



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

**Dipartimento d'istituzioni linguistico – letterarie, comunicazionali
e storico - giuridiche dell'Europa**

Dottorato di ricerca in “Diritto dei contratti pubblici e privati” – XXV° Ciclo

LE OBBLIGAZIONI DI MEZZI E DI RISULTATO

(s.s.d. IUS/01)

**Tesi di dottorato di:
Dott. Giovanni, Edoardo Vaccaro**

**Coordinatore del corso:
Chiar.mo Prof. Ferdinando Albisinni**

**Tutore:
Chiar.mo Prof. Nicola Corbo**

(13 giugno 2013)

INDICE

PREFAZIONE

1. La diligenza nelle obbligazioni di risultato

1.1 Le origini della distinzione.....	p. 6
1.2 L'oggetto dell'obbligazione	p. 11
1.3 La diligenza.....	p. 18
1.4 L'obbligazione del professionista	p. 28
1.4.1 L'attività medica.....	p. 33
1.4.2 Gli obblighi del progettista. La difformità e i vizi occulti.....	p. 43
1.4.3 Gli obblighi del difensore e il patto di quota lite tra gratuità e onerosità della prestazione.....	p. 51
1.5 La promessa del fatto del terzo e le lettere di <i>patronage</i>	p. 55

2 La responsabilità per inadempimento dell'obbligazione

2.1 L'adempimento dell'obbligazione.....	p. 62
2.2 Il criterio d'imputazione della responsabilità contrattuale: un pendolo scillante tra la responsabilità oggettiva e la colpa (variamente atteggiata).....	p. 67
2.3 La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sul piano del fondamento della responsabilità.....	p. 76
2.4 Il superamento della dicotomia sotto il profilo della responsabilità.....	p. 84

3. La rilevanza della distinzione in relazione agli oneri probatori

3.1 La prova dell'inadempimento.....	p. 93
3.2 La tesi della rilevanza della distinzione sotto il profilo dell'onere probatorio.....	p.100
3.3 La riconduzione a unità dell'onere probatorio.....	p. 106

PREFAZIONE

La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato rappresenta una generale *summa divisio*, avente carattere transnazionale. La dicotomia *de qua* coinvolge, infatti, aspetti che esulano l'ordinamento giuridico nazionale, proiettandosi in una dimensione più ampia che investe la tecnica di costruzione di un diritto comune europeo¹.

Lo spazio per una riflessione sulle tendenze esegetiche interne consente, quindi, di valutare l'utilità che può rivestire questa suddivisione.

Il ruolo dell'interprete diventa, infatti, essenziale a fronte di una lacerazione che coinvolge i dogmi giuridici, frammentando classici istituti e ridimensionando il ruolo del diritto positivo, anche in virtù dell'emersione della *Interessenjurisprudenz*.

Alla luce di ciò, la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato permette di analizzare, in una prospettiva moderna, tematiche centrali della teoria dell'obbligazione. In questo senso, l'oggetto dell'obbligazione e l'interesse del creditore rappresentano i poli entro i quali occorre muoversi, al fine di valutarne l'essenza. L'interesse del creditore costituisce, infatti, il nucleo dell'obbligazione, intorno al quale ruota l'attività dovuta dal debitore, la prestazione, che ne costituisce l'oggetto.

Il terreno per l'anamnesi della natura ontologica della distinzione è, dunque, costituito dalle tecniche proprie della *scientia iuris*, che consentono di filtrare la prestazione dovuta e di verificare l'interesse da soddisfare.

Accanto a tale *quaestio iuris*, non possono non essere oggetto d'indagine i corollari applicativi che implica l'eventuale rilevanza di una simile differenziazione.

In particolare, nel fertile dialogo che intercorre tra la letteratura giuridica e la giurisprudenza, la casistica emersa è piuttosto ampia e variegata.

Questa casistica, come evidenziato dalla dottrina, è, tuttavia, il riflesso di due problemi di ordine generale. Da un lato, si discute sulla rilevanza giuridica della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, in ordine ai criteri

¹ A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 761 ss.

d'imputazione della responsabilità per inadempimento. Dall'altro lato, la *querelle* si sposta sull'utilità della ripartizione *de qua*, in ordine al riparto dell'onere della prova.

Le linee appena tratteggiate costituiscono il sentiero che si intende percorrere per decifrare il ruolo che riveste questo fiume carsico, rappresentato dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

1. LA DILIGENZA NELLE OBBLIGAZIONI DI RISULTATO

1.1 Le origini della distinzione

Il legislatore ha deliberatamente rinunciato a definire la nozione di obbligazione², tale rinuncia è stata giustificata con il rilievo che “*L’argomento è schiettamente dogmatico; e la legge, se l’avesse affrontato, avrebbe esorbitato dal campo normativo entro cui deve strettamente mantenersi*”³.

Pur avendo i *conditores iuris* rifiutato di chiarire la nozione di obbligazione, nel codice civile emerge, comunque, una varietà di modelli di obbligazione espressamente disciplinati (es. obbligazioni solidali, obbligazioni divisibili e indivisibili, obbligazioni alternative, obbligazioni pecuniarie).

L’attività classificatoria, però, non costituisce una prerogativa esclusiva del legislatore, potendo esser il frutto dell’attività dommatica della letteratura giuridica e delle esigenze concrete raccolte dalla giurisprudenza, si pensi alla distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore⁴.

In particolare, la forza maieutica della dottrina ha spesso tentato di tratteggiare, nelle pieghe delle relazioni *inter privatos*, delle tipologie di obbligazioni che, ancorché non disciplinate unitariamente dal *conditor legum*, si delineano quale risultato di un’astrazione di obbligazioni che presentano caratteristiche comuni, come è accaduto per la dicotomia tra *obligation de moyen et de resultat*.

La divisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non è, infatti, esplicitamente, riconosciuta dal legislatore italiano. Tale ripartizione è, tradizionalmente, individuata dalla dottrina nella presenza di obbligazioni definite “di risultato”, in cui il debitore promette al creditore uno specifico risultato empirico e di obbligazioni definite “di mezzi”, in cui il debitore

² M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.*, XI, 1965.

³ Rel. al cod. civ, n. 557.

⁴ T. ASCARELLI, *La Moneta*, Padova, 1928, pp. 141 e 231.

promette solo i mezzi, ossia certe misure che usualmente sono tali da condurre ad un risultato⁵.

La suddetta distinzione ha, comunque, sollecitato profondi dibattiti nell'universo giuridico⁶. Discordanti sono state, infatti, le voci provenienti all'interno della letteratura giuridica e della giurisprudenza sulla configurabilità e utilità di siffatta classificazione.

Le stesse origini di tale categoria appaiono evanescenti, perdendosi nel tempo e ciò indipendentemente dal profilo nominalistico⁷.

Dal punto di vista formale, infatti, nessun dubbio sorge sulla paternità della terminologia “*obligation de moyen*”, riconducibile alla elaborazione operata da Demogue⁸. Definizione che iniziò a diffondersi e a essere utilizzata oltre che dalla dottrina, anche dalla stessa giurisprudenza.

Siffatta distinzione, tuttavia, seppur con diverse denominazioni, era già conosciuta, sia nella letteratura giuridica teutonica sia in quella italiana. Appare, in tal senso, sovrabbondante l'espressione di alcuni giuristi francesi⁹ secondo cui codesta ripartizione risulta “*pur produit du génie juridique national*”.

Un autorevole autore tedesco,¹⁰ in una analisi al progetto del *Bürgerliches Gesetzbuch*, diversi lustri addietro dalla celebre denominazione, operata dal

⁵ V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, Dig. disc. priv., 1995; E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 82; S. TRIVELLONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Enc. giur.*, agg., XV, 2007.

⁶ In Italia, l'Autore che per primo ha affrontato tale problematica con approccio critico e profondità di pensiero è stato L. MENGONI. Le sue riflessioni sul tema si trovano nello studio: *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192.

⁷ Per un'analisi storico – ricostruttiva, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192.

⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, n. 1237 p. 538 ss. Tale denominazione è criticata da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192, l'A. suggerisce di sostituire l'espressione “obbligazione di mezzi” in “obbligazioni di (semplice) comportamento”.

⁹ D. R. MARTIN, *Diverses espèces d'obligations (art. 1144 à 1151)*, in l'Avant-Project Catala, testo e traduzione a cura di G. B. FERRI e P. SPADA, Milano, 2008, p. 91; eccesso segnalato anche da G. D'amico, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati*, in *riv. dir. civ.*, 2006, p. 143, nota 8. Peraltro, anche in Francia vi furono autorevoli Autori contrari a tale suddivisione cfr. H. CAPITANT, *Les effets des obligations*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1932, p. 724.

¹⁰ F. BERNHÖFT, *Kauf, Mieth und verwandte Verträge*, nei *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich*, diretti da E. I. Bekker e O. Fisher, XII, Berlino 1889, p. 17.

Demogue¹¹, aveva, infatti, già ammesso l'opportunità di una simile differenziazione. L'asserzione riconducibile ad un celebre pandettista¹² costituiva, probabilmente, il frutto della metodologia sviluppata dalla stessa Scuola, orientata alla riscoperta del diritto romano¹³, da cui traeva la propria fonte.

Recentemente, d'altronde, nel tentativo di individuare il fondamento e l'origine di codesta classificazione, è stato affermato¹⁴ che, in realtà, la distinzione tra "mezzi e risultato" costituisce il frutto di un'attenta osservazione dei meccanismi della logica giuridica che sorge sin dai primi giorni della storia del diritto.

La denominazione *obligation de moyen et obligation de résultat* è, in ogni caso, relativamente recente e, in passato, furono, comunque, prospettate altre qualificazioni formali. Le incertezze attinenti alla nomenclatura, pur essendo oggi convenzionalmente superate anche alla luce dei principi *Unidroit*¹⁵, hanno costituito il riflesso del diverso modo di concepire l'utilità giuridica della distinzione.

Invero, anche tra gli autori francesi la terminologia "obbligazioni di mezzi e di risultato" fu variamente contestata¹⁶. Alcuni studiosi d'oltralpe¹⁷ proposero, infatti, la nomenclatura "*Obbligazione di pura diligenza — obbligazione di risultato*" andando, tuttavia, incontro all'obiezione¹⁸ di coloro che sostenevano

¹¹ R. DEMOGUE, op. cit.

¹² F. BERNHÖFT, op. cit.

¹³ C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medioevale e moderno*, Digesto disc. priv., 1995, nota 16. L'A. sottolinea come i giuristi romani possedevano chiare le nozioni e impiegavano opportunamente la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, pur essendo stata quest'ultima, per la prima volta, formalmente individuata dalla dottrina francese moderna.

¹⁴ J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 2001. L'autore si pone, ironicamente, l'interrogativo sull'origine divina della distinzione, citando un passo della Bibbia, Esodo, 21,28 – 21,29.

¹⁵ ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010*, Roma, 2010, artt. 5.1.4 e 5.1.5, p. 160.

¹⁶ In merito alle controversie terminologiche cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, pg. 185.

¹⁷ A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, pg. 135 (riproduzione in lingua italiana di uno studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, p. 126 ss.).

¹⁸ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, pg. 187.

che, dal punto di vista definitorio, non dovrebbe adoperarsi una qualificazione soggettiva che costituisce un modo di comportarsi.

Altri¹⁹ consigliarono la distinzione “*Obbligazioni determinate — obbligazione generale di prudenza e di diligenza*” esponendosi al rilievo secondo cui ogni obbligazione deve essere determinata o comunque determinabile²⁰.

La dottrina tedesca, antecedentemente all’approdo terminologico di Demogue, propose, invece, la denominazione “*obbligazioni soggettive ed obbligazioni oggettive*”²¹.

Quest’ultima progettazione qualificatoria rinveniva il *discrimen* tra le obbligazioni che vincolano il debitore ad un risultato oggettivo e quelle in cui risulta cristallizzato un mero comportamento soggettivo in cui, il contegno diligente, esprima l’intero contenuto del rapporto obbligatorio. L’importanza di siffatta catalogazione era individuata, dai prefati autori teutonici, nel diverso fondamento giuridico della responsabilità. Mentre, infatti, per le obbligazioni oggettive il limite della responsabilità avrebbe dovuto esser marcato dal *casus fortuitus*, per le obbligazioni soggettive, invece, i confini della responsabilità sarebbero stati caratterizzati dalla colpa, cosicché, il debitore non ne avrebbe risposto, ove fosse stata accertata la sua diligenza, a prescindere dalla circostanza che lo scopo fosse risultato ancora oggettivamente possibile. Tale diversificazione fondata sui presupposti della responsabilità, come vedremo (*cf.* cap. 2.4), aveva, ad ogni modo, sollevato severe obiezioni,²² in quanto, seguendo tale impostazione ermeneutica, il debitore di una “obbligazione soggettiva” non avrebbe comunque risposto, non già per l’assenza di colpa, quanto, piuttosto, per aver adempiuto la sua obbligazione.

¹⁹ H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; «obligations déterminées» et «obligation générale de prudence et diligence»*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 29; H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4 ed., Paris, 1947, I, n. 103 - 2.

²⁰ P. ESMEIN, *Obligations I*, in *Traité prat. de dr. civ.* par M. Planiol e G. Ripert, Paris, 1952, p. 499, nota 1.

²¹ H. A. FISHER, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung* in *Jherings Jahrbücher*, 37, 1897, p. 262.

²² Tale tesi è stata oggetto di critiche da parte di W. STINTZING in *Ueber vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung*, in *Arch. civ. Prax.*, 81, 1893, p. 439.

La distinzione, anteriormente alla classificazione proposta dal Demogue, invero, non era, comunque, sconosciuta neanche in Italia. La dottrina²³ aveva, infatti, colto nelle sue linee essenziali la ripartizione *de qua*. Ripartizione che fu ripresa dallo stesso Osti²⁴ per individuare, non tanto una *discrimen* sotto il profilo del fondamento della responsabilità per inadempimento (come avveniva per la citata dottrina tedesca²⁵), quanto piuttosto per diversificare gli estremi dell'inadempienza, ancorando il criterio della valutazione della responsabilità per inadempimento ad un profilo unitario di carattere oggettivo²⁶, poi ripreso nel vigente codice civile.

Anche la letteratura giuridica italiana, inoltre, intorno alla metà dello scorso secolo, propose alcuni suggerimenti per l'individuazione del *nomen* più appropriato da attribuire alla classificazione di tali obbligazioni, soffermandosi sulla sostituibilità dell'atecnica nomenclatura "obbligazioni di mezzi". Si suggerì²⁷, in tal senso, la definizione "obbligazioni di (semplice) comportamento", mentre altri autori²⁸ consigliarono l'espressione "obbligazione di contegno". Furono, tuttavia, esortazioni che, seppur suggestive, non riscossero ampio successo.

