisce comportamento attuato in violazione di specifica disciplina normativa e tale da concretare condotta illecita, sanzionabile civilisticamente ai sensi dell'art. 2043 c.c., in relazione agli eventi di danno, che eventualmente abbia a produrre. Né al riguardo può il farmacista invocare, quali scriminanti la consapevole accettazione da parte del cliente del farmaco non prescritto, l'aver egli indicato le modalità di uso o di somministrazione del medicinale ovvero l'essersi affidato al fatto che del prodotto il cliente avrebbe saputo fare un uso conforme alle istruzioni contenute nella confezione”.*

Si possono analizzare anche i casi di responsabilità per cosiddetta “nascita indesiderata”: in particolare, e, rileva la pronuncia della Corte di Cassazione 10 maggio 2002, n. 6735, in quanto la stessa, seppur non esplicitamente, è il frutto di un ragionamento che muove essenzialmente dal riconoscimento degli obblighi di protezione, anche verso il terzo e, dunque, della possibile esistenza e autonomia anche nel nostro ordinamento giuridico del contratto con effetti protettivi verso il terzo ⁽²⁷⁹⁾.

La vicenda trae origine dalla citazione in giudizio del ginecologo da parte dei genitori di un bambino nato con incurabili patologie.

In primo grado il Tribunale riconosce ai genitori il risarcimento del danno biologico patito per essere stati privati, a causa dell'omessa informazione alla gestante sulle eventuali informazioni al feto, della possibilità di prepararsi adeguatamente a una nascita comportante un forte trauma psichico, nonché un mutamento (quasi radicale) delle abitudini di vita ⁽²⁸⁰⁾.

La Corte d'Appello, confermando la responsabilità del medico, ha esteso il risarcimento all'intero danno che il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza ha cagionato ai genitori del minore ⁽²⁸¹⁾.

Dunque, i giudici d'appello stravolgono per certi aspetti la prospettiva seguita dai colleghi in primo grado, rilevando che ad essere leso non è solo il diritto dei genitori ad una procreazione consapevole, intendendosi con ciò la consapevolezza di mettere al mondo un figlio con gravi malformazioni, ma

⁽²⁷⁹⁾ Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.* 2003, p. 883 ss.; in *Resp. civ. e prev.* 2003, p. 117 ss.; in *Nuova giur. civ. commentata* 2003, I, p. 619.

⁽²⁸⁰⁾ Trib. Perugia 7 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1804.

⁽²⁸¹⁾ App. Perugia 24 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, p. 824 ss.

pure il loro diritto di scelta in ordine al proseguimento della gravidanza (diritto all'autodeterminazione dell'uomo costituzionalmente tutelato dall'art. 2;²⁸²).

La Corte di Cassazione, poi, su ricorso della compagnia di assicurazioni del professionista, ha aggiunto un'ulteriore tassello al mosaico di garanzie - già iniziato dal Tribunale di Perugia - ricomosciute ai genitori del bambino affetto da patologie gravemente invalidanti, affermando che *“In tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Infatti, la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva affermato la responsabilità del medico senza specifica discussione sul nesso di causalità), non essendo emersi in causa argomenti - quali fattori ambientali, culturali, di storia personale - idonei a dimostrare in modo certo che, pur informata, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza, ed essendo anzi*

(²⁸²) Sul punto lapalissiana è una recente pronuncia della Corte di legittimità: cfr. Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, consultabile in banca dati www.dejure.it, secondo la quale: *“Il danno risarcibile non può essere limitato solo al danno alla salute in senso stretto della gestante. Qualora l'imperizia del medico impedisca alla donna di esercitare il proprio diritto all'aborto, e ciò determini un danno alla salute della madre è ipotizzabile che da tale danno derivi un danno alla salute anche del marito. Poiché si tratta di contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico-ginecologo, diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale), il danno provocato dal inadempimento del sanitario costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale, è risarcibile a norma dell'art. 1223, c.c.”*.

desumibile dalla richiesta al medico di esami volti a conoscere l'esistenza di anomalie o malformazioni del feto un comportamento orientato, in caso positivo, a rifiutare la prosecuzione della gravidanza" (283).

E ancora, "In tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza, atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve per ciò ritenersi tra i soggetti "protetti" dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio" (284).

Da una semplice lettura della parte motiva della sentenza *de qua*, si evince che i giudici di legittimità hanno sviluppato le proprie argomentazioni secondo la logica degli *Schutzpflichten*, ossia degli obblighi di protezione come doveri geneticamente esistenti nel nostro ordinamento giuridico.

⁽²⁸³⁾ Così Cass. 10 maggio 2002, *cit.*

⁽²⁸⁴⁾ Cass. 10 maggio 2002, *cit.*

Tuttavia, si rileva che in tale sentenza mai è fatto esplicito riferimento alle teorie della dottrina tedesca ovvero alle elaborazioni di quella italiana.

Ciò che conta è, comunque, la circostanza che solo partendo dal riconoscimento dell'esistenza e dell'autonomia degli obblighi di protezione può, nel caso di specie, trovare giustificazione il riconoscimento del risarcimento del danno al padre, senza dubbio estraneo al rapporto contrattuale tra gestante e medico curante.

E, nemmeno, potrebbe richiamarsi la sussistenza di un contratto a favore di terzo, non essendo in alcun caso il padre destinatario dell'obbligo di prestazione di cura da parte del medico.

La figura del contratto a favore di terzo è, in vece, stata utilizzata in numerose sentenze da parte della nostra giurisprudenza e di merito e di legittimità.

Caso emblematico è stato quello del bambino, nato con gravi lesioni cerebrali a causa di un'errata manovra dell'ostetrica in fase di parto, che aveva domandato il risarcimento del danno all'ente ospedaliero ⁽²⁸⁵⁾.

La Corte di Cassazione si è trovata ad affrontare il problema se fosse o possibile o meno riconoscere all'infante l'esercizio dell'azione contrattuale.

In primo luogo, quest'ultima ha dovuto risolvere la questione in ordine alla possibilità di riconoscere ad un soggetto "non ancora nato" – l'evento lesivo, infatti, si era verificato durante il parto e, com'è noto, la capacità

⁽²⁸⁵⁾ Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.* 1994, I, p. 2479.

giuridica si acquista solo con la nascita – la possibilità di esperire l'azione contrattuale ⁽²⁸⁶⁾.

I giudici di legittimità hanno definito tale problema dell'assenza di capacità giuridica in capo al nascituro, circostanza che precluderebbe allo stesso l'esercizio dell'azione, affermando che “*In presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l'esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l'intenzione del legislatore di tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore alla nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno*” ⁽²⁸⁷⁾.

Riconosciuta, dunque, la possibilità per il nascituro di esperire, una volta “venuto al mondo”, l'azione contrattuale per i danni patiti, la Corte si imbatte nella questione relativa a quale fattispecie contrattuale possa essere posta a fondamento dell'esercizio di siffatta azione.

Non di certo il contratto a favore di terzo che presuppone l'acquisto in capo al terzo della qualità di creditore della prestazione che dovrà eseguire il promittente ⁽²⁸⁸⁾.

⁽²⁸⁶⁾ Si noti che il Tribunale di primo grado aveva escluso, in forza dell'art. 1 cod. civ., la possibilità di riconoscere al bambino l'azione di risarcimento tanto in via contrattuale quanto in termini extracontrattuali sul presupposto che la mancanza di capacità giuridica in capo al nascituro preclude a quest'ultimo l'esperibilità di qualsiasi tipo di azione.

⁽²⁸⁷⁾ Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, *cit.*

⁽²⁸⁸⁾ Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, *cit.*, “*Nel caso di un contratto stipulato fra un ente ospedaliero e una partoriente non si è di fronte a un contratto a favore di terzi nel quale il nascituro assume la figura di terzo, bensì di un contratto con effetti protettivi a favore di terzi il quale pone l'obbligo di non arrecare danni a terzi estranei al contratto e nell'ambito del quale, in caso di inadempimento della*

Ecco allora che per la prima volta i giudici di legittimità si richiamano al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi, pur, tuttavia, senza mai addentrarsi nel vivo del dibattito sugli obblighi di protezione⁽²⁸⁹⁾.

La soluzione dell'inquadramento del contratto di ospedalità della gestante con l'ente ospedaliero quale contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo costituisce solo la soluzione quasi estemporanea che relativamente al caso di specie, la Corte ha trovato.

Nessun reale riconoscimento alla teoria degli obblighi di protezione, anche verso il terzo, può dunque desumersi da tale pronuncia.

Tuttavia, agli occhi di un attento giurista - a quasi vent'anni dalla sua emissione - può congetturarsi che altra soluzione non vi fosse per i giudici di legittimità e che, dunque, si siano determinati a risolvere un dibattito mai sopito, che ha trovato ingresso nella motivazione di tale sentenza entrando dalla finestra.

I giudici di legittimità nella sentenza 11503 richiamano la dottrina del *Vertrag mit schutzwirkung für dritte* nei seguenti termini “è stato posto in

prestazione può agire non solo la partoriente, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche il soggetto a protezione del quale è posto l'obbligo”.

(²⁸⁹) Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, cit., “Con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì a effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza - qualsiasi possibile danno. Il contratto, intercorso tra la partoriente e l'ente ospedaliero, si atteggia come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nei confronti del nato, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in parte, anteriormente alla nascita; ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse”.

rilievo, tuttavia, come in numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Si parla di ‘contratti con effetti protettivi a favore di terzi’, nell’ambito dei quali, in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale è posta quella previsione” (290).

Ciò che, comunque, si deve porre in rilievo – a prescindere dalla ripetuta non volontà della giurisprudenza italiana di dare ingresso e conferire autonomia agli obblighi di protezione – è la circostanza che l’obbligo di protezione (come quello di prestazione) implica necessariamente un posizione se non creditoria, quantomeno di beneficio.

Ossia implica l’esistenza di un soggetto cui tale protezione è rivolta, che è il destinatario della prestazione di protezione.

Prescindendo da giochi di parole, l’assimilazione della posizione del destinatario della prestazione e della protezione ci induce a riflettere sull’incompatibilità, rispetto al caso de quo, pure del contratto con effetti di protezione verso terzi (come già detto del contratto a favore di terzi).

Eppure in altri casi non ci si è fatti scrupoli ad affermare la configurabilità di un contratto a favore di terzo anche nei confronti di soggetti non esistenti, come nel caso del nascituro ovvero della società non ancora costituita.

(290) Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, *cit.*

Si tratta, allora, di una scelta di campo, quantomeno con riferimento alla possibilità di attribuire diritti a soggetti non ancora giuridicamente nati e, dunque, capaci.

A prescindere dalla scelta di campo che necessariamente si deve assumere dinanzi a fattispecie come quelle sopra menzionate, ritengo, però, che l'opzione per la teoria degli obblighi di protezione e il riconoscimento di una loro autonomia giuridica in forza del richiamo al principio di buona fede, sia assolutamente sintomatica di una cultura giuridica matura e moderna e risponda ad esigenze sociali che, oggi più di allora, si fanno sentire con tutta la loro forza.

Si noti, comunque, che, a prescindere dalla qualificazione della fattispecie contrattuale come "contratto a favore di terzo" ovvero "contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo", il risultato è quello di applicare al caso concreto le regole della responsabilità contrattuale piuttosto che quelle della responsabilità aquiliana.

In altre parole, a cambiare sono i termini non il risultato giuridico.

Tuttavia, il costrutto concettuale, in base al quale si procede nell'elaborazione tanto dell'istituto codificato, quanto di quello non normato, è diverso: nel contratto a favore di terzo, il terzo è destinatario dell'obbligo di prestazione, vanta un suo personale diritto alla prestazione.

Mentre, nel contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo manca un diritto del terzo alla prestazione, essendo quest'ultimo semplicemente destinatario di un dovere di protezione, ossia di un dovere in capo al debitore di

apprestare tutte le cautele necessarie per evitare che nell'adempimento dell'obbligazione possa essere lesa la sfera giuridica del terzo.

Un volta offerto asilo nel nostro ordinamento giuridico alla fattispecie del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, si pone il problema di individuare, quantomeno in termini generali, quali siano gli effettivi destinatari di tali obblighi di protezione, nell'ottica di un'evidente limitazione dei terzi.

Ed è in questo senso che prosegue la presente analisi.

3. *Il problema dei terzi destinatari degli obblighi di protezione.*

E' evidente che non tutti i terzi possono essere destinatari degli obblighi di protezione, cioè equiparati ai soggetti del contratto, debitore e creditore.

E' necessario, pena un'illegittima arbitrarietà sociale, rinvenire un criterio che abbia un fondamento giuridico atto a distinguere quali fra tutti i terzi siano o meno destinatari dei doveri di protezione nascenti dal contratto.

La soluzione offerta nell'individuazione del fondamento giuridico atto a giustificare nell'ordinamento la partecipazione del terzo al regime di protezione riconosciuto al debitore ed al creditore è quasi sempre di natura materiale.

Il terzo per essere destinatario del dovere di protezione deve trovarsi in una condizione di prossimità rispetto alla prestazione, vale a dire in una

posizione che lo esponga ad un pericolo di danno uguale a quello cui va incontro il creditore ⁽²⁹¹⁾.

Per prossimità del terzo rispetto alla prestazione deve intendersi l'esistenza di una relazione speciale tra il terzo e l'oggetto dell'obbligazione, tale da giustificare l'estensione di tutela nei suoi confronti ⁽²⁹²⁾.

Tant'è che l'esigenza di protezione non deve rinvenirsi tanto nel contratto o nella sua esecuzione, quanto nelle peculiari caratteristiche della prestazione che determinano per il debitore il grado di accortezza da impiegare nell'adempimento al fine di non arrecare danno al creditore e ovvero ai terzi, esposti in questo caso allo stesso pericolo del soggetto destinatario della prestazione.

E' rilevante, pertanto, nella definizione dei soggetti estranei al contratto ma destinatari della tutela di protezione, valutare la natura della prestazione.

Cioè se questa, per le sue caratteristiche intrinseche, comporta l'esposizione del terzo ad un pericolo di danno analogo a quello cui è esposto il creditore.

Solo in questo caso, può concedersi tutela al terzo.

⁽²⁹¹⁾ E' sempre la dottrina tedesca ad aver elaborato il criterio della <<prossimità>> (Leistungsnähe), sottolineando che il rimedio contrattuale del risarcimento non può essere attribuito a qualsiasi terzo danneggiato da una erronea esecuzione della prestazione. Solo al ricorrere di determinate condizioni di contratto tra il terzo e la prestazione edotta in contratto può validamente dirsi di essere in presenza di un *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*.

Così DI MAJO, *La protezione di terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. privato*, 2000, p. 1 ss. e 15 ss.

⁽²⁹²⁾ Perché possa esistere un dovere di protezione verso il terzo è necessario, tuttavia, (o quantomeno dovrebbe essere necessario) che il terzo sia a conoscenza della prossimità che lega il terzo alla prestazione, ovvero della speciale relazione che il soggetto estraneo ha con il contratto. Sull'argomento, cfr. LAMBO, *op. cit.*, p. 264, sub nota 69.

Il limite di fatto criterio è, tuttavia, determinato dalla sua evanescenza.

La speciale relazione che in ipotesi legherebbe il terzo alla prestazione, potrebbe non essere determinata dalle caratteristiche della prestazione, ma da una semplice occasione⁽²⁹³⁾.

In altre parole, la prossimità del terzo può sì, in taluni casi, essere determinata dalla natura della prestazione, ma in altri, invece, potrebbe essere conseguente ad una mera occasione. E allora come comportarsi?

Si noti che l'occasione, comunque, comporta la stessa esposizione al pericolo di danno per il terzo che comporta la natura della prestazione.

Secondo il criterio della prossimità dovrebbe estendersi la tutela anche al terzo occasionalmente entrato in contatto con la prestazione, in quanto, comunque, l'esposizione al pericolo dello stesso è stata – seppur per mera occasione – analoga a quella del creditore.

In soccorso, *rectius* in funzione integrativa della teoria della prossimità, è stato elaborato – sempre dalla dottrina tedesca – il criterio delimitativo del dovere di cura⁽²⁹⁴⁾.

Tale dove solitamente si riscontra nei rapporti di parentela, di affinità e di lavoro ed è supportato dall'interesse che il creditore della prestazione ha verso determinati terzi, appunto ad esso legati dai suddetti vincoli parentali e/o lavorativi.

⁽²⁹³⁾ Così MEDICUS, *Shuldrecht, I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 362 ss.

⁽²⁹⁴⁾ Così MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, Colonia – Berlino – Bonn- Monaco 1999, p. 631 ss. Medicus, *Shuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, 2003, p. 2 ss.

Emblematico di tale criterio è il più volte citato caso *Gasuhrfall*, laddove i giudici nel riconoscere tutela alla domestica, partirono proprio dalla considerazione che l'intento del committente, nella stipulazione del contratto per l'installazione della caldaia, era quello di estendere le garanzie previste per sé stesso anche al domestico, esposto al medesimo rischio cui si esponeva il committente.

Invero, siffatto criterio è stato elaborato dalla dottrina e giurisprudenza tedesche prevalentemente in considerazione del fatto che i casi, di volta in volta, esaminati riguardavano terzi che si trovavano in una posizione di vicinanza al creditore della prestazione, vuoi perché vi intrattenevano un rapporto di lavoro vuoi perché vi convivevano stabilmente.

La portata dell'interesse ad estendere la protezione al terzo è determinato dalla circostanza che il creditore della prestazione è responsabile <<del bene e del male del terzo>>, ossia la cosiddetta *Wohl und Wehe* ⁽²⁹⁵⁾.

Ovviamente, tale forma di responsabilità del creditore della prestazione che giustifica l'estensione della tutela al terzo si rinviene soprattutto nelle relazioni familiari e di lavoro, dove la condivisione spazio-temporale è maggiore ⁽²⁹⁶⁾.