²³ F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, riv. di dir. civ., 1915, pp.100-101: "Senonchè occorre distinguere i contratti nei quali il debitore è tenuto a prestare una determinata attività, da quelli in cui è tenuto a far conseguire al creditore un determinato risultato. Nei primi senza dubbio il debitore deve solo la diligenza del buon padre di famiglia [...]".

²⁴ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, riv. di dir. civ. 1918, pg. 423: "Ma se si può accertare che le obbligazioni aventi per oggetto una prestazione di diligenza costituiscono solo una categoria dei rapporti obbligatori, e che nelle altre categorie di obbligazioni, aventi per oggetto prestazioni diverse da quella ora accennata, la responsabilità è collegata al momento obiettivo dell'inadempienza senza bisogno che vi concorra la colpa, dovremo concludere che l'inadempienza in sé e per sé costituisce il fondamento generale della responsabilità, e che, se in determinate obbligazioni la responsabilità appare collegata alla colpa, ciò dipende solo dal fatto che nelle medesime obbligazioni inadempienza e colpa coincidono".

²⁵ Osti inesattamente attribuisce al Leone lo stessa posizione espressa dal Fischer, in ordine al profilo della valutazione della responsabilità. In questo senso, Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in riv. di dir. comm., 1954, pg 312, nota 39.

²⁶ La visione teorica di Osti, peraltro, confluirà nell'attuale lettera dell'art. 1218 del codice civile, disposizione legislativa, sulla quale, invero, sussiste, ancor oggi, un tormentato dibattito dottrinale in relazione all'attuale fondamento della responsabilità contrattuale (*querelle* che sarà approfondita nel prosieguo).

²⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in riv. di dir. comm., 1954, pg. 192.

²⁸ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 130.

Se, tuttavia, il dibattito giuridico sulla terminologia “obbligazioni di mezzi e di risultato” può considerarsi anacronistico, trattandosi di definizione ormai ampiamente acquisita nel mondo giuridico, non altrettanto sopita appare la *querelle* sulla rilevanza giuridica della distinzione.

1.2 L’oggetto dell’obbligazione

Nell’affrontare la tematica della rilevanza giuridica della distinzione tra l’obbligazione di mezzi e di risultato, non si può sfuggire da una anamnesi della nozione di oggetto dell’obbligazione, quale sede naturale, da un punto di vista strutturale, per la collocazione di tale controversa categoria.

Invero, la nozione di oggetto dell’obbligazione assume, ancor oggi, contorni indefiniti, anche in ragione della diversa prospettiva, rispettivamente del lato attivo (del diritto di credito) o passivo (del dovere giuridico), prescelta dagli interpreti per la loro osservazione²⁹. La definizione di oggetto dell’obbligazione ha costituito, infatti, uno degli aspetti più problematici affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁰.

Il dibattito sull’oggetto dell’obbligazione, peraltro, risulta oggi arricchito anche dalla corrente dottrinale³¹ che ha sviluppato la controversa categoria della “Obbligazione senza prestazione” come tipologia ai confini tra contratto e torto, in cui sorgono, tra soggetti non legati contrattualmente, obblighi di conservazione (protezione), senza prestazione, della sfera giuridica altrui, nei quali la buona fede innescata dall’affidamento si concretizza.

Nella moderna dottrina, in realtà, l’approfondimento della *quaestio* ermeneutica dell’individuazione dell’oggetto dell’obbligazione iniziò a delinearsi come reazione all’autorevole³² prospettiva esegetica che individuò l’oggetto del diritto di credito quale potere di influire sulla volontà altrui in

²⁹ L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, Jus, 1952 p. 161; A. DI MAJO, *Obbligazione e contratti (dispense)*, Roma, 1978, p. 103.

³⁰ O. T. SCOZZAFAVA, voce *Oggetto dei diritti*, in *encicl. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 3.

³¹ C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p.147; ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 679.

³² F. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1851, p. 4.

relazione a determinati atti. Teoria che, pur senza giungere a disegnare il vincolo obbligatorio quale forma di schiavitù (mediante l'assoggettamento della persona che, *ex adverso*, nel diritto romano si produceva attraverso gli istituti del *nexum* e dell'*addictio*), incideva, comunque, sui principi di libertà e dignità dell'uomo³³ e aveva, dunque, destato significative obiezioni³⁴, anche in considerazione del fatto che, da un lato, la volontà risulta giuridicamente incoercibile, dall'altro lato, sia la persona sia la volontà del debitore non sono in sé valori economici.

Superata la prefata teoria, i vari orientamenti prospettati dalla letteratura giuridica, possono essere racchiusi in due macroaree³⁵: da una parte, le teorie cd. personali che hanno ravvisato l'oggetto dell'obbligazione nel comportamento dovuto dal debitore; dall'altra, le teorie cd. patrimoniali, le quali hanno individuato nell'elemento patrimoniale l'aspetto caratterizzante l'obbligazione.

Quest'ultima impostazione interpretativa, avversata da parte della letteratura giuridica, delinea una visione marcatamente "proprietary"³⁶ della struttura dell'obbligazione, modellata sulla falsariga dei diritti reali ed, in particolare, dei *iura in re aliena*. Le teorie patrimoniali partono, infatti, dalla considerazione secondo la quale, essendo di per sé incoercibile il comportamento del debitore, quest'ultimo non potrà esser oggetto di un potere del creditore, dunque, il diritto di credito non può che riversarsi nel patrimonio del debitore, accentuandosi così l'elemento patrimoniale a discapito dell'elemento personale del rapporto obbligatorio.

All'interno di tale prospettiva esegetica si collocano, comunque, diverse tesi.

³³ C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 34; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 154.

³⁴ L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, Jus, 1952 p. 161.

³⁵ C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 33 ss.

³⁶ L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, Jus, 1952 p. 157; A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti (dispense)*, Roma, 1978, p. 107; L'A. riferisce che anche le teorie personali, prospettate dalla dottrina, siano state modellate attraverso una ricostruzione tipologica della realtà, sulla falsariga dei rapporti di proprietà e signoria, identificando il criterio oggettuale nel comportamento del debitore, quale bene-oggetto del diritto di credito. L'A. ritiene, *ex adverso*, da un lato che non si dovrebbe discorrere di potere bensì di pretesa del creditore e dall'altro che si dovrebbe superare il criterio oggettuale, per far riferimento all'interesse del creditore. Secondo l'A. punto di riferimento dell'interesse del creditore dovrebbe essere la prestazione del debitore, sia sotto l'aspetto soggettivo di comportamento tendente a far conseguire al creditore un determinato risultato, sia nel suo aspetto oggettivo di ragione, di bene o di utilità.

Secondo una prima ricostruzione,³⁷ la scindibilità del debito dalla responsabilità (*Schuld und Haftung*) consentirebbe di individuare l'oggetto del diritto del creditore, quale garanzia *sui generis*, nei beni presenti e futuri del debitore (a differenza dell'oggetto del debito che, invece, consisterebbe nella prestazione dovuta).

Per altra dottrina³⁸, invece, il diritto di credito costituirebbe un'utilità di vita di relazione garantita sul patrimonio del debitore conseguibile anche senza la necessità di una cooperazione dello stesso debitore attraverso la garanzia patrimoniale generica ovvero l'adempimento del terzo.

Una diversa teoria³⁹, all'interno del solco delle tesi "patrimoniali", giunge, poi, ad individuare il contenuto dell'obbligazione in un *patis* del debitore sull'azione del creditore preordinata a conseguire il bene oggetto della prestazione.

Infine, secondo una più moderata ricostruzione ermeneutica,⁴⁰ l'interesse del creditore non tende, esclusivamente, alla prestazione del debitore, quale attività personale dovuta da quest'ultimo, ma solamente al potere di conseguire il bene, in quanto i due aspetti dell'obbligo e della realizzazione del diritto non coincidono, posto che, da un lato, il debitore può liberarsi anche mediante pagamento al creditore apparente e, dall'altro, il creditore può esser soddisfatto attraverso l'adempimento del terzo.

Diversamente, altra parte della letteratura giuridica⁴¹, rivalutando l'elemento personale costituito dalla prestazione quale attività dovuta dal debitore ha, invece, posto l'attenzione sul dover prestare, piuttosto che sul dover ricevere. Secondo la concezione "personale", le tesi marcatamente "patrimoniali" giungono, infatti, a conclusioni insoddisfacenti, nel ritenere che il diritto di

³⁷ G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927 pp. 29 e 249 ss.

³⁸ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, p. 133.

³⁹ F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, riv. dir. comm., 1915, I, p.528 ss.; ID. *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 146. L' A. giunge a sostenere che anche nelle obbligazioni di fare il debitore è astretto ad un *patis*, consistente nel tollerare che il risultato del lavoro sia preso o, comunque, goduto dal creditore. Seguendo tale ricostruzione, la prestazione delle obbligazioni di non fare, consisterebbe, per il debitore, nel patire una inerzia che, se l'obbligazione non esistesse, il debitore non sarebbe tenuto a rispettare.

⁴⁰ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936 p. 84; ID *Adempimento (Diritto civile)*, in Enc. Dir., Milano, 1958, p. 554.

⁴¹ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 234. P. Rescigno *Obbligazioni (diritto privato)*, in Encic. dir, XXIX, 1979, p 182; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, p. 16.

credito costituisca un potere e che, quindi, non potendo il potere avere ad oggetto la persona, il diritto ricada nel patrimonio.

Le tesi “personali” obiettano, infatti, che il prefato sillogismo si rivela fallace, ove si ponga in considerazione che il diritto non, necessariamente, costituisce un potere, ancorché, sicuramente, rappresenta una posizione di vantaggio, la quale, tuttavia, può esser sintetizzata in termini diversi, a pena di indifferenziabilità tra diritti reali e diritti relativi.

La qualificazione del diritto di credito, quale pretesa del creditore a ricevere la prestazione⁴², rende, da un lato, armonico l’aspetto del dover dare rispetto al diritto di ricevere⁴³ e, dall’altro, sufficientemente, distinguibile il diritto di credito (relativo) rispetto ai diritti assoluti. I poteri che il creditore dispone sono, infatti, rimedi contro l’inadempimento e ciò comporta che il suo diritto non è dotato dell’immediatezza tipica dei diritti reali, necessitando, piuttosto, ai fini della sua soddisfazione della cooperazione del debitore⁴⁴. Inoltre, lo stesso art. 1174 del codice civile, esplicitamente, rammenta che la prestazione forma l’oggetto dell’obbligazione.

In questo senso, si sostiene⁴⁵ che mentre il diritto di credito può essere adempiuto, esclusivamente, mediante la cooperazione del debitore, *a contrario*, l’interesse del creditore può anche esser soddisfatto *motu proprio* o da un terzo ex art. 1180 del codice civile, divenendo l’adempimento inutile; ovvero secondo un’altra tesi⁴⁶, nei casi di esecuzione forzata o di adempimento del terzo, giuridicamente imputabile al debitore. Dal lato passivo del rapporto

⁴² C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 34.

⁴³ Diversi autori sostengono la scissione tra dovere giuridico e diritto di credito. Tra questi anche L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, Jus, 1952 pp. 170 e 178-179. L’Autore nega che sussista identità tra il contenuto dell’obbligo ed il diritto di credito pur essendovi un rapporto funzionale. Secondo l’A. mentre il contenuto dell’obbligo “è costituito dal comportamento dovuto”, viceversa, l’oggetto del diritto di credito “è costituito dalla soddisfazione dell’interesse tutelato, pensata come risultato da realizzare (futuro)”. In senso critico verso tale ricostruzione, A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti (dispense)*, Roma, 1978, pp. 105-106, il quale ravvisa la contraddizione nella considerazione che secondo tale teoria “l’adempimento dell’obbligo presuppone che il creditore abbia perseguito il risultato dovuto, pur non essendo quest’ultimo però parte del contenuto dell’obbligo e cioè del dovere cui il debitore è tenuto”.

⁴⁴ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 38.

⁴⁵ M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, Milano, 1951, p. 229.

⁴⁶ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 39, il quale ritiene che i casi di esecuzione forzata e di adempimento del terzo sono “*casi in cui il diritto del creditore si realizza proprio in quanto è adempiuta l’obbligazione del debitore, in quanto cioè la prestazione eseguita è imputabile all’obbligazione di quest’ultimo verso il creditore*”.

obbligatorio, poi, il carattere liberatorio del pagamento al creditore apparente, ai sensi dell'art. 1189 c.c., viene spiegato⁴⁷ non tanto in quanto la prestazione risulta esattamente eseguita, ma piuttosto per la preminente tutela della buona fede del debitore.

Per quel che riguarda la distinzione tra le obbligazioni di mezzi e di risultato, è, comunque, interessante, rilevare come tra i fautori della tesi "patrimoniale" e tra i fautori della prospettiva "personale" vi siano stati autori contrari⁴⁸ alla suddetta ripartizione.

Sia gli autori favorevoli che gli autori contrari, tuttavia, già dal punto di vista lessicale, sembrano concordi nell'utilizzare l'espressione "obbligazioni", non già "contratti" di mezzi o di risultato. Ciò al fine di avvalorare o meno una distinzione che rinvenendosi, da un punto di vista morfologico, proprio nell'oggetto dell'obbligazione, pone *in nuce* l'ambizioso progetto di costituirne una *summa divisio*, al di là della presenza o meno di un contratto (si pensi alla responsabilità del medico incardinato in una struttura pubblica).

In effetti, anche alla luce delle disposizioni legislative previste dal codice civile, la stessa nozione di oggetto dell'obbligazione appare distinta dalla definizione di oggetto del contratto⁴⁹ che, peraltro, risulta – come l'oggetto dell'obbligazione - altrettanto controversa⁵⁰, tanto da indurre taluni Autori⁵¹ a dubitare della utilità di una teorizzazione unitaria.

L'oggetto del contratto, non può, infatti, coincidere con l'oggetto dell'obbligazione e ciò in ragione di diversi motivi. Da un lato, già dal punto di vista genetico, l'obbligazione, ai sensi dell'art. 1173 c.c., non sorge

⁴⁷ C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 39

⁴⁸ M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.*, XI, 1965, p. 598; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 62.

⁴⁹ R. MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, *Dig.*, I agg., 201; C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 14, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, II, Torino, 2004, p. 6 "Negli artt. 1346 ss. si parla di oggetto e prestazione come sinonimi, e ivi «prestazione» è piuttosto la vicenda alla cui produzione è rivolto il contratto che non il comportamento dedotto in obbligazione; lo stesso ci pare di poter dire per l'art. 1429".