Tale criterio, tuttavia, già dalla semplice esplicazione risulta assolutamente incompatibile con la ricerca di un criterio di selezione dei terzi che pretenda di essere generale.

⁽²⁹⁵⁾ L'espressione è di LARENZ, *Anmerkung* a BGH 25 aprile 1965, p. 1193.

⁽²⁹⁶⁾ Così MEDICUS, *Questioni attuali della responsabilità civile*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2002, p. 149 ss.

Emblematici dell'inidoneità di siffatto criterio sono gli esempi del mutuo concesso da un istituto di credito sulla base di una perizia estimativa erronea dell'immobile fornito in garanzia, ovvero, ancora dell'immobile il cui prezzo è stato determinato sulla base di una perizia inesatta.

In questi casi non si può richiamare la responsabilità del creditore «nel bene e nel male» nei confronti del terzo, in quanto il creditore non ha alcun dovere di cura verso il terzo, anzi addirittura il terzo è portatore di un interesse contrapposto a quello di cui è portatore il creditore della prestazione.

Nei suddetti esempi, la committenza della perizia persegue un interesse opposto a quello del compratore e/o della banca. Infatti, nel fornire notizie inesatte sull'immobile al fine di ottenere una perizia migliore, il committente si pone in antagonismo con l'interesse del terzo (banca o acquirente) a ricevere un'informazione corretta e veritiera e, dunque, ad esercitare consapevolmente il proprio potere negoziale.

E' evidente che in siffatti casi mai potrà trovare applicazione il criterio del *Wohl und Wehe*.

Eppure obblighi di protezione verso il terzo – e dunque tutela allo stesso – sono stati riconosciuti anche nei casi su esplicitati, ove il terzo si trova in una posizione diametralmente opposta rispetto all'interesse del creditore della prestazione.

Il criterio impiegato per l'estensione della protezione al terzo in fattispecie in cui quest'ultimo non si trovi in prossimità del credito della prestazione è stato dalla recente giurisprudenza, anche italiana, rinvenuto nell'affidamento che il terzo ripone nella prestazione dovuta al creditore.

In particolare, con il criterio dell'affidamento si prende in considerazione il contenuto del contratto, meglio l'oggetto della prestazione, nonché il soggetto che è obbligato ad eseguirla.

Tipici esempi in cui è stato impiegato codesto criterio sono quelli riguardanti le errate informazioni, presenti in perizie redatte spesso da soggetti altamente qualificati ovvero da esperti per conto del creditore.

In queste fattispecie la provenienza della prestazione, riconducibile appunto ad un soggetto qualificato e/o specializzato in un dato settore, può far sorgere un affidamento anche nei terzi che entrano in contatto con l'attività dello stesso, ossia con la prestazione che lo stesso è obbligato a svolgere in favore del creditore.

Anche siffatto criterio, seppur giuridicamente ed empiricamente meno arbitrario rispetto a quello del dovere di cura, può, tuttavia, dar luogo ad incertezze ed essere impiegato facilmente per un uso improprio, qualora non si tenga ben in considerazione il parametro della "fonte di provenienze".

In altre parole, solo con riferimento a determinati soggetti, dunque a determinate "provenienze", caratterizzate dall'alta specializzazione, può correttamente parlarsi di affidamento del terzo e si può validamente riconoscere a quest'ultimo la tutela prevista per il creditore della prestazione.

Come può facilmente intuirsi la giurisprudenza e la dottrina, sia tedesca che a maggior ragione italiana, non sono ad oggi ancora approdate ad una soluzione definitiva in ordine alla delimitazione dell'ambito dei terzi cui si può (si potrebbe) estendere la garanzia prevista per il contraente dalla responsabilità contrattuale.

Personalmente, credo che il criterio dell'affidamento sia, se correttamente applicato, la giusta via attraverso la quale delimitare, a seconda della fattispecie sottoposta al vaglio della giurisprudenza ovvero all'esame della dottrina, l'ambito di estensione della tutela prevista dalla responsabilità *ex contractu* al terzo.

Certo, a patto che prima si dia ufficialmente ingresso *in primis* alla teoria degli obblighi di protezione e, in seconda istanza, alla fattispecie del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi.

Passo quest'ultimo che nel nostro ordinamento giuridico non è ancora stato coraggiosamente compiuto.

4. *Gli obblighi di protezione nel diritto penale: analisi delle recenti pronunce giurisprudenziali.*

La responsabilità penale, ovvero l'addebito quale conseguenza ed effetto dell'integrazione della fattispecie penale, dipende da verificarsi, nella condotta del soggetto attivo del reato, di tutta una serie di componenti sia oggettive che soggettive le quali, se esistenti (od escluse) fanno dipendere la responsabilità, dunque la punibilità in concreto del soggetto agente.

Il reato, infatti, per essere considerato tale, indipendentemente dalla teoria sulla composizione analitica dello stesso - sia essa quella bipartita, tripartita o quella (meno fortunata) della quadripartizione - è caratterizzato

dalla presenza di un elemento oggettivo – il fatto e la sua antigiuridicità – e da un elemento soggettivo, la colpevolezza.

Il fatto, ovvero l'elemento oggettivo del reato, al suo interno racchiude tutti quegli elementi che concorrono a descrivere quella specifica forma di offesa del bene giuridico tutelato, e tra di essi spicca la condotta del soggetto agente.

Condotta che può esplicarsi attraverso un'azione, ovvero un comportamento offendente il bene giuridico protetto da una norma incriminatrice di carattere negativo (cioè che obbliga, o dovrebbe obbligare, il soggetto attivo del reato ad astenersi dal porre in essere la condotta vietata – “*chiunque ... è punito*” recitano i precetti penali).

Ovvero, ancora, attraverso una condotta omissiva.

Quest'ultima viene in tesi qualificata in riferimento di quell'azione imposta dall'ordinamento giuridico con la finalità di evitare il verificarsi dell'evento, sia esso inteso in senso naturalistico – modificazione della realtà – che in senso giuridico, con ciò alludendo all'offesa al bene tutelato (danno o pericolo).

Si tratta, dunque, di quella tipologia di reati denominati appunto “reati omissivi”, i quali - fermi i presupposti oggettivi e soggettivi del reato di cui sopra – comportano la punibilità di chiunque si astenga dal compiere l'azione doverosa imposta dall'ordinamento giuridico, attraverso ordini positivi tesi a proteggere i beni giuridici.

La *summa divisio* che si registra all'interno della categoria dei reati omissivi è quella tra reati omissivi propri e reati omissivi impropri, anche denominati commissivi mediante omissione.

I primi sono caratterizzati dal fatto che nella descrizione della fattispecie penale contenuta nella norma incriminatrice è stato direttamente il legislatore a prevedere, quale conseguenza dell'omissione indicata nel testo della norma, la responsabilità penale per la stessa.

In altri termini, tali reati sono stati direttamente configurati da apposite norme le quali descrivono tanto l'azione ritenuta doverosa - la cui omissione è penalmente rilevante - quanto i presupposti dai quali scaturiscono gli obblighi giuridici di agire.

Norme di tal specie sono, ad esempio, quelle contenute nel nostro codice sostanziale agli articoli 593 cod. pen. rubricato "*omissione di soccorso*", nonché all'art. 361, comma 1, cod. pen. che prevede il delitto di "*omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale*", ovvero ancora all'art. 328, comma 2, cod. pen. di cui al delitto di "*omissione di atti d'ufficio*".

In quest'ultimo esempio, l'omissione penalmente rilevante, "*posta in essere*" dal solo pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (art. 357 e ss. cod. pen.) consiste nel non aver compiuto un atto proprio del suo ufficio e nel non rispondere entro trenta giorni esponendo le ragioni del suddetto ritardo, mentre il presupposto dal quale dipende l'omissione rilevante è che vi sia stata una richiesta scritta da parte del soggetto avente l'interesse al compimento dell'atto omissivo.

Ma i reati omissivi propri sono una “rarità”, tanto quanto nelle norme codicistiche, quanto in quelle extra codice della legislazione di settore.

Ai sensi e per gli effetti della norma l’art. 40, comma 2, cod. pen. – *“non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”* – l’ordinamento punisce proprio quella categoria di reati denominati omissivi impropri o, per meglio rispondere al dettato della norma sopra ricordata, commissivi mediante omissione.

Dunque, tale tipologia di reato non è espressamente prevista dalla legge, né è contenuta in un’apposita norma giuridica incriminatrice, ma è la conseguenza del combinato disposto delle disposizioni di parte speciale che vietano la causazione di un evento dannoso ed la norma di parte generale su invocata, art. 40 comma 2, cod. pen.

Prendendo l’art. 575 cod. pen., il quale punisce l’omicidio e combinandolo con il disposto di cui all’art. 40 cod. pen., il reato omissivo improprio che ne scaturisce punisce *“ chiunque non impedisce la morte di un uomo, avendo l’obbligo giuridico di impedirla”*.