⁵⁰ M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Digesto*, XI, 1965, p. 806; G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 1; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*. Milano, 2001; ID., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 327; ID., *Il contratto ed il suo oggetto nel diritto italiano*, in *riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2012, p. 23.

⁵¹ G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 289.

necessariamente dal contratto e, dunque, assume una certa autonomia concettuale rispetto alla definizione del contratto. Dall'altro lato, all'interno dei contratti, vi possono essere diverse obbligazioni, cosicché affermare che l'oggetto delle singole obbligazioni sia anche l'oggetto del contratto risulta fuorviante. Limpida, in tal senso, appare la scissione e, dunque, l'autonomia, prevista in materia di risoluzione contrattuale tra le prestazioni oggetto di obbligazione adempite e quelle rimaste inadempite, in relazione agli effetti che ne derivano per la parte adempiente, nonché la distinzione tra cessione del credito e cessione del contratto. D'altra parte, risulta, anche possibile la stipulazione di un contratto rivolto ad estinguere obbligazioni che, ai sensi dell'art. 1173 c.c., non siano sorte da un pregresso negozio e ciò sembra, ulteriormente, suffragare la autonomia concettuale del loro rispettivo oggetto.

In effetti, proprio l'inseguimento dell'obiettivo di creare una distinzione generale della ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, valida al di là dell'ambito negoziale, ha indotto la stessa giurisprudenza, per diversi lustri, ad applicare tale ripartizione nell'ambito della responsabilità medica, anche ove quest'ultima – come in passato – era inquadrata giuridicamente utilizzando il cumulo tra la responsabilità contrattuale per la Azienda e quella extracontrattuale per il medico⁵² (cfr. par. 1.4.1).

La teorizzazione della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e di risultato solleva, tuttavia, perplessità in relazione a conclusioni esegetiche ed approcci ermeneutici che, ancora adesso, non sono riusciti ad individuare sicuri criteri di riparto, a fronte del silenzio del legislatore⁵³.

Ritornando, infatti, alle prefate teorie sull'oggetto dell'obbligazione, dal punto di vista delle tesi cd. "patrimoniali" non si riesce, sino in fondo, a cogliere quale sia questa *utilitas creditoris* difforme tra le obbligazioni di mezzi e quelle di risultato, posto che ciò che consegue il creditore risulta, anche nelle obbligazioni di mezzi, una utilità giuridica (esprimibile anche attraverso il sintagma "risultato giuridico").

⁵² A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441; ID. *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 40.

⁵³ Nel senso di "crisi della distinzione" cfr. V. CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 550

Mentre, infatti, dal punto di vista empirico ed economico ad un effetto (o risultato) raggiunto, di regola, ne deriva causalmente un altro, per cui il primo diventa semplice mezzo, secondo un dinamismo che potrebbe anche definirsi universale “*causa causae est causa causati*”. Al contrario, nel mondo giuridico ed, in particolare, all’interno del microcosmo delle obbligazioni, occorre comprendere ciò che sia giuridicamente dovuto. Risulta cioè necessario fotografare l’oggetto dell’obbligazione, utilizzando i canoni ermeneutici di cui l’interprete è provvisto.

Seguendo tale solco esegetico, anche tra alcuni fautori⁵⁴ della teoria “personale” dell’oggetto dell’obbligazione, è emerso un certo scetticismo verso la suddetta suddivisione, posto che l’elemento fisiologico dell’obbligazione rimane, comunque, la prestazione dovuta.

Occorre, dunque, sostenere che solo apparentemente le opzioni teoriche sull’oggetto dell’obbligazione incidono sul problema dell’ammissibilità di siffatta distinzione⁵⁵.

Nonostante la forte sfiducia verso tale suddivisione manifestata dalla letteratura giuridica, la giurisprudenza ha, comunque, per diversi lustri⁵⁶, continuato ad applicare tale ripartizione, salvo in tempi recenti, con alcune pronunce della Corte di Cassazione, optare per un clamoroso *revirement*⁵⁷.

Le ragioni che, fino a qualche anno fa, hanno, tuttavia, indotto ad un ampio utilizzo della ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sono, invero, variamente riconducibili ad un tendenziale *favor debitoris* (spesso per il professionista intellettuale), sia sotto l’aspetto della valutazione dell’inadempimento, sia sotto l’aspetto degli oneri probatori e della causa ignota. In quest’ottica, dunque, si tendeva ad ampliare le obbligazioni di mezzi,

⁵⁴ M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.*, XI, 1965, p. 598; ID *L’inadempimento*, Milano, 1975, p. 227. In senso contrario U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 107 nota 161.

⁵⁵ G. D’AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra “obbligazioni di mezzi” e “di risultato”*, Napoli, 1999, p. 162.

⁵⁶ In materia di responsabilità medica si suole individuare la prima decisione che ha utilizzato la distinzione tra mezzi e risultato nella sentenza della Cassazione 21.10. 1978 n. 6141, in *Foro it.*, I, p. 4.

⁵⁷ Cass., sez. un., 2005 n. 15781, in *Eur. e dir. privato*, 2006, con nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi*, p. 797; Cass., sez. un., 11.01.2008 n. 577, in *Giur. it.*, 2008, con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e di risultato*, p. 1652.

al fine di salvaguardare il debitore - prestatore d'opera intellettuale, eclissando, allo stesso tempo, il dettato normativo costituito dagli artt. 1176, secondo comma, e 2236 del codice civile.

Il legislatore, però, non disconosce delle suddivisioni tipologiche afferenti l'oggetto dell'obbligazione. I *conditores iuris* hanno, in tal senso, distinto tra le obbligazioni alternative o con facoltà alternativa (definite anche facoltative) ovvero tra le obbligazioni divisibili ed indivisibili. Allo stesso tempo, però, pur essendo già piuttosto diffuso il dibattito sulle obbligazioni di mezzi e di risultato nel periodo in cui fu redatto il codice civile del 1942, nessuna traccia è formalmente presente all'interno del codice vigente in relazione alla predetta distinzione.

1. 3 La diligenza

Il termine diligenza⁵⁸ è stato ampiamente adoperato dal *conditor legum* all'interno del codice civile e, successivamente, nei vari, recenti, codici di natura settoriale.

Tra i vari articoli del codice civile in cui compare tale lemma (*exempli gratia* artt. 1001, 1091, 1148, 1227, 1431, 1587, 1710, 1768, 1804, 2104, 2148, 2167, 2174, 2392, 2407 c.c.), assume, ai fini della presente indagine, uno spessore particolarmente rilevante l'art. 1176 c.c., in virtù della portata normativa di carattere generale espressa nel primo comma e della, successiva, disciplina cristallizzata nel secondo comma⁵⁹.

La diligenza richiesta nell'art. 1176, primo comma, del codice civile, descritta nella relazione di accompagnamento al codice civile come “*concetto*

⁵⁸ S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539.

⁵⁹ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, in *Obbligazioni, sub Artt. 1173-1176*, IV, Bologna-Roma, 1988, p. 460. L'A. compie un'interessante analisi dell'art. 1176 c.c. in merito alla distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato.

*deontologico*⁶⁰”, è quella del buon padre di famiglia, criterio obiettivo e generale che conduce all’abbandono del canone della diligenza *quam in suis*⁶¹. L’utilizzo quale parametro di valutazione della diligenza del *prudens pater familias* ha lasciato, tuttavia, emergere diverse criticità in ragione della sua astrattezza, proiettata, secondo alcuni autori⁶², a condurre verso uno slittamento caratterizzato da una rinunciataria mediocrità. La ricerca di formule diverse e più moderne rispetto all’utilizzo del *bonus pater familias* ha, però, sollevato diverse obiezioni⁶³, in quanto l’adozione della locuzione *de qua*, accolta nel vigente codice civile, costituisce il risultato di una efficace sintesi frutto di una esperienza consolidata, in grado di cogliere i mutamenti della realtà sociale. La scelta della *diligentia boni patrisfamilia*, si colloca, in tal senso, in un’ottica di continuità⁶⁴ rispetto all’art. 1224, primo comma, del codice civile del 1865. Recentemente, la qualificazione del debitore come *homo oeconomicus*, in grado di effettuare scelte razionali che comportino una efficiente allocazione delle risorse, ha inciso sul modo di valutare il criterio del buon padre di famiglia. In effetti, il codice civile svela nel proprio tessuto normativo, delineato dai *conditores iuris*, un inestricabile e sofisticato intreccio tra il profilo economico e quello giuridico. Lo stesso legislatore adopera, infatti, espressioni che evidenziano tale intima connessione: si pensi all’utilizzo dei termini “affare” (artt. 1716, 1721, 1724, 1725, 1726, 1733 e 1736 c.c.) ed “operazione” (artt. 1732, terzo comma, e 1735 c.c.), in luogo del contratto⁶⁵. Oltretutto, le disposizioni sulla circolazione della posizione contrattuale, ai sensi degli artt. 1406 e ss. c.c., sembrano elevare la qualità di parte contrattuale a bene economico⁶⁶.

⁶⁰ Rel. al cod. civ., n. 559.

⁶¹ W. D’AVANZO, *Dell’adempimento delle obbligazioni*, in *Comm. M. D’AMELIO – E. FINZI, Libro delle Obbligazioni*, vol. I, p. 19.

⁶² U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. CICU E F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XVI, 2, Milano, 1984, p. 92; Per una ricostruzione cfr. E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell’obbligazione*, Torino, 2007, p. 82.

⁶³ M. GIORGIANNI, *L’inadempimento*, Milano, 1975, p. 327.

⁶⁴ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 138.

⁶⁵ A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, Milano, 1984, p. 2.

⁶⁶ A. ALBANESE, *Della cessione del contratto*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 2008, pp. 11 ss.

Seguendo tale ottica ricostruttiva dell'ordinamento si è assistito, proprio con riferimento alla diligenza, al tentativo di utilizzare metodi economici al fine di decodificare, attraverso un criterio oggettivo, tale clausola generale, sottraendola in tal modo dalle valutazioni del singolo giudice. Parte della letteratura giuridica⁶⁷ ha, infatti, impiegato, quale parametro per la verifica della diligenza, la celebre regola di Hand, regola sorta da un'intuizione di un giudice americano per risolvere ulteriori e diverse problematiche attinenti la verifica della colpa nella responsabilità aquiliana. Le tre variabili: 1) Il costo della precauzione (C); 2) la probabilità d'incidente (p); 3) il valore del danno in caso di incidente (D); sono state così adoperate al fine di valutare la diligenza, considerando il debitore non diligente allorquando $C < pD$, nonostante, invero, sussistano delle difficoltà di applicazione concreta, come l'esatta individuazione delle probabilità di incidente, nonché diversi livelli di *enforcement*.

L'espressione "diligenza del buon padre di famiglia" costituisce, comunque, in tale ricostruzione⁶⁸ economicamente ispirata, la scelta che l'operatore economico razionale adotterebbe per una prestazione da rendere a sé medesimo o ai suoi familiari, senza l'anelito di rischiosi risparmi di spesa o profitti speculativi ma, allo stesso tempo, senza la ricerca di cautele e precauzioni improduttive.

La perizia, ossia l'impiego di adeguate nozioni e di idonei strumenti tecnici, rappresenta, quindi, nonostante non manchino voci dissenzienti⁶⁹, un elemento intrinseco della diligenza (*imperitia culpa adnumeratur*). L'espletamento di un'attività diligente, infatti, non può che implicare l'applicazione di adeguate cognizioni tecniche conformi alla prestazione dovuta.

Il secondo comma dell'art. 1176 c.c. consente, poi, ulteriori adattamenti nella valutazione del *vir prudens et diligens* con riferimento all'esercizio di attività

⁶⁷ G. CLERICO, *Incidente, livello di precauzione e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pp. 275 ss.; F. PARISI, *Learned Hand formula of negligence*, in *Dig. disc. priv.*, X, Torino, 1993, p. 436; A. BELFIORE, *La colpa come criterio di responsabilità: la nozione*, in *Studium iuris*, 2007, p. 680.

⁶⁸ A. BELFIORE, *La colpa come criterio di responsabilità: la nozione*, in *Studium iuris*, 2007, p. 680.

⁶⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 198. Tale autore ritiene che la perizia rientri in una nozione ampia e, dunque, impropria di diligenza.

di carattere professionale, in relazione alla particolare “natura dell’attività esercitata”, così come, nell’ambito dell’esercizio delle professioni intellettuali, un ruolo fondamentale assolve l’art. 2236 del codice civile.

Il ruolo giuridico ed i confini della diligenza rimangono, tuttavia, per certi aspetti, controversi sia con riferimento al rapporto che intercorre con l’art. 1218 c.c., sia in relazione ai termini di operatività di altre clausole generali come la buona fede e la correttezza (*cf.* cap. 2). Mentre, infatti, sia il creditore che il debitore sono tenuti alla correttezza (art. 1175 c.c.), nonché all’esecuzione del contratto in buona fede (art. 1375 c.c.), i *conditores iuris* hanno, *litteris verbis*, imputato la diligenza esclusivamente alla parte debitrice⁷⁰ (salvo quanto è disposto, sotto il profilo del danno, dall’art. 1227 del codice civile).

Occorre, dunque, approfondire nell’ambito dell’adempimento dell’obbligazione, *ex latere debitoris*, quale sia l’esatta funzione della diligenza, anche al fine di vagliare l’ammissibilità giuridica della definizione di “obbligazione di mezzi” come obbligazione in cui il debitore sia tenuto esclusivamente a prestare la diligenza dovuta.

Il canone della diligenza ha, infatti, assunto, ai fini della presente indagine, una peculiare connotazione in relazione alla costruzione morfologica dell’obbligazione di mezzi. L’obbligazione di mezzi, infatti, secondo una certa corrente di pensiero⁷¹, costituisce una tipologia di obbligazioni in cui la prestazione si identifica o comunque si caratterizza per l’attività diligente dovuta. L’ampio dibattito emerso in dottrina sul tema della diligenza, anche in relazione all’oggetto dell’obbligazione, si intreccia, dunque, con delicati e

⁷⁰ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p.41.

⁷¹ H MAZEAUD, *Essai de classificaton des obligatons: obligations contractuelles et extra-contractuelles; «obligations déterminées» et «obligation générale de prudence et diligence»*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 29; A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell’economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, pg. 135 (riproduzione in lingua italiana di uno studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, p. 126 ss.); L. DELLI PRISCOLI, *Professionista intellettuale e obbligazioni di mezzi*, in *riv. dir comm e del dir. gen. delle oblig.*, 2010, p. 356.

fondamentali snodi della teoria delle obbligazioni, quale appunto quello della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato⁷².