Sopraesedendo in questa sede sulle diatribe dottrinali (non certo giurisprudenziali) circa l’applicabilità di tale norma, pacifica per i reati a forma libera, ai reati a forma vincolata, i quali prevedono che l’azione causa dell’evento debba manifestarsi attraverso ben definite modalità comportamentali, dalla semplice lettura della norma ci si rende conto di come l’evento sia elemento costitutivo dei reati in questione.

Infatti, proprio l'articolo 40, comma 2, cod. pen. espressamente recita che *“non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*.

Evento da considerare non solo in senso naturalistico, ovvero come modificazione della realtà, ma anche in termini giuridici: dunque, aderendo a quella teoria dell'evento che rifiuta di considerarlo solo come effetto naturalistico, comportando ciò – come è evidente – una limitazione rispetto alla portata generale della norma.

L'evento, dunque, deve considerarsi, oltre che quale modificazione tangibile della realtà (fisica, psichica, giuridica ed economica), anche quale offesa all'interesse tutelato dalla norma la cui conseguenza è quella di far sì che tutte le condotte vietate annoverino quale loro risultato l'evento così interpretato.

L'ambito di operatività dell'art. 40 cod. pen. è stato esteso oltre ai confini dei reati a condotta libera con evento naturalistico così come conferma, già nel 1991 la suprema Corte di Cassazione secondo la quale *“ Il principio posto dal comma 2 dell'art. 40 c.p. inerisce al generale rapporto di causalità ed è applicabile anche ai reati con solo evento giuridico. Ai fini della regola di qua l'evento deve intendersi come incidente con quello consumativo del reato, questo rappresentando il vietato risultato giuridico della condotta, alla cui verifica l'omittente ha volontariamente concorso”* ⁽²⁹⁷⁾.

Dunque, risponderà del reato per effetto della norma in oggetto anche colui il quale ometta di predisporre l'azione giuridicamente imposta ad evitare

⁽²⁹⁷⁾ Così Cass. Pen, 30 aprile 1991, Aceto, *G. pen.* 1991, II, p. 666.

la commissione di un reato di m era condotta, ovvero senza evento e che la cui condotta si esaurisce nel compimento di una o più azioni.

Ma la norma contenuta nell'art. 40, comma 2, c od. pen., inoltre, parla specificatamente di "obbligo giuridico" di impedire l'evento!

Non dunque di un mero obbligo morale o solidaristico, ma di una vera e propria obbligazione di *facere* imposta dall'ordinamento a tutti coloro i quali rivestono, per i motivi più vari, una determinata qualifica e posizione.

I destinatari di tale norma giuridica, ovvero gli "obbligati" dalla stessa, sono dunque i garanti dei beni giuridici volutamente tutelati dall'ordinamento i quali saranno tenuti a neutralizzare ogni pericolo di aggressione ai beni stessi sia da attività umane che da eventi naturalistici.

Dunque, la norma individuata dall'art. 40, comma 2, cod. pen., riferendosi all'obbligo giuridico in capo ad un determinato soggetto individua un ulteriore elemento costitutivo dei reati che occupano, ovvero un elemento normativo extrapenale e senza distinzione alcuna di rango.

Le norme da cui far discendere l'obbligo giuridico di attivarsi al fine di impedire un determinato evento, in fatti, possono rinvenirsi tanto in una legge in senso formale o materiale quanto in atti generali ed astratti del potere esecutivo (regolamenti, decreti ministeriali, ordinanze prefettizie, etc.) in atti normativi emanati dagli enti locali nonché da atti derivati da fonti di diritto privato come contratti o atti unilaterali attraverso i quali le parti contraenti si assumono l'obbligo di impedire il verificarsi di un determinato evento.

Tali obblighi si possono dividere in due diverse classi: obblighi di protezione ed obblighi di controllo, i quali ultimi sono quelli aventi ad oggetto

la neutralizzazione di quei pericoli che sono causati da una determinata fonte e ciò proprio in funzione di tutela di tutti coloro che possano essere messi in pericolo da quella fonte stessa.

Tali pericoli possono essere la conseguenza di un'attività frutto tanto dell'azione di forze della natura, quanto dell'attività umana.

Con riferimento, poi, agli obblighi di protezione, così arrivando al fulcro della presente trattazione, essi intendono descrivere quell'obbligo giuridico che riguarda la tutela di uno o più beni riferibili a singoli soggetti o ad una determinata categoria di soggetti, da porre in essere nei confronti di una varietà di pericoli più o meno ampia.

Tali obblighi, come sopra ricordato, possono essere imposti e dunque derivare da una molteplice varietà di fonti, tra le quali il contratto è una di quelle principali.

Basti pensare all'obbligo di protezione che incombe sul bagnino, consistente nel dovere di proteggere la vita e l'incolumità fisica dei bagnanti e derivante dalla sottoscrizione di un contratto stipulato con il gestore di uno stabilimento balneare.

Ovvero, ancora, degli obblighi derivanti dal contratto sottoscritto tra i genitori di un minore e la *baby sitter*; contratto attraverso il quale i genitori affidano alla responsabilità di un soggetto terzo, non obbligato dalla legge alla tutela del minore stesso, l'incolumità del proprio figlio.

Il contratto, dunque, o meglio la sua mal esecuzione, può comportare responsabilità penale in capo a colui il quale, assumendosi l'obbligazione di cui al contratto sottoscritto, non la adempia o non la adempia correttamente.

È più che evidente, infatti, che nel caso in cui un bagnante dovesse annegare, il bagnino presente risponderà penalmente per la morte dello stesso, laddove non dimostri di aver eseguito la propria prestazione di controllo e salvaguardia della vita dei bagnanti con la dovuta e richiesta diligenza.

Risponderà a titolo di colpa, dunque ai sensi dell'art. 589 cod. pen. - omicidio colposo – laddove l'evento mortale si sia verificato a seguito di imperizia, negligenza o di imprudenza nella condotta omissiva del bagnino (il quale, per esempio, era impegnato al telefono rivolto in direzione opposta alla vasca) ovvero potrà rispondere di omicidio doloso laddove volontariamente abbia ommesso di porre in essere le azioni doverose ed imposte per la corretta e diligente esecuzione della prestazione oggetto del contratto.

Altrettanto si potrà dire nel caso del datore di lavoro che omette di porre in essere o di realizzare quelle cautele imposte dalla legge proprio a tutela dei propri dipendenti.

Tuttavia, principio cardine del diritto penale è quello espresso dall'art. 40, comma 1, cod. pen. – rapporto di causalità – ai sensi del quale “ *nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericolo, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione*”.

Ora, l'applicazione di tale principio alle fattispecie omissive, evidentemente, comporta una relazione di fatto tra azione ed evento, ove l'evento (dannoso o di pericolo che si verifica) deve essere diretta conseguenza dell'azione.

Il reato si configura, in altre parole, allorché l'azione si pone come antecedente storico che non può essere eliminato senza eliminare l'evento stesso; in altre parole, se si esclude l'antecedente, l'evento dannoso o il pericolo non si sarebbe verificato.

Ad esempio, in un caso di omicidio avvenuto mediante utilizzo di arma da fuoco, è gioco facile dimostrare che l'evento morte è dipeso dallo sparo del proiettile che ha colpito il cuore della vittima, atteso che, se eliminassimo mentalmente l'azione dello sparo del proiettile, non avremmo l'evento.

Il discorso cambia, e si complica non di poco, nel caso dei reati commissivi mediante omissione e, dunque, nel caso di negligenza da parte del contraente nell'eseguire la prestazione del contratto dall'esecuzione del quale sorge l'obbligo di protezione.

In tale fattispecie, infatti, il ragionamento non può essere quello della cd. "eliminazione mentale" atteso che, in questo caso, non vi è, per definizione, nessuna azione posta in essere da chicchessia, anzi vi è proprio un'omissione.

In relazione agli obblighi di protezione, dunque, per accertare il rapporto di causalità tra omissione ed evento, si dovrà, *rectius* il giudice, dovrà affrontare un giudizio di tipo probabilistico ipotetico.

Sussisterà il rapporto di causalità *ex art. 40, comma 1, cod. pen.*, allorché l'azione doverosa se fosse stata posta in essere dal soggetto giuridicamente obbligato (ad esempio il bagnino) avrebbe impedito l'evento (la morte del bagnante).

E se tale ragionamento - in via ipotetica - conduce, o può condurre facilmente, al riconoscimento della penale responsabilità del bagnino distratto

perché impegnato telefonicamente in quanto, *al di là di ogni ragionevole dubbio*, se lo stesso avesse prestato la dovuta attenzione, il bagnante non sarebbe deceduto, in altri casi la soluzione non è così semplice.

Poniamo il caso, sempre ritornando agli esempi già proposti, della *baby sitter* – evidentemente parte contraente di un contratto stipulato con i genitori del bambino affidatole – che ometta di somministrare, nonostante fosse stata investita di tale incumbente, al piccolo un importante farmaco, non salva vita, e che questo muoia.

Nessuno dubita che tale mancanza sia, dal punto di vista strettamente civilistico, una cattiva esecuzione di una prestazione (quella di accudire il bambino) oggetto del contratto, ovvero tipico caso di esecuzione effettuata non con la diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1176 cod. civ. .

Ma dal punto di vista della responsabilità penale non si può dire immediatamente, come nel caso del bagnino distratto, che l'evento morte sia stato diretta conseguenza della mancata somministrazione del farmaco.

Infatti, il giudizio ipotetico per la verifica dell'esistenza del nesso di causalità tra omissione ed evento, impone di dover stabilire il grado di probabilità che la somministrazione del farmaco avrebbe evitato la morte del bambino.

Oppure, ancora, e sono casi di straordinaria attualità, si pensi alla responsabilità del medico, sul quale incombe, nessuno dubita, un obbligo di protezione nei confronti di tutti i propri pazienti, nel caso in cui ometta di compiere una qualche prestazione sanitaria, o la esegua non diligentemente.

Quale sarà il grado di probabilità richiesto e sufficiente per ritenere l'autore dell'omissione penalmente responsabile o, al contrario, per escludere ogni sua responsabilità?

È, infatti, più che comprensibile come non ogni violazione di un obbligo di protezione, dunque un inadempimento contrattuale, abbia come conseguenza una responsabilità penale in capo al soggetto inadempiente.

Sul punto, ovvero sul grado di probabilità richiesta, la Cassazione con una pronuncia che ha “fatto storia” ha stabilito, ed è principio ancora validamente attuale, che “*nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica*” ma dovrà essere verificata sulla base di un giudizio che tenga in considerazione la cd. “*probabilità logica*”⁽²⁹⁸⁾.

5. *L'obbligazione senza prestazione.*

L'obbligazione senza prestazione, sembra quasi una contraddizione in termini.

Alla prima lezione di diritto privato insegnano che l'obbligazione è appunto il vincolo, nascente da una delle fonti di cui all'art. 1173 cod. civ., che obbliga un soggetto ad eseguire in favore di un altro una data prestazione.

Di tal che parlare di un'obbligazione senza prestazione parrebbe quasi un non senso.

⁽²⁹⁸⁾ Cass. S. U. 10 luglio 2002, Franzese, in *C.E.D. Cass.*, 222138.

In realtà è stata la dottrina tedesca, come sempre pioniera in quest'ambito del diritto, ad elaborare per prima la teoria dell'obbligazione senza prestazione, o meglio del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*)⁽²⁹⁹⁾.

Tale categoria è stata concepita al fine di rappresentare meglio in termini dogmatici il particolare legame che si instaura tra i soggetti che avviano le trattative contrattuali e per evidenziare la differenza che sussiste tra questi obblighi di protezione e quelli che coesistono con l'obbligo finalizzato ad adempiere la prestazione e che, nel presente elaborato, hanno fonte nel codice civile (buona fede), a prescindere da qualsiasi previsione contrattuale specifica.

Lo stesso Mengoni aveva già messo in evidenza la possibilità di utilizzare il rapporto obbligatorio per designare un *viculum iuris* senza prestazione, ma con soli doveri di protezione: egli aveva focalizzato l'attenzione propria e quella dell'accorto lettore sul dato che “*gli obblighi di comunicazione, di informazione, di custodia ecc. [della fase delle trattative e del contratto] costituiscono singoli atteggiamenti di un complesso rapporto, in cui si traduce, variamente specificandosi secondo le circostanze e la natura del regolamento negoziale avuto di mira, l'impegno reciproco delle parti fissato dall'art. 1337 cod. civ., di comportarsi secondo buona fede*”⁽³⁰⁰⁾.

Invero, secondo l'autore non era tanto il riferimento all'esistenza di un'obbligazione *ex lege* a rilevare nelle fattispecie di responsabilità precontrattuale, quanto la violazione dell'affidamento che una delle parti aveva

⁽²⁹⁹⁾ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁽³⁰⁰⁾ MENGONI, *op. cit.*, p. 360 ss.

riposto nell'iniziativa unilaterale dell'altra, tesa appunto alla stipulazione del contratto.

In questo senso, il Mengoni precisava che “ *la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obbiettivo dell'altra parte*”⁽³⁰¹⁾.

Per la dottrina italiana si è trattato di una generalizzazione del modello di obbligazione elaborato per la *culpa in contraendo*, generalizzazione determinata in prima istanza dall'esigenza di definire l'ambito di applicazione (e, pertanto delineare i confini) della responsabilità contrattuale e di quella aquiliana.

Ciò con l'intento di evitare applicazioni improprie della responsabilità contrattuale, per la nostra dottrina, saldamente ancorata alle ipotesi di violazione dell'obbligo di prestazione⁽³⁰²⁾.

Tra le fattispecie maggiormente ricorrenti negli studi della dottrina, nonché nella pronuncia dei giudici e di merito e di legittimità vi sono i casi di responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria per i danni cagionati al paziente nell'esecuzione della prestazione; di responsabilità del professionista per il danno subito da un soggetto a seguito dell'erronea

⁽³⁰¹⁾ MENGONI, *op. cit.*, p. 370 ss.

⁽³⁰²⁾ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *cit.*, p. 147 ss.; I D., *Tra contratto e torto l'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, *cit.*, p. ; ID., *La nuova responsabilità civile*, *cit.*, 468 ss.; DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, *cit.*, p. 27 ss.; BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 – 340.

prestazione eseguita in favore di altro soggetto; quella del professionista per le erronee informazioni ovvero dell'istituto per l'erronee indicazioni contenute nel prospetto informativo; quella del professore per i danni arrecati dallo studente a sé o ad altri durante l'attività didattica ⁽³⁰³⁾.

Tutti i suddetti casi hanno un minimo comune denominatore: ad essere oggetto della violazione da cui discende la responsabilità, vi è l'affidamento che il danneggiato aveva riposto nel danneggiante, vuoi per la sua qualificazione professionale, vuoi per il grado di specializzazione che lo stesso ha acquisito in un determinato settore ⁽³⁰⁴⁾.

Tale ragionamento, implica che non è il danno – come in tutti i casi di fatto illecito – ad essere l'occasione d'incontro tra le parti; invero, la relazione tra danneggiato e danneggiante in questo caso è iniziata prima del verificarsi dell'evento lesivo e a prescindere dall'esistenza di un rapporto negoziale.

Tale relazione è stata originata dall'affidamento che un soggetto ha riposto nell'altro.

Il che consente di parlare di rapporto obbligatorio senza prestazione, ossia senza obbligo primario di prestazione.

In questi casi, difatti, gli obblighi di protezione non si accompagnano ad un obbligo di prestazione, non sono accessori dello stesso.

Il medico dipendente di una struttura sanitaria non ha alcun obbligo di prestazione diretto verso il paziente della struttura, perché non vi è nessun

⁽³⁰³⁾ Potrebbe citarsi tutta la giurisprudenza richiamata nel presente studio, ma si cita per tutte Cass. S.U. 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1013 ss., *cit.* Ancora, CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 446.

⁽³⁰⁴⁾ LAMBO, *op. ult. cit.*, p. 334 - 335.

rapporto negoziale tra il primo e il secondo (il paziente conclude il contratto di ospitalità con il nosocomio; così come il medico).

Vi è, però, un obbligo di protezione del medico verso il paziente che sussiste a prescindere da qualsiasi altro contratto che le parti hanno in essere con terzi, dovere di protezione che nasce appunto dall'affidamento che il paziente ripone nella figura del medico.

E ciò anche nelle ipotesi in cui il dottore non sia il medico curante del paziente, ma si trovi casualmente ad assisterlo.

Il riconoscimento dell'esistenza di rapporti obbligatori, che impegnano un soggetto sotto il profilo della responsabilità contrattuale, in assenza di un obbligo di prestazione, comporta il conferimento di autonomia ed indipendenza agli obblighi di protezione.

Questi non sono più vincolati all'obbligazione di prestazione e ad essa dipendenti. Anzi, esistono anche in sua assenza.

Tale autonomia dei doveri di protezione rispetto alla prestazione e comporta, poi, che le vicende riguardanti quest'ultima non inficino gli stessi, la cui validità ed efficacia continuerà ad essere attiva anche oltre la capacità di produrre effetti della prestazione⁽³⁰⁵⁾.

⁽³⁰⁵⁾ Val la pena di rammentare le parole del Canaris in merito alla nuova impostazione dei doveri di protezione che necessariamente sembrerebbe passare per il riconoscimento dell'esistenza di rapporti obbligatori senza obbligo di prestazione: *“sotto il profilo dogmatico si conferma [...] l'esistenza della categoria del rapporto obbligatorio senza dovere di prestazione primaria. [...] Una figura dogmatica, che in origine era stata sviluppata nell'ambito della teoria della culpa in contrahendo, contribuisce all'ideale conquista di soluzioni di problemi attinenti ad altri settori”*. Così CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del BGB*, op. cit., p. 291.