Nella letteratura giuridica, infatti, sono diversi gli orientamenti esegetici⁷³, autorevolmente prospettati, sul tema della diligenza ed, in particolare, sul ruolo della diligenza con funzione integrativa dell'oggetto dell'obbligazione.

Secondo una prima ricostruzione ermeneutica, seppur con all'interno diverse sfumature⁷⁴, la diligenza non indicherebbe solo il criterio di valutazione del contegno del debitore ma includerebbe anche la funzione di integrazione dell'oggetto dell'obbligazione e ciò, specialmente, in relazione alle obbligazioni di natura professionale.

L'impostazione che intravede nella diligenza una intrinseca capacità di definire, con funzione integrativa, l'oggetto dell'obbligazione, è stata, tuttavia, oggetto di alcune critiche⁷⁵. Secondo i detrattori della prefata tesi, infatti, l'art. 1176 del codice civile ascrive la diligenza alla fase di adempimento dell'obbligazione, obbligazione che deve già, necessariamente, contenere, quale elemento essenziale, la prestazione dovuta, ai sensi dell'art. 1174 del codice civile. Inoltre, posto che la diligenza è riferita esclusivamente *ex latere debitoris*, il contenuto dell'obbligazione, seguendo la teoria dell'integrazione, giungerebbe, inammissibilmente, a definirsi facendo riferimento alla attività diligente in concreto scelta dal debitore, peraltro, mediante una valutazione *ex post*.

⁷² G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche/sezione civile*, vol. XII, Torino, Vol. XII, 1995; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 106 e ss.

⁷³ Per i vari orientamenti cfr. G. D'AMICO, in *Negligenza*, *Digesto delle discipline privatistiche/sezione civile*, vol. XII, Torino, Vol. XII, 1995.

⁷⁴ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 60 ss. Diversamente, come criterio di concretizzazione dell'obbligo di adempiere G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche/sezione civile*, vol. XII, Torino, Vol. XII, 1995, "Il problema, allora, non si pone tanto in termini di «integrazione», ma piuttosto in termini di «concretizzazione» o «specificazione» del vincolo del debitore, nel senso che si tratta di precisare — alla luce soprattutto delle «circostanze» concrete — attraverso quali comportamenti è nei vari casi possibile la realizzazione dell'interesse creditorio. E, in questa prospettiva, è la diligenza il criterio di specificazione per eccellenza. Sotto questo profilo l'opinione diffusa, secondo cui il principio di buona fede opererebbe nel senso di determinare l'estensione (il contenuto) dell'obbligazione, mentre la diligenza definirebbe (solo) il modo (o, come altri dice, il «come») del comportamento dovuto, dovrebbe dunque essere, semmai, ribaltata."

⁷⁵ S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539.

Parte della dottrina⁷⁶ ha, così, teorizzato una differente opzione esegetica in cui l'ambito di applicazione della diligenza si identifica, esclusivamente, con le modalità, *in executivis*, di adempimento di una prestazione già delineata nei suoi contorni, spettando, *ex adverso*, la funzione integrativa dell'obbligazione alla buona fede (oggettiva). Secondo tale ottica, la diligenza non potrebbe, quindi, essere proiettata a svolgere la funzione di strumento integrativo del contenuto del rapporto obbligatorio, essendo preordinata alla valutazione del *quomodo* della prestazione dovuta.

La relazione tra oggetto dell'obbligazione e diligenza è stata ripresa da parte della letteratura giuridica⁷⁷ al fine di distinguere le obbligazioni di mezzi da quelle di risultato, utilizzando una soluzione ibrida rispetto alle predette tesi. In particolare, è stato sostenuto⁷⁸ che mentre la diligenza nelle obbligazioni di mezzi assume a criterio determinativo del contenuto del vincolo, viceversa, nelle obbligazioni di risultato la stessa opera solo come parametro di controllo e valutazione del comportamento del debitore.

Tale teoria, tuttavia, non può essere accolta. La prefata tesi, infatti, risulta giuridicamente inammissibile nel nostro ordinamento.

Dal punto di vista dell'interpretazione letterale, non si scorge la condizione ermeneutica per delineare una siffatta distinzione, posto che nessun riferimento

⁷⁶ S. RODOTÀ, voce *Diligenza* (*dir. civ.*), in Enc. dir., XII, Milano, 1964 p. 539.

⁷⁷ L. DELLI PRISCOLI, *Professionista intellettuale e obbligazioni di mezzi*, in riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig., 2010, p. 356.

⁷⁸ L. DELLI PRISCOLI, *Professionista intellettuale e obbligazioni di mezzi*, in riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig., 2010, p. 356. Nello stesso senso i principi UNIDROIT, 2010, *op. cit.*, 160, articolo 5.1.4, rubricato "Obbligazioni di mezzi e di risultato", in cui nella definizione di obbligazioni di mezzi si afferma: "Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di adoperarsi con diligenza nell'esecuzione della prestazione, quella parte è tenuta a compiere gli sforzi che una persona ragionevole della stessa qualità compirebbe nelle medesime circostanze". Successivamente, nella relazione di commento dedicata all'articolo *de quo* si precisa: "Il grado di diligenza richiesto ad una parte nell'eseguire un'obbligazione varia considerevolmente a seconda della natura dell'obbligazione assunta.". Una interessante posizione si riscontra in A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, in *Obbligazioni*, sub Artt. 1173-1176, IV, Bologna-Roma, 1988, p. 460: "Dove sta allora l'elemento di verità contenuto nella affermazione che la diligenza, in talune obbligazioni, ha un ruolo diverso? Sta nel fatto che, mancando in tali obbligazioni il consueto rapporto comportamento-risultato (o atteggiandosi comunque diversamente tale rapporto), la diligenza «fa corpo», se così si può dire, con il comportamento dovuto, di questo qualifica (e determina) il modo di essere, ossia la qualità della prestazione".

a tale diversificazione è riscontrabile all'interno del codice civile⁷⁹ (e nei codici di settore). Dal punto di vista logico – razionale, appare censurabile, in quanto sostenere che vi sia obbligazione di mezzi allorché la diligenza sia criterio determinativo del contenuto dell'obbligo, significa, semplicemente, dischiudere un vizioso circolo ermeneutico che sposta l'attenzione, senza risolvere la *quaestio*, sull'individuazione delle ipotesi in cui la diligenza assuma siffatta funzione determinativa (a riguardo si pensi all'appalto di opera, ove l'appaltatore non sia un *nudus minister*, al mandato ad acquistare o a vendere un bene determinato, ovvero all'obbligazione del progettista).

La ricerca dell'ossatura della distinzione, abbandonato il terreno della diligenza, si è, quindi, spostata, secondo quanto affermato da parte della dottrina⁸⁰, all'apprezzamento della natura degli interessi che devono essere soddisfatti dalla prestazione. Secondo tale ottica, la dicotomia si baserebbe sul fatto che, mentre nelle obbligazioni di risultato l'interesse primario (o finale) – cioè l'interesse che ha determinato le parti alla stipula del vincolo – s'identifica con l'oggetto del credito (così per es. nelle obbligazioni di consegnare una *res certa*), nelle altre obbligazioni (es. quelle assunte dal medico) emergerebbe una scissione tra quell'interesse finale ed il dover avere del creditore che, invece, consiste in una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi rispetto ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento.

⁷⁹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. CICU E F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XVI, 2, Milano, 1984, p. 50.

⁸⁰ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, pp. 188-189. Tesi successivamente ripresa da G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra «obbligazioni di mezzi» e «di risultato»*, Napoli, 1999, p. 169 ss., secondo il quale le obbligazioni di mezzi (nella maggior parte dei casi) sono caratterizzate, ai fini della loro qualificazione, dall'aleatorietà (oggettiva) del risultato. ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010*, Roma, 2010, p. 162, art. 5.1.5: “*Nel determinare quando l'obbligazione di una parte sia un'obbligazione di mezzi o un'obbligazione di risultato, bisogna avere riguardo tra l'altro a: (a) il modo in cui l'obbligazione è espressa nel contratto; (b) il prezzo fissato nel contratto ed altre clausole del contratto; (c) il grado di rischio che di norma è connesso al raggiungimento del risultato atteso; (d) la capacità dell'altra parte di influire sull'adempimento dell'obbligazione*”. La lettera c del predetto articolo si colloca, dunque, nell'ottica di una possibile scissione tra prestazione e raggiungimento del risultato atteso.

Il codice civile, in effetti, prevede all'art. 1174 c.c., che la prestazione “deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”⁸¹.

Non si può, però, frammentare l'interesse del creditore. In tal modo, infatti, si stravolgono i tradizionali approdi dogmatici⁸², che individuavano nella esatta esecuzione della prestazione la necessaria realizzazione dell'interesse del creditore sotteso al diritto di credito. Mentre, infatti, si sostiene usualmente che l'esatto adempimento della prestazione può essere connaturata da una più o meno ampia aleatorietà, viceversa, ove la stessa sia stata esattamente adempiuta, realizzandosi il diritto di credito, dovrebbe risultare soddisfatto anche l'interesse del creditore alla prestazione, interesse che funge anche da requisito-limite per poter invocare la normativa sull'obbligazione. La soddisfazione dell'interesse del creditore, in tal senso, non è svincolata dall'esatto adempimento della prestazione.

La rivalutazione del ruolo normativo dell'art. 1174 c.c., per le obbligazioni *ex contractu*, è stata, peraltro, recentemente prospettata dalla stessa giurisprudenza sia sotto l'aspetto, invero ancor oggi dibattuto, della risoluzione per inutilizzabilità della prestazione⁸³, sia sotto il profilo del risarcimento del

⁸¹ F. ROLFI, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2006, pp. 506 ss.. Critico sulla rilevanza giuridica dell' art. 1174 c.c. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.* 1968, I, 202, Tale Autore, peraltro, pur accogliendo la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi riferisce che la differenza debba essere riscontrata in riferimento alla modifica della realtà cui deve sfociare il comportamento volontario del debitore oppure al tipo di atti in cui quest'ultimo deve concretarsi anche alla luce del senso che parti hanno attribuito alla prestazione nella loro pattuizione. In senso diametralmente opposto in merito alla rilevanza dell'art. 1174 c.c. cfr. C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 34.

⁸² C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 43. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, in *Obbligazioni, sub Artt. 1173-1176*, IV, Bologna-Roma, 1988, p. 274: “*L'aver già precisato che l'obbligazione non è solo dovere di comportamento del debitore ma dovere finalizzato al raggiungimento dell'interesse creditorio può consentire di affermare che l'impossibilità del raggiungimento di siffatto risultato priva di giustificazione il mantenimento del vincolo*”.

⁸³ Cass. civ. Sez. III, 24-07-2007, n. 16315: “*In tal caso, il venir meno dell'interesse creditorio determina invero l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale (art. 1174 c.c.). E ove come nella specie il rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno dell'interesse creditorio comporta la irrealizzabilità della causa concreta del medesimo, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa di relativa estinzione. Il venir meno dell'interesse creditorio e della causa del contratto che ne costituisce la fonte, va al riguardo sottolineato, può essere invero determinata anche dalla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione*”.

danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale⁸⁴ (l'art. 1174 c.c. prevede la possibilità di cristallizzare un interesse anche non patrimoniale del creditore), sia, infine, con riferimento all'abuso del diritto.

L'interesse del creditore deve, però, obiettivizzarsi all'interno del rapporto obbligatorio, non avendo, tendenzialmente, alcuna rilevanza giuridica i motivi soggettivi (salvo ipotesi eccezionali es. artt. 624, 787 e 1345 c.c.). Si intravede, dunque, seppur in maniera sfumata, la presenza di limiti e confini che intercorrono tra vantaggi (o interessi) giuridicamente rilevanti rispetto ad altri aventi natura meramente economica. Da un lato, è, infatti, possibile che a diretti vantaggi economici possa seguire solo indirettamente una rilevanza giuridica (es. trasporto di cortesia), dall'altro lato, viceversa, è anche possibile che attraverso il raggiungimento di utilità giuridiche si conseguano indirettamente vantaggi economici (es. riconoscimento di un figlio all'interno del testamento).

Individuare nelle obbligazioni di mezzi un interesse finale extragiuridico (tendenzialmente di natura fattuale) che non si conosce, *a priori*, se la prestazione sia idonea a realizzare, significa nuovamente riproporre, questa volta sotto l'aspetto degli interessi, la dicotomia tra ciò che risulta pienamente conseguibile da ciò che, invece, appare solamente sperato.

Specialmente nell'ambito dell'autonomia negoziale⁸⁵, che oggi deve essere collocata, oltre che nell'art. 41 Cost., all'interno dell'art. 2 della Cost., come diritto che permette all'individuo di sviluppare la sua personalità, il singolo risulta essere, tendenzialmente, legittimato a perseguire ogni interesse, anche individuale (es. art. 1379 o 1411 c.c.).

Spetta, dunque, alla persona procedere alla selezione degli interessi che intende conseguire attraverso la manifestazione della propria autonomia negoziale, ciò anche creando figure giuridiche atipiche. In quest'ambito, gli interessi

⁸⁴ C. Cass., Sez. Unite, 11-11-2008, n. 26972: “*Che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*”.

⁸⁵ G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011.

rappresentano, infatti, l'elemento essenziale entro il quale orbitano gli strumenti di diritto privato a disposizione dei consociati.

Il privato può, infatti, procedimentalizzare⁸⁶ la soddisfazione di un proprio interesse attraverso l'apposizione di una condizione ovvero di un termine o di un *modus*, mediante la creazione del legame tra preliminare e definitivo, utilizzando vincoli di destinazione, attraverso la configurazione del meccanismo di surrogazione reale nel pegno rotativo ecc.

Gli interessi, inoltre, non sono statici ma intrinsecamente dinamici, dunque, suscettibili di mutare, ancorché per avere rilevanza giuridica devono, comunque, essere filtrati attraverso le maglie del diritto, come avviene ad esempio nella offerta di riparazione del bene per la vendita di cosa specifica regolata nel codice civile, ovvero nella transazione novativa.

Tutto ciò rende difficilmente prospettabile una ripartizione che investe l'oggetto dell'obbligazione, come la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, posto che l'interprete con tale classificazione cerca di imprigionare in forme rigide, ciò che, alla luce dell'autonomia negoziale, è per sua natura magmatico.

Per tale ragione, non è, per esempio, possibile imputare la *locatio operarum* (lavoro subordinato) nella categoria delle obbligazioni di mezzi e la *locatio operis* (lavoro autonomo) tra le obbligazioni di risultato⁸⁷.

⁸⁶ Ciò può anche avvenire mediante un negozio di configurazione, *cfr.* G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1993 “Ciò induce a richiamare, sul piano teorico, la categoria del negozio di configurazione, emergente dai più approfonditi studi della moderna dottrina civilistica, avendo essa preciso carattere qualificante ed essendo, a nostro avviso, suscettibile della più ampia applicazione - come schema espressivo del peculiare atteggiarsi dell'intento volto al perseguimento di qualsivoglia finalità meritevole di tutela - ove la determinazione di privata autonomia, sulla quale la sequenza si fonda, non abbia valore di promessa contrattuale immediatamente vincolante, ma sia destinata a realizzarsi *ex post*, attraverso la libera attuazione dell'assetto di interessi previsto dalle parti”.

⁸⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192, nota 25. Secondo l'A.: “Da quanto si è detto nel testo risulta fin d'ora che la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato» non trova uno specifico riscontro nella contrapposizione tra obbligazione di lavoro e obbligazione d'opera. La *locatio operarum* implica sempre un'obbligazione «di mezzi», perché il risultato finale di lavoro dipende da una complessa organizzazione d'impresa, sulla quale il lavoratore non ha potere e nella quale il suo lavoro si inserisce come elemento organizzato. Ma non è vero, reciprocamente, che al lavoro autonomo (*locatio operis*) si ricolleggi, in ogni caso, una obbligazione «di risultato». Nonostante l'autonomia del prestatore d'opera altre circostanze - quali la forte aleatorietà del risultato finale - possono escludere la realizzazione di tale risultato dall'oggetto del vincolo. Il contratto del medico col cliente è l'esempio classico della dottrina delle c.d. obbligazioni di mezzi o di diligenza (salvo forse il campo della chirurgia

Alla luce di quanto prefato, sorta l'obbligazione, occorre, quindi, valutare se la prestazione dovuta sia stata o meno adempiuta, ossia se il debitore abbia o meno espletato l'attività ed, in caso di inadempimento, determinare quale sia esattamente il danno per il creditore. E' necessario, dunque, valutare l'esattezza del contegno del debitore, mediante l'utilizzo delle *legis artis* e, solo successivamente, stimare l'eventuale danno arrecato alla sfera del creditore anche in relazione al *quantum lucrari potui*.

1.4 L'obbligazione del professionista

Il capo II, titolo III, libro V del codice civile è dedicato alla disciplina dell'esercizio delle professioni intellettuali (*exempli gratia* medico, notaio, avvocato, ingegnere, architetto). Le predette fattispecie contengono norme e principi cardine per lo svolgimento dell'attività di natura intellettuale, pur trattandosi di disposizioni che devono essere integrate ed attuate anche alla luce delle leggi speciali, dei regolamenti e dei codici deontologici che disciplinano lo svolgimento delle singole professioni⁸⁸.

Gli articoli 2229 – 2238 del codice civile regolamentano il contratto d'opera intellettuale quale sottocategoria del contratto d'opera *ex art.* 2222 del codice civile. L'articolo 2230 c.c. prescrive, infatti, l'applicabilità delle norme sul contratto d'opera, ove compatibili.

Il legislatore, inoltre, distingue tra l'attività di impresa, espletata ai sensi dell'art. 2082 c.c. e la prestazione di opera intellettuale, in ragione del fatto che solamente il prestatore d'opera, a differenza dell'imprenditore, è tenuto ad eseguire "personalmente" l'incarico assunto.

Tale separazione, tuttavia, non è assoluta e impermeabile, in quanto lo stesso *conditor legum* nell'art. 2238, primo comma, prescrive che l'esercizio di una professione intellettuale non è di per sé ostativa all'acquisto della qualità di

estetica). Eppure si tratta di un contratto disciplinato dalla legge come una sottospecie del contratto d'opera".

⁸⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig.*, XIV, Torino, 23 ss.; G. MARCHETTO, A. PRADI, *Professioni Intellettuali*, Digesto, 1997

imprenditore, ove l'esercizio della professione venga svolto attraverso un'attività organizzata in forma di impresa. Peraltro, la distinzione risulta ulteriormente mitigata dalla possibilità di costituire società tra professionisti (ed anche società tra avvocati). L'articolo 3, d.lgs. 2005 n. 206, prescrive, inoltre, in relazione all'individuazione dell'ambito di applicazione del codice del consumo, una *reductio ad unitatem* delle due figure, definendo come professionista sia l'imprenditore, sia colui che agisce nell'esercizio della propria attività professionale.

Gli elementi caratterizzanti il contratto d'opera intellettuale sono, comunque, individuabili, da un lato, nella prevalenza del carattere intellettuale della prestazione rispetto al lavoro manuale, dall'altro lato, nella discrezionalità del prestatore d'opera nell'esecuzione della prestazione. Nella prestazione di opera intellettuale la discrezionalità è realizzata, invero, dalla scelta della *lex artis* più idonea alla soluzione del caso concreto. La scelta della soluzione tecnica più appropriata, per l'esatta esecuzione della prestazione, avviene attraverso l'utilizzo delle energie e delle conoscenze intellettuali in possesso del debitore. La presenza di questi elementi qualificanti ha contribuito, per un lungo periodo di tempo, alla collocazione dell'obbligazione del professionista intellettuale all'interno delle obbligazioni di mezzi (salvo i casi in cui il prestatore d'opera intellettuale si fosse obbligato alla consegna di un *opus*⁸⁹).

Il legame instaurato, per lungo tempo, tra le *operae liberales* e le obbligazioni di mezzi è stato il terreno più fertile, per riempire di contenuto la distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi.

Il punto di contatto tra le obbligazioni di mezzi e le professioni intellettuali veniva rinvenuto, infatti, proprio nel carattere qualitativamente intellettuale dell'attività del debitore, la cui attuazione, indipendentemente dalla concretizzazione del risultato soggettivamente atteso dal creditore, costituiva

⁸⁹ C. Cass. 21/07/1989, n. 3476 “questa Corte osserva, in linea generale, che il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale si inquadra nella categorie del lavoro autonomo e comporta per il professionista, normalmente, obbligazioni di mezzi, nell'adempimento delle quali egli è tenuto ad usare la diligenza del "buon padre di famiglia" (la "perizia" va valutata secondo quella "Media" dei professionisti della stessa categoria), che la natura dell'attività esercitata esige ai sensi dell'art. 1176 c.c., tranne che nei casi - tra i quali rientra quello di specie - in cui al professionista sia stato richiesto dal cliente un "opus", perché in tali casi le obbligazioni da lui assunte sono "di risultato".

l'esatto adempimento della obbligazione, producendo, dunque, la scissione tra i mezzi ed il risultato anelato. Ciò comportava un'indiscussa area di privilegio in favore del prestatore di opera intellettuale rispetto alle altre categorie di debitori.

Tale situazione era ulteriormente rimarcata da un cieco affidamento del creditore che non era in possesso delle medesime conoscenze del debitore, da un sovente arretrato livello di approfondimento scientifico, nonché dalla pressoché assenza di analisi di natura statistica.

Questo privilegio, da un altro angolo prospettico, veniva, però, in parte giustificato dalla necessità di evitare al professionista remore che lo inducessero ad un *non facere*, in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà (si pensi, *exempli gratia*, ad un intervento chirurgico di emergenza ad altissimo rischio, doveroso, pur di fronte alla possibilità di esito infausto).

L'esigenza *de qua*, tuttavia, era già stata presa in considerazione dallo stesso legislatore che, nel formulare l'art. 2236, secondo comma, del codice civile, ha prescritto, nell'ambito delle professioni intellettuali, la responsabilità solamente per dolo o colpa grave del prestatore d'opera intellettuale che svolga la sua attività in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà. Tale disposizione, sotto il profilo logico-sistematico, si pone in relazione all'art. 1176, secondo comma, del codice civile, in rapporto di integrazione per complementarietà e non già per specialità⁹⁰.

Peraltro, secondo l'interpretazione, ormai costante, della giurisprudenza, l'art. 2236 comporta una valutazione meno stringente solamente della "perizia". La giurisprudenza⁹¹, infatti, è orientata nel senso che l'esigenza di un

⁹⁰ C. Cass. 15.01.2001 n. 499 "In tema di responsabilità professionale la relazione tra gli art. 1176 e 2236 c.c. è di integrazione per complementarietà e non già per specialità, cosicché vale come regola generale quella della diligenza del buon professionista (art. 1176, comma 2) con riguardo alla natura dell'attività prestata, mentre quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera la successiva norma dell'art. 2236 c.c., delimitando la responsabilità professionale al dolo o alla colpa grave". A. SPINELLI FRANCALANCI, *La responsabilità contrattuale dell'avvocato: la diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico. Rapporto tra gli artt. 1176 e 2236 c.c.*, in *GI*, 2003, 3 p. 461.

⁹¹ Cass. civ. Sez. III, 29/09/2004, n. 19560, in *Danno e Resp.*, 2005, 2, p. 213 "La limitazione della responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c. si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà (perché trascendono la preparazione media o perché non sono stati ancora studiati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo ai metodi da adottare) e, in ogni caso, tale

accertamento della gravità della colpa, ove sussistano oggettive difficoltà tecniche, riguarda solamente codesto aspetto, mentre è, viceversa, sufficiente la colpa lieve se vi sia stata “imprudenza o negligenza”. Si sostiene giustamente, infatti, che nonostante l’attività richiesta sia piuttosto complessa, non potrà il professionista essere meno prudente o diligente di quanto si richieda nella cd. attività di *routine*, dovendo quantomeno mantenere i medesimi *standards*, al fine di evitare un abbassamento del livello richiesto che funga da rifugio per leggerezze inescusabili.

L’ambito di applicazione dell’articolo 2236 del codice civile è stato, tuttavia, spesso fortemente ridotto dalle applicazioni giurisprudenziale. La fattispecie prevista dal secondo comma dell’art. 2236 c.c., tende, infatti, a dileguarsi⁹² a fronte di una giurisprudenza⁹³ che individua nell’espressione “speciale difficoltà” una opzione ermeneutica fortemente restrittiva, costituita da casi straordinari od eccezionali tali da non essere adeguatamente studiati dalla scienza e sperimentati nella pratica, ovvero da casi in cui dalla letteratura o dalla scienza emergano diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi tecnici di soluzione, tra i quali il debitore operi la sua scelta.

limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione; la sussistenza della negligenza va valutata in relazione alla specifica diligenza richiesta al debitore qualificato dall'art. 1176, comma secondo, c.c. ed il relativo accertamento compete al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato”. C. Cass. 2010 n. 20790, in NGCC 2010, p. 369, “Anche se l’esecuzione dell’intervento richiede la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista ha l’obbligo – per tutte le fasi dell’intervento, anche per quelle post-operatorie – di adottare tutte le precauzioni per impedire prevedibili complicazioni e di adoperare tutta la scrupolosa attenzione che la particolarità del caso richiede, secondo la prudenza e la diligenza esigibili dalla specializzazione posseduta; per l’inosservanza di tali obblighi il medico risponde anche per colpa lieve”. Cass. civ. Sez. III, 27-10-2011, n. 22398: “In relazione alla inosservanza dell’obbligo di espletare la visura dei registri immobiliari in occasione di una compravendita immobiliare, il notaio non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall’art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in quanto tale inosservanza non è riconducibile ad un’ipotesi di imperizia, cui si applica quella limitazione, ma a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del secondo comma dell’art. 1176 c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve”.

⁹² V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 305.

⁹³ Cass. civ. Sez. III, 08-03-1979, n. 1441

A tale interpretazione restrittiva, però, ha fatto seguito il ricorso, da parte della giurisprudenza, ad un regime più mite di responsabilità per il debitore intellettuale, proprio mediante l'elaborazione dell'obbligazione di mezzi che addossa al creditore la dimostrazione del mancato assolvimento dell'onere di diligenza (*cf.* cap. 3).

Il regime di *favor debitoris* previsto dall'art. 2236 c.c., veniva, dunque, riproposto, *mutatis mutandis* attraverso l'*escamotage* delle obbligazioni di mezzi. Fattori non controllabili dell'obligato caratterizzati da difficoltà che, ancorché non "speciali", come richiesto nell'art. 2236 c.c., denotando l'incertezza del "risultato", consentivano di catalogare quest'ultime come obbligazioni di mezzi, rendevano sostanzialmente egualmente mitigata la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, frammentando però una disciplina più favorevole che il legislatore aveva già preso in considerazione in maniera unitaria⁹⁴.

L'equazione tra incertezza del risultato e obbligazione di mezzi rendeva, però, ancor più indeterminato il labile confine delle obbligazioni di mezzi, considerato che il risultato costituisce un bersaglio mobile, il quale, usualmente, può essere fissato dall'interprete a distanze diverse⁹⁵ e che il *conditor legum* ha attribuito rilevanza alla "speciale difficoltà" dell'attività del debitore, indipendentemente dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato.

Inoltre, il legislatore, tra l'altro, proprio all'interno della disciplina delle professioni intellettuali utilizza, nell'articolo 2237 c.c., secondo comma, il lemma "risultato" (così come nell'art. 2225 c.c.), sicché la stessa qualificazione della prestazione intellettuale come obbligazione di mezzi sembra elidere anche tale dato positivo.

All'interno delle professioni intellettuali, poi, a rendere ancor più indefinita tale distinzione, vi era l'orientamento esegetico che distingueva tra le singole e diverse professioni intellettuali, differenziando, per esempio, tra ingegnere

⁹⁴ A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e respons.*, 2008, p. 871.

⁹⁵ A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *corr. giur.*, 2005, p. 39.

progettista (in cui si riscontrava una obbligazione di risultato⁹⁶) e avvocato (a cui faceva capo un'obbligazione di mezzi), nonché, all'interno di una unitaria categoria professionale, come quella dell'operatore sanitario, tra obbligazioni che erano valutate alla stregua di obbligazioni di risultato (es. chirurgia estetica⁹⁷) e obbligazioni che, proprio per la difficoltà di esecuzione, erano inquadrate tra le obbligazioni di mezzi.

Ciò, però, ha solo costituito fonte d'incertezza in quanto, l'evoluzione scientifica e tecnologica, spesso, ha condotto l'interprete ad un travaso delle obbligazioni di mezzi in obbligazioni di risultato, in quanto l'utilizzo di strumenti tecnici, sempre più evoluti (ancorché non posseduti da tutti i professionisti), consentiva di spostare più in là il "risultato" giuridicamente conseguibile dal creditore.