L'affidamento di cui si è discusso sin qui trova aggettivizzazione nella giurisprudenza italiana attraverso la locuzione di <<contatto sociale>>, ossia quella relazione speciale appunto di affidamento che lega il terzo al debitore della prestazione danneggiante, ovvero al solo danneggiante.

A giudizio di chi scrive, l'espressione non è delle più felici per una serie di distinte ragioni, prima fra tutte l'immagine sensoriale che la stessa evoca: di un necessario contatto, quasi fisico, tra le parti.

Sicuramente l'idea dell'affidamento appare maggiormente aderente e rispettosa della costruzione teorica dei doveri di protezione sin qui elaborata.

Tanto che si tratti di rapporto obbligatorio senza prestazione, quanto con prestazione.

Preme, infine, sull'argomento rammentare un'importante pronuncia della Corte di Cassazione (³⁰⁶) - sempre in materia di responsabilità medica - ove quest'ultima, dopo aver tracciato un bilancio degli orientamenti sino ad allora emersi, ha indicato come possibile spiegazione la categoria del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione insieme alla, maggiormente diffusa, categoria dei rapporti contrattuali di fatto, da cui tuttavia scaturiscono obbligazioni di contenuto completo.

In tale pronuncia il riferimento è al contatto sociale e non all'affidamento, ma sicuramente per il ragionamento che la sorregge costituisce uno dei punti di partenza su cui edificare il progetto di riconoscimento dei doveri di protezione.

(³⁰⁶) Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332.

“L'obbligazione del medico dipendente dal S.s.n. per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguenze che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale”.

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

SOMMARIO: 1.1 Breve riassunto della teoria degli obblighi di protezione presentata nell'elaborato – 1.2 Gli obblighi di protezione: quale futuro.

1.1 Breve riassunto della teoria degli obblighi di protezione presentata nell'elaborato.

La teoria degli obblighi di protezione esplicita nel presente studio muove dall'evoluzione del concetto di <<rapporto obbligatorio>>, considerato dal diritto romano degli albori, semplicemente, come un vincolo di sottoposizione del debitore al creditore e via via riempito di contenuti, sino a definirlo come un fascio di doveri che scaturiscono da diverse fonti, negoziali e legali.

L'evoluzione del concetto di rapporto obbligatorio ha comportato l'implicito riconoscimento dell'esistenza di doveri altri rispetto a quello, principale, di eseguire la prestazione, e che ad esso si accompagnano.

Addirittura, tali obblighi sono considerati – da alcuni autori – sullo stesso piano dell'obbligazione di prestazione.

La loro fonte è la legge e, nel nostro ordinamento giuridico, l'art. 1175 cod. civ., ossia il comportamento secondo correttezza: “ *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”.

L'individuazione all'interno del rapporto obbligatorio di doveri altri rispetto all'obbligo di prestazione è merito della dottrina tedesca e, in particolare alle teorie di Staub e Stoll, i quali hanno affermato l'esistenza dei doveri di protezione e a gran voce ne hanno richiesto l'autonomia, anche in termini di efficacia, rispetto alla prestazione.

Ad offrire il miglior terreno per la semina della teoria degli obblighi di protezione è stata, comunque, l'esigenza, sempre più avvertita, da parte dei cittadini di tutelarsi rispetto a delle lesioni delle proprie sfere personali e patrimoniali non riconducibili alla violazione dell'obbligo di prestazione.

Può, infatti, accadere che nell'esecuzione della prestazione, il debitore – involontariamente, magari – leda la sfera giuridica del creditore, pur adempiendo perfettamente alla prestazione: ecco, dunque, che tale violazione non può – né mai potrà – qualificarsi come *inadempimento* e dar luogo, quindi, all'applicazione delle regole in tema di responsabilità contrattuale.

Può accadere, tuttavia, che siffatta lesione non costituisca nemmeno un illecito ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

E allora si è dinnanzi ad un vuoto di tutela?

La lesione della sfera giuridica dell'altro contraente che non costituisca adempimento e non assurga nemmeno ad illecito, rimarrebbe priva di tutela, non potendosi applicare né le norme in materia di responsabilità contrattuale, né quelle in materia di responsabilità aquiliana.

La teoria degli obblighi di protezione sopperisce a tale vuoto di tutela, affermando l'esistenza di doveri altri rispetto a quello di prestazione cui le parti si sono vincolate con il contratto e autonomi rispetto a quest'ultimo.

Obblighi che discendono direttamente dalla legge e, cioè, dal principio di correttezza che impone al debitore della prestazione, nell'esecuzione di quest'ultima, di non ledere la sfera giuridica personale e patrimoniale del creditore.

Gli obblighi di protezione costituiscono l'oggetto in cui, di volta in volta, si sostanzia il dovere di correttezza: essi possono essere dei più vari, doveri di informazione, doveri di assistenza, doveri di custodia.

La giurisprudenza italiana più volte si è trovata a fare i conti con violazioni degli obblighi di protezione, tuttavia, non ne ha mai riconosciuto – quantomeno in termini assolutamente espliciti – l'esistenza e, soprattutto, l'autonomia rispetto all'obbligo di prestazione.

L'affermazione di uno spazio di autonomia ed indipendenza dei doveri di protezione all'interno del rapporto obbligatorio è di fondamentale importanza nell'impervio cammino per il riconoscimento dell'esistenza, normata, degli stessi nel nostro ordinamento.

Un ulteriore tassello nella ricostruzione della teoria dei doveri di protezione è offerto dall'evoluzione dell'istituto del contratto a favore di terzo e, cioè, il contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo.

Anche in questo caso, tuttavia, come si è avuto modo di evidenziare, l'obbligo di protezione non è ricostruito nei termini dogmatici presentati nel presente elaborato.

Cioè partendo dal dato normativo da cui tale obbligo origina e collocandolo all'interno del rapporto obbligatorio in posizione indipendente rispetto all'obbligazione di prestazione, parimenti importante ma di contenuto differente.

Nel contratto con effetti protettivi per terzi, il debitore non ha alcun obbligo di prestazione nei confronti del soggetto estraneo al rapporto negoziale, che lo è *ab origine* e lo rimane durante tutta l'esecuzione del contratto. Semplicemente alcuni terzi si trovano, per tutta una serie di circostanze meglio indicate, in una posizione simile (ovvero, di vicinanza) rispetto al creditore della prestazione, ciò che li espone al medesimo rischio cui è esposto il creditore.

Di qui l'obbligo per il debitore della prestazione di non ledere le sfere giuridiche personali e patrimoniali di quei terzi che si trovano nella stessa posizione del creditore della prestazione.

In particolare, la vicinanza da cui discende l'obbligo di protezione è data dall'affidamento che il terzo ripone nel debitore, per la veste istituzionale, per la professionalità, per il grado di specializzazione che quest'ultimo possiede.

Tale affidamento comporta per il debitore l'osservanza dei doveri di protezione.

Seppur brevemente riepilogati, questi sono i tratti salienti del presente studio che, senza pretesa alcuna di innovazione del diritto, ha accolto la teoria degli obblighi di protezione come formatasi in seno alla dottrina tedesca e ne ha fatto suoi i frutti adattandola al sistema giuridico italiano, ove la suddetta teoria non solo non ha avuto grande successo in termini di diffusione sociale, ma nemmeno grande riconoscimento dalla giurisprudenza italiana.

Recentemente, attraverso il concetto di «contatto sociale» si è affacciata anche nel nostro ordinamento l'idea di poter realizzare una costruzione dogmatica dei doveri di protezione che, partendo, dal dato normativo e fondendolo con le esigenze sociali, riesca ad essere al tempo efficace e scientifica e si possa, pertanto, tacciarla di essere una teoria.

1.2 *Gli obblighi di protezione: quale futuro.*

Alla luce del processo – ormai da anni in atto – di “internazionalizzazione” del diritto e, in particolare, di europeizzazione del diritto, è auspicabile che la dottrina e la giurisprudenza italiana riconoscano l'esistenza e l'autonomia degli obblighi di protezione, oltralpe assolutamente diffusi ed accettati.

E considerino la violazione dei doveri di protezione secondo i canoni della responsabilità contrattuale, in quanto si tratta di obbligazioni vere e

proprie, nascenti dalla legge e il cui inadempimento deve essere sanzionato ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.

In un'ottica di uniformità delle regole all'interno dell'unione europea e nell'intento di rispondere con strumenti sempre più efficaci alle esigenze di tutela manifestate dalla società, sarebbe opportuno che lo stesso legislatore comunitario conferisse dignità all'istituto degli obblighi di protezione, magari sancendone l'esistenza e l'autonomia nei singoli settori in cui si trova a legiferare.

Si immagini, in materia di tutela dei dati personali e della riservatezza, ovvero, in materia di certificazione e società abilitate al rilascio di determinati documenti, ancora in materia di istruzione oppure di sanità.

Tutti settori in cui l'obbligo di protezione acquista di volta in volta una sfumatura diversa, caratterizzante lo stesso e sicuramente bisognosa di adeguata tutela.