A tale indeterminatezza di fondo, le Sezioni Unite della Cassazione hanno risposto dando avvio ad un percorso esegetico rivolto a superare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e ciò è avvenuto con particolare riferimento alla responsabilità del medico.

Questo sentiero ermeneutico, tuttavia, è lungi dall'essere giunto a un definitivo superamento della dicotomia *de qua*. La distinzione, infatti, sopravvive negli *obiter dicta* della stessa Cassazione⁹⁸, nelle cui decisioni affiora spesso, più o meno velatamente, un'adesione al valore ontologico della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

1.4.1 L'attività medica

L'esercizio della professione medica è stata una delle principali fonti di concretizzazione, per gli operatori del diritto, della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁹⁹.

⁹⁶ C. Cass. 21. 03. 1997 n. 2540, in *Corr. giur.*, 1997, p. 547

⁹⁷ V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 306.

⁹⁸ Cass. civ. Sez. II, Sent., 16.11.2012, n. 20216; Cass. civ. Sez. III, Sent., 14.12.2010, n. 25234; Cass. civ. 3.12.2009, n. 25396.

⁹⁹ A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, *Corr. giur.*, 2005, p. 38. In Italia, la distinzione è stata per la prima volta enunciata in ambito medico da Cass. 21.12.1978 n. 6141, pubbl. in *G. it.*, 1979, I, 1, p. 953 nonché in *F. it.* 1979, I, p. 4,

L'attività medica ha, infatti, sollevato, negli ultimi decenni, diverse diatribe giuridiche, avendo, la stessa, subito un profondo cambiamento, che ha, principalmente, riguardato: l'esaltazione delle diverse specializzazioni mediche e dell'attività di equipe, la valorizzazione del consenso del paziente, la rivalutazione del ruolo della struttura sanitaria, l'emersione di nuovi trattamenti, come quelli di chirurgia estetica e ricostruttiva, di potenziamento fisico e muscolare, di modificazione della struttura anatomica, come la sterilizzazione e la modificazione dei caratteri sessuali esterni¹⁰⁰.

Il legislatore, tuttavia, non ha previsto, all'interno del codice civile, una normativa specifica in materia di responsabilità derivante dall'esercizio della professione sanitaria, regolamentando, in generale, solamente l'obbligazione del professionista intellettuale (il *conditor legum* ha, invero, recentemente, regolato frammenti di disciplina della responsabilità medica attraverso il D. L. 2012 n. 158, art. 3, convertito, con modifiche, dalla legge 8 novembre 2012 n. 189).

In tale contesto di profonda trasformazione sono, però, inevitabilmente, emerse, da un lato, nuove questioni giuridiche e, dall'altro, nuove soluzioni a tematiche remote¹⁰¹.

Tra le questioni che maggiormente hanno animato la giurisprudenza e la letteratura giuridica, ha assunto un ruolo predominante la qualificazione della natura giuridica della responsabilità medica.

Secondo il tradizionale orientamento occorreva, infatti, distinguere tra il medico operante all'interno di una struttura sanitaria pubblica e il medico titolare di un privato studio medico. Solamente in quest'ultima ipotesi, infatti, si riteneva potesse trovare applicazione la disciplina contrattuale, con il relativo *onus probandi* ed il beneficio, per il paziente, dei termini prescrizione,

secondo quanto riferisce G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *riv. dir. civ.*, 2006, p. 146 nota 14.

In Francia, la Corte di Cassazione ha per la prima volta utilizzato, in relazione alla responsabilità medica, tale distinzione in un caso del 20.05.1936, secondo quanto riferisce A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, pg. 144.

¹⁰⁰ M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *riv. dir. civ.*, 2001, 2, p. 325.

¹⁰¹ M. ZANA, *La responsabilità del medico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, I, p. 159 ss.; R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari modelli e funzioni*, Padova, 2007, p. 130

ampliati a dieci anni. Il sanitario operante in un nosocomio pubblico, invece, non perfezionando alcun contratto, si sosteneva dovesse essere assoggettato alla responsabilità aquiliana¹⁰². Ad acuire il *favor debitoris* per il medico operante all'interno di un ospedale pubblico, oltre al propizio regime della responsabilità extracontrattuale, era anche l'applicazione della limitazione di responsabilità prescritta dall'art. 2236 del codice civile.¹⁰³

La giurisprudenza¹⁰⁴ applicava, dunque, il concorso improprio tra responsabilità aquiliana per il medico e responsabilità contrattuale della struttura pubblica, peraltro sostenendo che l'art. 2236 c.c. trovasse anche applicazione a favore della struttura sanitaria.

Non mancarono, tuttavia, tentativi¹⁰⁵ di ricondurre anche la responsabilità del medico al paradigma contrattuale, rivalutando il contratto (di lavoro) con la struttura, quale contratto a favore di terzo, ossia del paziente.

Questa impostazione esegetica fece, però, emergere severe obiezioni posto che, al momento del perfezionamento del contratto di lavoro, da un lato, il paziente non è individuato o individuabile, dall'altro lato, è difficilmente equiparabile al terzo, ai sensi dell'art. 1411 del codice civile (il paziente non deve, infatti, eventualmente rifiutare la prestazione ma, al contrario, prestare il necessario consenso alle cure).

¹⁰² Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in Giur. It., 1999, 2279 “*La responsabilità dei medici, mediante l'opera dei quali l'ospedale rende al paziente il servizio richiestogli, in considerazione dell'assenza di un rapporto tra medico e paziente, è da considerare una responsabilità extracontrattuale*”.

¹⁰³ Cass. 1971 n. 1282, in Giur. it., 1971, I, p. 1396 “*Tuttavia un più attento esame convince che l'art. 2236 codice civile può e deve trovare applicazione oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale, in quanto che esso prevede la responsabilità per l'attività dei professionisti in generale, cioè sia che essa si svolga nell'ambito di un contratto e costituisca perciò adempimento di una obbligazione contrattuale, sia che venga riguardata al di fuori del rapporto contrattuale vero e proprio e perciò solo come possibile fonte di responsabilità extracontrattuale*”.

¹⁰⁴ Cass. civ., 24 marzo 1979, n. 1716, in Giust. civ., 1979, I, p. 1440 “*L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero, oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale. Contratto, questo che viene concluso tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico nei confronti del paziente l'obbligazione di svolgere attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. Parte del contratto d'opera professionale, e nel conseguente rapporto obbligatorio, è l'ente ospedaliero ed esso soltanto, non anche il medico dipendente che provvede in concreto allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica*”.

¹⁰⁵ F. STADERINI, *La responsabilità degli operatori sanitari verso i terzi e verso l'amministrazione*, in Nuova rass, 1986, p. 699. L'A. rivaluta il rapporto che intercorre tra la struttura e il medico, pur non facendo esplicitamente riferimento al contratto a favore di terzo.

Parte della giurisprudenza¹⁰⁶ iniziò, dunque, a cercare nuove strade, al fine di giungere all'applicazione della responsabilità contrattuale, valorizzando, in particolare, l'art. 28 della Costituzione. Tuttavia, anche tale percorso ermeneutico si prestava all'obiezione che la norma costituzionale menzionata risulta essere preordinata semplicemente a statuire la diretta responsabilità dei funzionari e dei dipendenti, rimanendo silente sul piano della natura di tale responsabilità (contrattuale o extracontrattuale).

La ricerca rivolta a ricondurre nell'alveo della disciplina contrattuale la responsabilità del medico ospedaliero celava, però, un fondo di verità. Difficilmente, infatti, il medico può essere equiparato a un *quisque de populo*, posto che la vicenda giuridica non incomincia con l'eventuale danno, ma si struttura come rapporto in cui il paziente affida la propria salute alle cure mediche. Inoltre, se la responsabilità del medico fosse ascritta nell'ambito della responsabilità aquiliana, quest'ultima, sarebbe configurabile solo in presenza di un danno, in virtù del generico *neminem laedere*, inteso come interesse negativo e non come esigenza di ottenere un risultato positivo o, comunque, non peggiorativo della salute.

Alla luce di tali risvolti occorre, dunque, rivedere i confini tra contratto e torto. Ciò è avvenuto proprio attraverso la responsabilità da contatto sociale qualificato (*Haftung aus sozialen Kontakt*)¹⁰⁷.

La responsabilità contrattuale, infatti, costituisce una sineddoche attraverso cui si cristallizza una responsabilità per inadempimento di una obbligazione e non solamente e semplicemente di un contratto. Le fonti che costituiscono obbligazioni, individuate dall'art. 1173 del codice civile, costituiscono, tuttavia, un catalogo aperto.

Proprio in relazione a tale dato normativo, è emersa, sia in dottrina che in giurisprudenza, una tendenza a rivalutare l'ultimo inciso dell'art. 1173 c.c. “ogni atto o fatto idoneo a produrle secondo l'ordinamento giuridico”, al fine di ascrivere alla responsabilità contrattuale una serie di fattispecie concrete in

¹⁰⁶ Cass. 1988 n.2144, in Foro It., I, p. 2296. Cass. 1995 n. 4152, in riv. it med. leg. 1997, p. 1073.

¹⁰⁷ Per un'analisi comparata tra diritto italiano e diritto tedesco cfr. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del <<contatto sociale>>)*, in riv. dir. civ., 2013, p. 77 ss.

forza della teoria del contatto sociale qualificato, contatto che, per il particolare affidamento che ingenera, è idoneo a far sorgere obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico.

La teoria del contatto sociale qualificato è stata applicata dalla giurisprudenza in diverse fattispecie: si pensi alla responsabilità dell'insegnante per il danno che l'alunno si cagiona da solo¹⁰⁸.

Siffatta impostazione esegetica è ormai, pacificamente, adottata dalla Corte di Cassazione¹⁰⁹ anche nei confronti del medico ospedaliero inserito in una struttura pubblica. Ciò consente di qualificare, proprio in ragione delle prefate argomentazioni, la natura della responsabilità del sanitario nel paradigma contrattuale. Si tratta, tuttavia, di una responsabilità contrattuale che non deriva da un contratto cd. di fatto, posto che il paziente non è titolare di una posizione contrattuale bensì di una obbligazione in suo favore, né da una obbligazione senza prestazione (di mera protezione), posto che la caratteristica dell'attività medica risulta essere proprio quella di rendere una prestazione sanitaria, una cura, al paziente.

Allo stesso tempo si ritiene, inoltre, che la struttura ospedaliera risponda in virtù del contratto atipico di ospedalità stipulato con il paziente, anche per fattori diversi (es. di gestione od organizzazione) rispetto ai quali può insorgere una responsabilità del medico. Alla Azienda sanitaria non è, però, possibile applicare l'art. 2236 del codice civile che presuppone l'esercizio di una professione intellettuale¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cass. sez. un., 2002 n. 9346.

¹⁰⁹ Cass. 1999 n. 589

¹¹⁰ Trib. Potenza 20.07.2010, *“Il contratto concluso dal paziente con la struttura sanitaria deve inquadrarsi non già nella figura della prestazione d'opera intellettuale, che implicherebbe l'estensione all'ente della disposizione di cui all'art. 2236 c.c. nonché la necessità di individuare ai fini della responsabilità della persona giuridica un fatto doloso o colposo di un dipendente, bensì nella fattispecie del contratto di ospedalità, determinante l'insorgenza di obbligazioni di natura complessa, le quali vanno dalla prestazione di diagnosi e di cura a quelle lato sensu alberghiere (alloggio, ristorazione), oltre che di sicurezza ed organizzative. In tal senso, quello della prestazione medica in senso stretto diventa un momento dello sviluppo contrattuale che si compone di un fascio di prestazioni complesse il cui adempimento diligente è presupposto per l'esclusione di ogni responsabilità. Acclarata, dunque, la natura contrattuale della responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente, la stessa può conseguire all'inadempimento delle obbligazioni poste direttamente a carico della struttura, ex art. 1218 c.c., nonché, in virtù dell'art. 1228 c.c., dall'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque*

In tal modo si è, dunque, giunti ad una sostanziale equiparazione della disciplina della responsabilità, per medesimi eventi dannosi, tra il medico incardinato in una struttura pubblica ed il professionista che svolga l'attività sanitaria in una struttura privata.

Valorizzato, dunque, l'elemento del rapporto tra medico e paziente occorre chiedersi se possa applicarsi la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Distinzione che avrebbe avuto scarsa utilità e coerenza, dal punto di vista morfologico, per il medico inserito in una struttura pubblica, ove tale responsabilità fosse stata ricondotta alla responsabilità aquiliana posto che, in tale evenienza, l'obbligazione risarcitoria sorge solamente in presenza di un fatto illecito.

In effetti, proprio la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato assume una considerevole rilevanza in ambito medico, in quanto, la distinzione *de qua* è stata, per molto tempo, applicata dalla giurisprudenza.

L'obbligazione medica ha rappresentato, infatti, secondo i giudici di legittimità, una tipica obbligazione di mezzi. L'operatore sanitario, si sostiene, non risulta tenuto a garantire l'esito positivo delle cure prestate. Da tali premesse giuridiche discende, dunque, che il medico, nell'ipotesi in cui il malato non guarisca, avrà comunque adempiuto la sua obbligazione ove abbia diligentemente scelto e applicato le cure appropriate per garantire la guarigione (abbia cioè curato il paziente). Viceversa, risulterà inadempiente, anche ove il malato sia guarito, qualora abbia ommesso le cure appropriate o commesso un errore terapeutico. Ciò, pur in concreto potendo non rilevare sul piano risarcitorio, avrà comunque dirette ripercussioni sul diritto al compenso¹¹¹.

La qualificazione della responsabilità del medico come obbligazione di mezzi, astretta in una definizione totalizzante e perentoria ha, tuttavia, presto mostrato le sue lacune. L'astrazione di una categoria, quella delle obbligazioni di mezzi, in un settore particolarmente esteso (l'ambito sanitario), ha condotto ad un'eccessiva indeterminatezza dei confini della obbligazione, sicché si è reso

sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in senso contrario la circostanza che il sanitario risulti essere anche di fiducia dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto".

¹¹¹ M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *riv. dir. civ.*, 2001, 2, p. 325

necessario effettuare una successiva opera di ortopedia, escludendo, in concreto, alcune specifiche ipotesi. La giurisprudenza aveva, in tal senso, riportato nel novero delle obbligazioni di risultato alcune forme di responsabilità medica come la chirurgia estetica¹¹².

Successivamente, però, anche all'interno dell'eccezione rappresentata dagli interventi di chirurgia estetica, si sono rese necessarie ulteriori precisazioni che hanno condotto ad individuare nell'ipotesi di chirurgia plastica ricostruttiva (es. rimozione di tatuaggi) una obbligazione di mezzi, in cui gli stessi doveri di informazione del medico sui possibili esiti dell'operazione, rimanevano affievoliti¹¹³.

Lo sviluppo delle conoscenze mediche, inoltre, ha influito sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, cosicché, in una sorta di processo osmotico, le obbligazioni di mezzi travasavano in obbligazioni di risultato per la scoperta di nuove tecniche di cura che rendevano, statisticamente, pressoché certa la totale guarigione da patologie rispetto alle quali, in passato, invece, difficilmente si guariva.

Tutto ciò ha portato, inevitabilmente, al superamento dell'astratta e statica ripartizione tra mezzi e risultati, in vista di una concretizzazione della prestazione dovuta, realizzata mediante la valorizzazione delle esigenze della fattispecie concreta, anche in relazione al consenso informato¹¹⁴.

Il rilascio del consenso informato del paziente, libero, attuale e consapevole dei rischi, manifestazione del diritto costituzionalmente garantito

¹¹² Cass. 1994 n. 10014. “Se è pacifico, peraltro, che l’obbligazione assunta dal sanitario è in generale – adottando quella distinzione - “di mezzi”, il problema si pone in forma parzialmente diversa nell’ambito della chirurgia estetica, in cui il chirurgo estetico può assumere una semplice obbligazione di mezzi, ovvero anche una obbligazione di risultato, osservandosi tuttavia che quest’ultimo - come esattamente rilevato dalla Corte di merito - non costituisce, comunque, un dato assoluto, dovendosi viceversa valutare con riferimento alla situazione pregressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie”; Critico su siffatta distinzione M. BILANCETTI, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *giur. it.*, IV, 1997, p. 354; V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 306.

¹¹³ Cass. 1997 n. 3046, in *Corr. giur.*, 1997, p. 546, con nota di V. CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*.

¹¹⁴ N. TODESCHINI, *Malpractice medica e responsabilità civile*, in *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, II, Il diritto privato nella giurisprudenza a cura di P. Cendon, Torino, 2009, p. 1178.

all'autodeterminazione terapeutica, pur costituendo presupposto di legittimità per l'operare del medico, risulta, infatti, neutro rispetto alla distinzione *de qua*. La necessaria indicazione dei rischi da parte dell'operatore sanitario è, quindi, un chiaro indice dell'imprescindibile concretizzazione dell'attività dovuta dallo stesso, in ragione delle peculiarità che il paziente presenta. Ciò dimostra come qualsiasi operazione medica possa, *ex ante*, presentare dei rischi più o meno statisticamente verificabili che devono essere oggetto di anamnesi concreta. Un intervento medico (es. operazione estetica o odontoiatrica) che, accogliendo la distinzione tra mezzi e risultato, secondo parte della giurisprudenza, dovrebbe essere annoverato come obbligazione di risultato, per le caratteristiche del paziente potrebbe essere eseguibile solamente affrontando alti margini di rischio. In tale ipotesi, non è sufficiente verificare che il risultato materiale sia stato, comunque, conseguito dal medico, ma occorre esaminare se, quest'ultimo, dopo aver ricevuto il consenso informato del paziente, abbia correttamente utilizzato le *leges artis* della scienza medica per neutralizzare i rischi che quel soggetto presentava anche in ragione di patologie pregresse, esplicitamente dichiarate.

In tal senso, le stesse linee guida, secondo la giurisprudenza¹¹⁵, avevano il solo fine di orientare l'attività del medico rappresentando, in astratto, un valido ausilio, inidoneo, tuttavia, ad esonerare automaticamente il sanitario da responsabilità penale e civile, in ragione sia della imprescindibile attenzione dovuta al caso clinico concreto, sia dell'autonomia e libertà delle scelte terapeutiche che caratterizzano l'attività del medico, costituendo semmai, ove ricognitive della miglior scienza, un parametro indiretto per la valutazione della colpa.

Recentemente, il legislatore ha, però, attribuito alle *guidelines*, attraverso il D. L. 2012 n. 158, art. 3, una valenza giuridica diretta, sia sotto il profilo penale, esonerando il medico dalla colpa lieve ove quest'ultimo si attenga alle linee guida, sia sotto l'aspetto civilistico, prescrivendo al giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, di tener conto, ai sensi dell'art.

¹¹⁵ Cass. 2012 n. 35922.

1176 c.c., dell'avvenuta applicazione delle stesse. Sotto il profilo civilistico¹¹⁶, tuttavia, la norma prevista dal decreto legge ha avuto breve vita, a seguito della conversione, effettuata, con modifiche, dalla legge 8 novembre 2012 n. 189.

La disposizione prevista nel decreto legge avrebbe, infatti, permesso di attribuire una rilevanza giuridica alle linee guida ai sensi dell'art. 1176 del codice civile. La ragione giustificativa della limitazione del *quantum debeatur*, ove si fossero rispettate le linee guida, avrebbe potuto, quindi, essere direttamente ascritta alla mitigata determinazione della colpa, proprio *ex art.* 1176 c.c. (come avviene nell'art. 1710 c.c. ove, *mutatis mutandis*, il profilo dell'onerosità-gratuità incide sulla valutazione con minor rigore della responsabilità).

La legge di conversione 2012 n. 189¹¹⁷ ha, però, modificato la norma, non riconfermando il riferimento all'art. 1176 c.c., nel prescrivere la sottoposizione dell'operatore sanitario all'articolo 2043 c.c. (responsabilità aquiliana), pur mantenendo il dovere del giudice di tenere conto del rispetto delle linee guida e delle *best practices*, nel valutare il risarcimento del danno.

Nonostante il mancato riferimento all'art. 1176 c.c., però, non si può escludere che, in via esegetica, la riconsiderazione delle linee guida possa essere ricondotta, anche sotto il profilo civilistico, all'apprezzamento della colpa (come indicato per la responsabilità penale).

Richiamando l'articolo 2043 c.c., peraltro, la nuova disposizione ripropone la *vexata quaestio* inerente la natura giuridica della responsabilità del medico¹¹⁸.

In tale ottica, l'accostamento tra *guidelines* e responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., deve, però, non essere stato sufficientemente ponderato dal

¹¹⁶ V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 378. L'A. ritiene che con la legge di conversione sono state anteposte ragioni economiche, di risparmio della spesa, rispetto alle esigenze di tutela dei malati. “*In un'epoca di profonda crisi, di forte globalizzazione, ma anche di grandi trasformazioni sociali ed economiche, in un sistema mondiale sempre più asimmetrico non si può subordinare la tutela della salute a problemi di cassa; la riduzione dei costi, lo snellimento e la rapidità del contenzioso sanitario avrebbe potuto utilizzare strumenti snelli già esistenti, come l'intermediazione preventiva, o eventualmente anche l'arbitrato, senza interventi asistemati, con una leggina speciale solo per i medici del servizio sanitario*”.

¹¹⁷ Legge sulla quale pende il giudizio di legittimità costituzionale, a seguito del rinvio alla Consulta, effettuato dal Tribunale di Milano, ord. 21 marzo 2013, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 370 ss.

¹¹⁸ Per una rilettura in termini di responsabilità aquiliana, Trib. Torino, sez. IV civ., 26.02.2013; Trib. Varese 26.11.2013 n. 1406, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 373 ss.

conditor legum, permanendo, infatti, in capo all'operatore sanitario una responsabilità contrattuale da contatto sociale¹¹⁹. Il riferimento normativo all'art. 2043 c.c., in merito alla responsabilità del medico e al rispetto delle linee guida, non può, quindi, che suscitare profonde perplessità¹²⁰.

Secondo una recente sentenza della Cassazione, inoltre, con l'ingresso della legge di conversione, il precetto normativo, così come modificato, ha inciso in particolar modo sotto il profilo penalistico, attenuando i risvolti civilistici presenti nel decreto legge.

I giudici di nomofilachia¹²¹ hanno, infatti, statuito che, l'art. 3, primo comma, del d.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di colpa lieve, quando l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. La Cassazione con la pronuncia *de qua* ha, però, anche asserito che l'esimente penale non elide l'illecito civile, restando fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., quale clausola generale del *neminem laedere*, ancorché, secondo i giudici della Cassazione, la materia della responsabilità civile segua le sue consolidate regole.

Sotto quest'ultimo profilo, l'organo giurisdizionale in sede civile, in conformità a quanto stabilito dalla legge, appurata la corrispondenza del contegno dovuto alle linee guida, ne tiene, comunque, conto in sede di commisurazione del risarcimento del danno.

Il nuovo intervento legislativo in materia deve, quindi, essere armonizzato con le esigenze già affrontate dalla precedente giurisprudenza civile e penale. Affinché le linee guida possano avere rilevanza diretta appare, infatti, inevitabile che le stesse siano costantemente aggiornate e, allo stesso tempo, che le peculiarità del caso concreto non evidenzino la necessità di discostarsi da tecniche e procedimenti standard, al fine di evitare una possibile, deleteria, sciatteria. Risulta, insomma, necessaria e imprescindibile una concretizzazione dell'*agere* del medico, in relazione alle esigenze ed alle peculiarità dei singoli

¹¹⁹ Trib. Arezzo, 14/02/2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367.

¹²⁰ L. CAJAZZO e M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *corr. giur.*, 2013, p. 496.

¹²¹ Cass. 19.02.2013 n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367.

casi e ciò anche al fine di verificare l'applicabilità in concreto delle stesse linee guida.

Proprio l'imprescindibile concretizzazione dell'attività dell'operatore sanitario consente di superare la rigida dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, per approdare a un giudizio che tenga conto di ciò che il medico avrebbe dovuto e potuto fare.

In questo senso, inoltre, la constatazione che il risultato giuridico è presente in ogni obbligazione, dunque, anche nel settore sanitario (ambito in cui, tradizionalmente, si individuano le obbligazioni di mezzi) e che tale esito è conseguibile attraverso l'imprescindibile attività del debitore ha, da ultimo, indirizzato la giurisprudenza¹²² a superare la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato anche in ambito medico, modificando così un consolidato orientamento.

Il crepuscolo del *discrimen* tra obbligazioni di mezzi e di risultato in campo medico è, infatti, stato, quantomeno formalmente, suggellato da un mutamento esegetico che la Corte di Cassazione a sezioni unite¹²³ ha apertamente sostenuto, con l'individuare nella distinzione *de qua* un valore meramente descrittivo (*cfr.* 3.3).

1.4.2 Gli obblighi del progettista. La difformità e i vizi occulti.

Tra le applicazioni più discusse della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, nell'ambito delle professioni intellettuali, sicuramente, un ruolo particolarmente controverso ha rivestito l'attuazione dell'art. 2226 c.c., alla luce di un contrasto giurisprudenziale che individuava il decorso dei termini di decadenza e prescrizione, ivi previsti, in relazione alla natura di mezzi o di risultato della attività dell'ingegnere o architetto progettista.

¹²² Cass. S. U. 2008 n. 577.

¹²³ Cass. civ. Sez. Unite, 11-01-2008, n. 577; Recentemente, in senso contrario Trib. Bologna 10.01.2011 in NGCC., 2011, p. 1000, con nota di S. FACCIOU, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*.

L'articolo 2230 c.c. prescrive, infatti, l'applicazione al contratto stipulato dal professionista intellettuale anche della disciplina relativa al contratto d'opera materiale, ma solo ove compatibile.

Proprio l'art. 2226 c.c. si colloca, da un punto di vista sistematico, al di fuori del Capo II che regolamenta la professione intellettuale, pur essendo proiettato, alla luce del rinvio previsto dall'art. 2230 c.c., a divenire oggetto della valutazione di compatibilità, per verificarne una possibile applicazione.

L'articolo 2226 c.c. prevede, però, stringenti limiti temporali per far valere la garanzia per vizi dell'*opus*. La norma *de qua* prescrive, in particolare, un termine di decadenza di otto giorni, decorrenti dalla scoperta del vizio ed un successivo termine annuale di prescrizione.

L'ammissibilità dell'applicazione dell'art. 2226 del codice civile all'ingegnere progettista aveva, tuttavia, lasciato emergere un vivace contrasto esegetico.

Secondo un orientamento giurisprudenziale¹²⁴ era, infatti, possibile applicare l'art. 2226 c.c. all'ingegnere progettista, in quanto il progetto era considerato un *opus* avente valore economico in sé e, dunque, suscettibile di autonoma circolazione. In tal senso, si sosteneva che si era in presenza di una obbligazione di risultato. Ciò comportava, quindi, che il termine annuale di prescrizione decorresse dalla mera consegna del progetto e non dalla realizzazione materiale dello stesso.

Altra parte della giurisprudenza¹²⁵, invece, inquadrava la prestazione dell'ingegnere progettista nell'alveo delle obbligazioni di mezzi, in virtù della considerazione che si è, comunque, in presenza dello svolgimento di una libera professione intellettuale. Secondo tale impostazione esegetica, l'oggetto del contratto resta, comunque, un bene immateriale, benché si estrinsechi in una cosa, la quale, tuttavia, costituisce un mero strumento d'espressione, cioè il *corpus mechanicum* in cui l'opera intellettuale si manifesta per poter essere utilizzata dal committente. Da tale prospettiva derivava l'inutilizzabilità dell'art. 2226 del c.c. e dei brevi termini ivi previsti, per l'applicabilità, invece, dell'ordinaria prescrizione decennale, prevista dall'art. 2946 del codice civile.

¹²⁴ Cass. 2003 n. 1294; Cass. 1992 n. 12820; Cass. 1985 n. 488.

¹²⁵ Cass. 1997 n. 4704.

Il medesimo contrasto¹²⁶ si registrava anche allorché l'ingegnere era, allo stesso tempo, incaricato come direttore dei lavori.

L'inquadramento dell'obbligazione del progettista all'interno della obbligazione di mezzi, tuttavia, comportava come effetto, un trattamento deteriore per il debitore professionale, in quanto, l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2226 c.c., provocava l'ingresso dell'ordinario regime di responsabilità contrattuale. La categoria dell'obbligazione di mezzi che, tradizionalmente, veniva impiegata per realizzare un *favor debitoris*, in ordine a codesta questione giuridica, era, *ex adverso*, utilizzata dalla giurisprudenza al fine di realizzare un regime meno favorevole per il debitore.