La sfida è sicuramente affascinante, anche perché il dibattito intorno a questa categoria di obbligazioni, nonché le avvincenti (e non sempre infondate) eccezioni che vi si possono muovere, la rendono ancor più complessa e difficile.

Il presente studio si chiude pertanto con l'auspicio che in un futuro, non troppo prossimo, si possa discorrere in termini assolutamente scientifici degli obblighi di protezione e sia a tutti chiara la costruzione dogmatica che li sorregge.

Bibliografia (*)

DOTTRINA

A

ALPA, *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede*, in A. A. V.V. *Diritto giur isprudenziiale* a cura di M. Bessone, Giappicchelli, Torino, 1996, l'estratto è consultabile anche all'indirizzo www.altalex.it.

ID., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bari, 2007.

ID., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 315 ss.

ID., *L'arte di giudicare*, Bari, 1996, p. 85 ss.

ALPA – BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, Torino, 1982, p. 66 ss.

ALPA – DELFINO, *Il contratto nella common law inglese*, Padova, 1997.

ALPA - FUSARO, *La morte del contratto*, Milano, 1989.

ANGELONE, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario del Codice Civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993.

ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti, banco di prova di una adeguata evoluzione del regime del*

(*) Gli autori delle opere citate nel testo sono elencati in ordine alfabetico; non sono riportate le pagine oggetto di citazione, fatta eccezione per gli articoli e le opere collettane. La giurisprudenza è citata in ordine di grado e di cronologia.

concorso, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri* - numero speciale di *Dir. mar.*, 2010, p. 83 ss. e in *Resp. civ. prev.*, 2010. p. 253 ss.

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977.

ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 359 ss.

ID., (sub voce) *Trasporto di persone* (contratto di), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, p. 612 ss.

B

BANDIERAMONTE, *Il contratto a favore di terzi. Analisi giuridica dell'istituto e profili applicativi*, 2011, Booksprint IBS.

BATÀ – SPIRITO, *Danno cagionato dall'incapace a se stesso*, *Danno e resp.*, 2004, p. 436 ss.

BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des orders de responsabilité civile*, Paris, 2001.

BENATTI, (sub voce) *Doveri di protezione*, in *Digesto – Discipline Privatistiche*, VII, Torino, p. 223.

ID., *Osservazioni in tema di <<doveri di protezione>>*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1960, p. 1342 ss.

ID., *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988, p. 289.

- BENSON, *The Theory of Contract Law.*, Cambridge, 2001.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.
- BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1994.
- ID., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1994.
- ID., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 30 ss.
- BIGLIAZZI GERI, (*sub voce*) *Buona fede nel diritto civile* , in *Digesto-Discipline Privatistiche*, II, Torino, 1988, p. 177 ss.
- BONFIGLIO, *Il contratto di albergo e il contratto di deposito alberghiero*, in *Danno e resp.*, 1995, p. 2221 ss.
- BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 323.
- BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 60 ss.
- ID., *Le obbligazioni*, Milano, 1991.
- ID., *L'abuso del diritto*, in AA. Vv. *L'abuso del diritto. Diritto privato 1997*, Padova, 1998, p. 5 ss.
- BROX – WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, Munchen, 2003, p. 3 ss.
- BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 – 340.
- BUSNELLI – NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA. Vv. *L'abuso del diritto. Diritto privato 1997*, Padova, 1998, p. 171 ss.

C

CACACE, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali a cura di G. Comandè*, Torino, 2004, p. 77 ss.

CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003.

ID., *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del BGB*, p. 290.

ID., *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 499 ss.

ID., *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80*, München, 1983, *passim*, tradotto in italiano a cura di A. Di Majo e M. R. Marella, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 807 ss.

CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996.

CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2002.

CARDILLI, *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1995.

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.

ID., *Tra contratto e torto l'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffré, 1997.

ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, §§ 1.1 e 2.1.

ID., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2002.

ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 121 ss.

ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006.

ID., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. d ir. priv.*, 1986, p. 21 ss.

CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in A. A. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 175 ss.

COCUCCIO, *La responsabilità dell'albergatore e il parametro del "prezzo di locazione dell'alloggio per giornata"*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1691 ss.

D

DE CESARE, (sub voce) *Ospedale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, p. 458 ss.

DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979.

DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé : verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2635 ss.

DI FRESCO, *Il consenso informato in psichiatria* , consultabile all'indirizzo www.infoius.it.

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173 – 1176* , in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1988, p. 2 ss.

ID., *Il problema del danno al patrimonio* , in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297 ss.

ID., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, p. 84 ss.

ID., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale* , in *Corriere giur.*, 1991, p. 789 ss.

DI MAJO, *La protezione di terzo tra contratto e torto* , in *Europa e dir. privato*, 2000, p. 1 ss. e 15 ss.

E

ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile* , in *Riv. trim.*, 1934, p. 345 ss.

F

FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore* , Milano, 1947.

FERRI, *Diritto degli utili e diritto al dividendo* , in *Riv. dir. comm.* , 1963, I, p. 412.

ID., *Il contratto di risalita in seggiovia e il danno all'utente*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 91 ss.

FIANDACA, (*sub voce*) *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, II, p. 119.

G

GALLI – MONTI, *Il danno da vacanza rovinata*, 2006, Milano, Edizioni FAG S.r.l., p. 83 ss.

GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto*, a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, p. 15 ss.

ID., *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Milano, 1993.

GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974.

GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951.

GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: <<fatto dannoso e conseguenze>>*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 436 ss.

J

JHERING, *Culpa in contraendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelante Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861.

L

LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 2, p. 129 ss.

ID., *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007.

LARENZ, *Anmerkung* a BGH 25 aprile 1965, p. 1193.

LORENZ W., in B.S. Markesinis – W. Lorenz – G. Danneman, *The law of contracts and resolution: a comparative introduction*, Oxford, 1997, p. 258 ss.

LO SCHIAVO – MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, in *Il diritto privato oggi* (collana), Milano, 2003.

LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, p. 517 ss.

M

MAC-MILLAN C., *A Birthday Present for Lord Denning: The Contract (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Mod. L. Rev.*, 2000, p. 724 ss. T.

MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

MARENA, *Rilevanza dell'obbligazione custodiale nel contratto di albergo*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 293 ss.

MEDICUS, *Shuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Munchen, 2003, p. 2 ss.

ID., *Bürgerliches Recht*, Colonia – Berlino – Bonn - Monaco 1999, p. 631 ss.

ID., *Questioni attuali della responsabilità civile*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2002, p. 149 ss.

MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni di <<mezzi>>*.
(*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 366 ss.

MENINI, *I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 363 ss.

MESSINETTI, (sub voce) *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1998, p. 9.

MOMMSEN F., autore dell'opera *Beträge zum Obligationenrecht, Die Unmöglichkeit der Leistung*, Braunschweig, 1853.

MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*.
(*Analisi comparata di un problema*), Padova, 1989.

ID., *La responsabilità civile*, Utet Giuridica, Torino, 2006, p. 144 ss.

MONFELI, *La riforma della privacy of contract nella common law inglese: il Contract (Rights of Third Parties)*, in *Eur. dir. priv.* 2000, p. 1102 ss.

MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1996, p. 139 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1287 ss.

N

NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, volumi A e B, Milano, Giuffrè, 1973 – 1975.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da A. Cicu e F. Messineo, XVI, Tomo 1, Milano, 1984, p. 12 ss.

P

PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 326 ss.

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ.*, 1984, p. 48 ss.

PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.

PUGLIESE, *Relazione sul libro delle obbligazioni*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XXIV, 1950, p. 176.

R

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

ID., *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, p. 709 ss.

ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

ROVELLI, (*sub voce*) *Correttezza*, in *Digesto – Discipline Privatistiche*, Torino 1989, p. 423.

RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 962 ss.

S

SACCHETTINI, *La gestione delle competizioni sportive costituisce esercizio di attività pericolosa*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 12, p. 34 ss.

SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 131 ss.

ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di F. Vasalli, Torino, 1975, p. 676 ss.

SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1977.

SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in A. A. Vv., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 181 ss.

SCHLECHTRIEM, *Civil liability for economic loss Germany*, 15th *International congress of comparative law*, Bristol, England, 26 luglio – 1° agosto 1998, disponibile all'indirizzo www.jura.unifreiburg.de.

SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Bari, 2005.

SESTI, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dal minore: inoperatività dell'art. 2048, comma 2, c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2092 ss.

SINISCALCO, (*sub voce*) *Causalità (rapporti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VI, p.639 ss.

SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000.

STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, pubblicata sotto forma di monografia nel 1904 (ristampe nel 1913 e nel 1969).

STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione casuale in diritto penale*, Milano, 1975.

ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione e necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1217.

STOLL, *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzungen*, in *Arch. Civ. Pr.* 136, 1932, p. 288 ss.

T

TALAMANCA, (*sub voce*) *Obbligazioni* (dir. rom.), in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 2 ss.

TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2002, p. 449.

TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 495.

ID., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2006.

TREITEL G.H., *Privity*, in *Chitty of contracts*, London, 1999, § 18, p. 901.

TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 870 ss.

TURCO, *Interesse negative e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1997.

U

UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

V

VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. privato*, 2002, p. 915.

VARANESE G., *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.

VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (Artt. 1218 – 1222)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 240 ss.

W

WIEACHER (*Zur rechtstheoretische Praeisierung des par 242 BGB*), Tubinga, 1957.

WINFIELD, *The Province of Tort*, Cambridge, 1931.

Z

ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, Bruxelles, 1850, p. 446 ss.

..*

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

- Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 14 gennaio 2011, n. 759, in *Giust. civ.* 2011, n. 6, p. 1486.
- Cass. 9 dicembre 2010, n. 24853, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 2 luglio 2010, n. 15734, in *Guida al diritto* 2010, n. 49-50, p. 57 (s.m.); in *Foro it.* 2011, I, p. 152 ss.; in *Giust. civ. mass.* 2010, fasc. 7-8, p.1002; in *Giust. civ.* 2011, n. 2, p. 428 ss.; in *Resp. civ. e prev.* 2011, n. 3, p. 601 ss.
- Cass. 20 aprile 2010, n. 9315, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1751 ss.
- Cass. 12 marzo 2010, n. 6048, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, in *Diritto e giustizia*, 2010.
- Cass. S.U. 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ. mass.* 2010, 2, p. 237.
- Cass. 12 febbraio 2010, n. 3353, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 194.
- Cass. 4 gennaio 2010, n. 13, consultabile in banca dati *iuris data*.

- Cass. 28 settembre 2009, n. 20 756, in *Dir. trasporti* 2010, n. 2, p. 320 (s.m.).
- Cass. 7 maggio 2009, n. 10493, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2274.
- Cass. 13 febbraio 2009, n. 3528, in *Guida al diritto*, 2009, n. 12, p. 30 ss.
- Cass. 5 dicembre 2008 n. 28812, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1691.
- Cass. 12 marzo 2008, n. 6632, consultabile all'indirizzo www.altalex.com.
- Cass. 6 marzo 2008, n. 6033, consultabile all'indirizzo www.altalex.com.
- Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Diritto e giustizia*, 2008.
- Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 849.
- Cass. 19 gennaio 2007, n. 1197, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2092 ss.
- Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 363 ss.
- Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150, in *Giust. civ. mass* 2005, 1.
- Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 7 maggio 2004, n. 8723, in *Foro it.*, Rep. 2004, sub voce *Contratti in genere*, n. 359.
- Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 26 aprile 2004, n. 7916, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 18 luglio 2003, n. 11245, *Danno e resp.*, 2004, p. 436 ss.

- Cass. 15 febbraio 2003, n. 2312, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 711 ss.
- Cass. S.U. 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1013 ss.
- Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Foro it.* 2003, I, p. 2147.
- Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.* 2003, p. 883 ss.; in *Resp. civ. e prev.* 2003, p. 117 ss.; in *Nuova giur. civ. commentata* 2003, I, p. 619.
- Cass. 21 gennaio 2002, n. 572, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 13 novembre 2001, n. 14096, in *Foro it.*, Rep. 2001, *sub voce Responsabilità civile*, n. 234.
- Cass. S.U. 16 luglio 2001 n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, p. 806 ss.
- Cass. pen. 11 luglio 2001, n. 1572, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 20 giugno 2001, n. 8381, in *Foro it.*, Rep. 2001, *sub voce Lavoro (rapporto)*, n. 1169.
- Cass. 17 maggio 2001, n. 6756, in *Foro it.*, Rep. 2001, *sub voce Obbligazioni in genere*, n. 39.
- Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, in *Dir. e giustizia*, 2000, fasc. 20, p. 14 ss.
- Cass. 10 maggio 2000, n. 5962, in *Foro it.*, Rep. 2000, *sub voce Responsabilità civile*, n. 181.
- Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro it.*, Rep. 1999, *sub voce Obbligazioni in genere*, n. 25.
- Cass. 14 giugno 1999, n. 5880, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1022.
- Cass. 21 giugno 1999, n. 6233, consultabile in banca dati *iuris data*.

- Cass. 9 aprile 1999, n. 3471, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 5 febbraio 1999, n. 1158, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332.
- Cass. 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Foro it.*, Rep. 1998, *sub voce Lavoro (rapporto)*, n. 1290.
- Cass. 9 giugno 1998, n. 5659, in *Foro it.*, 1999.
- Cass. 6 marzo 1998, n. 2519, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1242 ss.
- Cass. 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Foro it.*, Rep. 1998, *sub voce Professioni intellettuali*, n. 152.
- Cass. 23 maggio 1997, n. 4607, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2470 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 91 ss.
- Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 15 novembre 1996, n. 10015, in *Foro it.*, Rep. 1996 *sub voce Responsabilità civile*, n. 201.
- Cass. 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189 ss.
- Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 561 ss.
- Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1296.
- Cass. 22 febbraio 1994 n. 1684, in *Danno e resp.*, 1995, p. 2221 ss.
- Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 550
- Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Foro it.*, Rep. 1993, *sub voce Contratto in genere*, n. 354.
- Cass., 13 gennaio 1993, n. 356, consultabile in banca dati *iuris data*.

- Cass. 24 giugno 1992, n. 7760, in *Foro it.*, Rep. 1992, *sub voce Responsabilità civile*, n. 130.
- Cass. 4 febbraio 1992, n. 1147, *ivi*, 1993, I, p. 3359 ss.
- Cass. 19 ottobre 1990, n. 10178, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 599 ss.
- Cass. 16 marzo 1990, n. 2154, *ivi*, Rep. 1990, *sub voce cit.*, n. 103.
- Cass. 13 giugno 1986, n. 393, *ivi*, Rep. 1986, *sub voce cit.*, n. 117.
- Cass. 18 febbraio 1986, n. 960, in *Foro it.*, Rep. 1986, *sub voce Contratto in genere*, n. 151.
- Cass. 8 agosto 1985, n. 4394, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Cass. 14 aprile 1981, n. 2242, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 4.
- Cass. 11 maggio 1973, n. 1269, in *Giust. civ.*, 1973, p. 1306 ss.
- Cass. 21 dicembre 1968, n. 4043, in *Foro it.*, 1969, I, p. 309 ss.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

- App. Perugia 24 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, p. 824 ss.
- App. Ancona 15 maggio 1999, in *Foro it.*, Rep. 2001, *sub voce Responsabilità civile*, n. 240.
- App. Milano 28 febbraio 1978, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, p. 93 ss.
- App. Genova 17 febbraio 1977, in *Giur. merito*, 1978, p. 20 ss.
- App. Firenze 27 giugno 1966, in *Foro it.*, Rep. 1966, *sub voce cit.*, nn. 398 – 399.

..*

- Trib. Nola 21 ottobre 2010, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Trib. Bari 19 ottobre 2010, consultabile all'indirizzo www.giurispeudenzabarese.it.
- Trib. Rovereto 6 agosto 2010, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Trib. Latina 3 agosto 2010, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Trib. Varese 16 febbraio 2010, consultabile all'indirizzo www.altalex.it.
- Trib. Arezzo 10 febbraio 2010, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Trib. Milano 3 ottobre 2009, n. 11786, in *Resp. civ. e prev.* 2010, n. 3, p. 586 ss.
- Trib. Monza 27 febbraio 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1846 ss.
- Trib. Vicenza 9 luglio 2007, sentenza senza redazionale, consultabile all'indirizzo www.dejure-giuffrè.it.
- Trib. Bologna 7 giugno 2007, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Trib. Genova 10 gennaio 2006.
- Trib. Monza 6 settembre 2005, consultabile in banca dati *iuris data*.
- Tribunale di Rovereto 24 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, p. 2580 ss.
- Trib. Genova 4 maggio 2000, in *Riv. dir. sport.*, 2000, p. 690 ss.
- Trib. Perugia 7 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1804.
- Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Resp. civ.*, 1998, p. 1144.
- Trib. Milano 23 luglio 1996, in *Gius.*, 1996, p. 3237 ss.
- Trib. Massa Carrara 14 maggio 1996, in *Arc. civ.*, 1996, p. 1399.
- Trib. Monza 15 febbraio 1996, in *Resp. civ.*, 1997, p. 512 ss.
- Trib. Torino 28 aprile 1994, in *Danno e resp.*, 2000, p. 906 ss.

- Trib. Trieste 30 aprile 1993, in *Resp. civ.*, 1994, p. 302.
- Trib. Bolzano 21 marzo 1992, in *Nuovo dir.*, 1993, p. 149.
- Trib. Verona 4 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1992, p. 569 ss.
- Trib. Vicenza 29 gennaio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 734 ss.
- Trib. Piacenza 15 marzo 1965, in *Arch. civ.*, 1965, p. 1099 ss.

..*

- Pret. Napoli 12 dicembre 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 454.