Al fine di risolvere il contrasto giurisprudenziale creatosi, la Corte di Cassazione a sezioni unite¹²⁷, dopo aver affermato, in via generale, l'inutilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, posto che la disciplina positiva è unitaria e non prevede questa suddivisione, ha, successivamente, concluso, in relazione alla verifica dell'applicazione dell'art. 2226 c.c., che la disposizione in esame può in concreto pregiudicare la tutela dei diritti del committente, laddove il vizio si manifesti empiricamente solamente con la realizzazione dell'*opus* progettata. Sarebbe, in tal senso, alquanto gravoso per il creditore rispettare il termine prescrizione annuale decorrente dalla consegna degli elaborati. Spesso, infatti, il vizio e la difformità, si palesano solamente con l'esecuzione materiale dell'opera. D'altronde, in un'ottica costituzionalmente orientata, individuare *l'exordium praescriptionis* nella consegna del progetto, applicando, inoltre, il termine di prescrizione annuale, ai sensi dell'art. 2226 c.c., non può che costituire un'intollerabile limitazione alla tutela dei diritti, come scolpita dall'art. 24 della Costituzione.

La normativa sui vizi è inserita anche in altre disposizioni presenti sia nel codice civile sia nei codici di settore.

L'articolo 2226 c.c., richiama l'art. 1668 c.c. in relazione alla individuazione dei diritti che il committente può far valere. Tali fattispecie sono solamente

¹²⁶ L'obbligazione è, infatti, qualificata come obbligazione di risultato da Cass. 27.10.1984, n. 5509; 22.4.1974, n. 1156. Per la configurazione come obbligazione di mezzi con esclusione dell'applicabilità dell'art. 2226, *cfr.* Cass. 29.1.2003, n. 1294; 1.12.1992 n. 12820.

¹²⁷ Cass. 28.07.2005 n. 15781 in *Resp. civ.*, 2006, p. 229, con nota di G. FACCI, *L'obbligazione di risultato del progettista al vaglio delle Sezioni unite*.

apparentemente ricollegabili alla disciplina della garanzia per vizi nel contratto di vendita, regolamentata dagli artt. 1490 e ss. del codice civile. Mentre gli artt. 1668 e 2226 c.c. sono, infatti, riferibili alla prestazione dovuta dal debitore e, dunque, attengono ad una specifica obbligazione¹²⁸, si discute, invece, in dottrina sulla natura giuridica della garanzia per vizi occulti, preesistenti alla stipula del contratto¹²⁹.

A riguardo, infatti, le ricostruzioni proposte dalla dottrina sulla garanzia per vizi sono estremamente variegata ed oscillano tra diverse impostazioni ermeneutiche. Vi è chi¹³⁰ riconosce una garanzia, con assunzione del rischio da parte del venditore per il bene che risulti viziato. La tesi che riconduce l'istituto *de quo* nell'errore sulla consistenza dell'oggetto¹³¹ o nella presupposizione¹³². La teoria della responsabilità precontrattuale¹³³ e, infine, l'autorevole opinione¹³⁴ che ravvisa l'inadempimento di esatta esecuzione del contratto.

Ognuna di tale tesi è, però, stata sottoposta a severe critiche e ciò rende, ancora oggi, alquanto complessa la decodificazione dogmatica, anche alla luce della sopravvenuta disciplina della garanzia per vizi nel codice del consumo e della normativa prevista in materia di vendite internazionali, regolamentata dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980 (ratificata dall'Italia con legge 11 dicembre 1985, n. 765).

Innanzitutto, con riferimento all'inquadramento della garanzia per vizi all'interno della categoria della garanzia in senso stretto, è stato, efficacemente, obiettato che l'*emptor* non assume alcuna posizione di vantaggio rispetto agli altri creditori (come, *ex adverso*, accade nelle garanzie personali o reali),

¹²⁸ G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, 1968, p. 462.

¹²⁹ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009.

¹³⁰ A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 295 ss; G. Gorla, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli*, Torino, 1937, p. 88 ss; L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *riv. di dir. comm.*, 1953, I, p. 22.

¹³¹ G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, 1968, pp. 69, 90 ss; U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996.

¹³² F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 208.

¹³³ SALV. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960, p. 260.

¹³⁴ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1993, p. 708 ss.

inoltre, *a fortiori*, viene posta in discussione la stessa estraneità del vizio rispetto alla sfera del venditore.

Anche la tesi che colloca la garanzia dei vizi all'interno dell'errore nella formazione della volontà rivela diverse difficoltà ermeneutiche, in quanto non emerge una falsa rappresentazione della realtà, visto che il compratore non si è ingannato su ciò che in base al contratto gli spetta. L'istituto dell'errore, inoltre, ai sensi degli artt. 1427 e ss. c.c., si caratterizza per la riconoscibilità e l'essenzialità che, *ex adverso*, non sono previste nella garanzia per vizi, né, peraltro, il rimedio ivi accordato consiste nell'annullamento del contratto (ciò oltre alle differenze previste per i termini di prescrizione e decadenza). Simili obiezioni sono formulate anche avverso i fattori della tesi della presupposizione¹³⁵.

Considerazioni critiche¹³⁶ sono, inoltre, state sollevate in relazione alla tesi che riconduce la garanzia per vizi nell'alveo della *culpa in contrahendo*, tesi alla quale si è replicato che, in realtà, il legislatore non ha inteso reagire alla mancanza di preventiva comunicazione dei vizi, bensì alla loro obiettiva esistenza, proteggendo l'interesse positivo dell'acquirente.

Anche la qualificazione della disciplina *de qua* come inadempimento, astretta in una definizione totalizzante e perentoria, ha, tuttavia, mostrato alcuni profili di criticità. Invero, esistono, in effetti, delle ipotesi in cui è possibile intravedere un'obbligazione e, dunque, un aspetto conformativo - precettivo del contratto di vendita, in relazione al bene oggetto di disposizione. In questo senso, l'apposizione della clausola di buon funzionamento, ex art. 1512 c.c., ovvero l'ipotesi di vendite ad effetti reale differiti (es. vendita di cosa generica) consentono di inquadrare, per le loro peculiarità, la garanzia per vizi come violazione del comportamento dovuto da parte del venditore. Allo stesso tempo, sembra emergere in ambito internazionale, un orientamento, recepito negli artt. 46-47 della Convenzione di Vienna del 1980 e negli artt. 129 ss. del codice del consumo, proiettato a ricondurre nell'ambito obbligatorio la

¹³⁵ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 222. Per una serrata critica all'ammissibilità della presupposizione cfr. A. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 2003.

¹³⁶ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 224; U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996 p. 48.

garanzia per vizi, consentendo, quali rimedi, rispettivamente la riparazione o la sostituzione del bene.

L'inquadramento della garanzia per vizi nell'alveo dell'inadempimento, tuttavia, non può essere condiviso¹³⁷ per la vendita di cosa specifica regolata dal codice civile, ancorché una nuova disciplina uniforme è, in tal senso, auspicabile in un'ottica di armonizzazione della materia¹³⁸.

Nella vendita di cosa specifica si realizza, immediatamente, l'impegno di dare. Mentre anteriormente al perfezionamento del negozio, infatti, non sorge alcuna "garanzia", successivamente alla stipula del contratto, in virtù dell'art. 1376 c.c., il diritto sulla specifica *res*, trasferendosi con il semplice consenso, non permette la nascita di una obbligazione, come richiede l'art. 1218 c.c. (determinando, peraltro, l'applicazione del principio "*res perit domino*", come scalfito dall'art. 1465 c.c.).

Sussiste, quindi, in tale evenienza, una innegabile autonomia tra le regole della garanzia rispetto alla disciplina dell'inadempimento.

Nell'ambito della vendita di cosa specifica la garanzia per vizi occulti costituisce, dunque, una forma di responsabilità contrattuale speciale derivante dall'inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa, dipendente da cause anteriori alla vendita¹³⁹.

Ciò comporta che non sembra possibile applicare la disciplina prevista dall'art. 1218 del codice civile (essendo, invece, prevista una disciplina speciale costituita, oltre che dal risarcimento del danno *ex art. 1494 c.c.*, dalle azioni edilizie: *actio redhibitoria* e *actio aestimatoria* o *quanti minoris*), non risultando alcuna obbligazione inadempita. Si comprendono, dunque, le resistenze all'esperibilità dell'eccezione d'inadempimento o dell'azione di esatto adempimento per la sostituzione o la riparazione del bene (al di fuori

¹³⁷ U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore: il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996 p. 45; F. MARTORANO, *La tutela del compratore per vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 60 ss; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 227.

¹³⁸ G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *contratti*, 2012, pp. 611 ss.; P. STANZIONE, *il regolamento di diritto comune europeo della vendita*, in *contratti*, 2012, pp. 624 ss.

¹³⁹ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 229; E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, p. 192.

della garanzia di buon funzionamento, ai sensi dell'art. 1512 c.c.), posto che si è, comunque, di fronte ad un impegno di “dare” e non di *facere*.

Tali considerazioni devono, tuttavia, essere vagliate anche alla luce della più recente disciplina prevista dal codice del consumo e dalla Convenzione di Vienna del 1980. L'articolo 129 del codice del consumo stabilisce, infatti, che il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. L'obbligazione di conformità non è equiparabile a quella accessoria di semplice consegna ex art. 1477 c.c., posto che vi è racchiusa l'attività rivolta a rendere la *res* conforme al contratto¹⁴⁰, violazione che è, peraltro, tutelata *ex lege* anche attraverso la sostituzione e la riparazione del bene, ai sensi dell'art. 130 del codice del consumo. Rimedi che ricalcano le disposizioni previste dagli artt. 46 e 47 della Convenzione di Vienna, pur discostandovi per la presenza di una gerarchia inderogabile di tutele esperibili che sottrae al consumatore il diritto di scegliere il rimedio reputato più conveniente. Gli artt. 129 e 130 si collocano, dunque, nell'ambito della responsabilità per inadempimento¹⁴¹.

Occorre però verificare¹⁴² se l'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, come prevista nel codice del consumo, possa rappresentare un'obbligazione di risultato, secondo quanto veniva indicato, *mutatis mutandis*, per il contratto di appalto, prevedendosi, infatti, una regolamentazione molto vicina agli artt. 1667 e 1668 del codice civile (l'art. 128 cod. cons. equipara, infatti, sotto il profilo della disciplina della garanzia la vendita con l'appalto di beni mobili). Ciò ha avuto, recentemente, importanti riflessi anche a proposito del riparto dell'onere della prova dell'inadempimento qualitativamente inesatto (*cf.* cap. 3.3).

Già con riferimento all'appalto, però, la qualificazione dell'attività dell'appaltatore come obbligazione di risultato, appare ingannevole ove si ponga in mente che, anche nella realizzazione di un *opus*, il debitore è tenuto ad utilizzare un contegno diligente¹⁴³ che caratterizza la prestazione (es. scelta

¹⁴⁰ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 343.

¹⁴¹ *Contra*, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 293.

¹⁴² E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 47 ss.

¹⁴³ A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 818.

dei materiali e dei luoghi, conformità dell'opera con la normativa urbanistica ed edilizia, rispetto della tempistica prevista).

Non è, dunque, solamente e semplicemente rilevante il risultato materiale prodotto, occorre anche verificare se la prestazione sia espletata diligentemente e sia concretamente conforme all'impegno negoziale assunto.

La conformità del bene al contratto è anche prescritta dall'art. 129 del codice del consumo¹⁴⁴. Proprio all'interno del codice del consumo emerge, infatti, una particolare attenzione alle informazioni fornite (neoformalismo comunitario) e all'aspetto funzionale che il bene acquistato deve essere in grado di assolvere. Il risultato giuridico atteso non è costituito solamente dall'effetto traslativo e dalla mera consegna della cosa, ma si arricchisce di un *aliquid* che comprende anche l'idoneità all'uso del bene (art. 129, lett. a, cod. cons). Cosicché, disquisire se l'obbligazione di consegnare la cosa (art. 1477 c.c.), così come l'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto o la riparazione e la sostituzione della *res* (artt. 129 e 130 cod. cons) siano obbligazioni di mezzi o di risultato, ha, in definitiva, esigua rilevanza. Torna, a tal fine, utile proprio la pronuncia della Cassazione¹⁴⁵ a sezioni unite che, in relazione all'art. 2226 c.c., ha individuato nella suddivisione in esame nulla di più che una distinzione meramente descrittiva.

Occorre, infatti, concretizzare ciò che risulta dovuto dal debitore, anche in relazione alla descrizione del bene, all'utilizzo e agli interessi che la *res* deve essere idonea a soddisfare.

1.4.3 Gli obblighi del difensore e il patto di quota lite tra gratuità e onerosità della prestazione

L'esercizio della professione di avvocato (o di praticante avvocato abilitato) è tradizionalmente inquadrata nell'ambito delle obbligazioni di mezzi¹⁴⁶, in considerazione del fatto che l'avvocato non può assicurare l'esito favorevole di una controversia.

¹⁴⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 293.

¹⁴⁵ Cass. 28.07.2005 n. 15781.

¹⁴⁶ Cass., 14 agosto 1997, n. 7618, in Foro it., 1997, I, 3570.

L'attività forense è, in particolare, regolata sia dalle disposizioni sul contratto d'opera intellettuale sia, secondo una parte della dottrina,¹⁴⁷ dalla normativa sul contratto di mandato (letteralmente richiamato anche dal codice deontologico forense). Il mandato con rappresentanza, tuttavia, non è di per sé idoneo a racchiudere tutte le peculiarità in cui la professione forense si estrinseca, posto che, ai sensi dell'art. 1703 c.c., richiede il compimento di "atti giuridici" rivolti a terzi, mentre l'esercizio della professione può esaurirsi anche nel semplice rilascio di un parere, previo corrispettivo.

Assume, dunque, rilevanza ai fini dell'esatto inquadramento giuridico la disciplina del contratto d'opera intellettuale. In particolare, nell'ambito della regolamentazione dell'esercizio della professione forense, un profilo di notevole importanza ha riguardato l'art. 2233 del codice civile, in relazione al cd. patto di quota lite¹⁴⁸ (istituto tipico del diritto nord americano ove prende il nome di *contingent fee*). Attraverso tale patto si concorda tra avvocato e cliente che il compenso professionale risulti determinato (secondo alcuni autori¹⁴⁹ anche se indirettamente) in relazione a quanto sarà conseguito dal cliente.

L'articolo 2233 c.c. sanzionava con la nullità questo patto, in considerazione del fatto che si voleva evitare un interesse diretto del professionista all'esito della lite, scindendo il profilo del compenso dalle sorti del processo¹⁵⁰.

Il divieto normativo del patto di quota lite – oggi ricostituito - consentiva, inoltre, nell'ottica della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, di rafforzare l'idea secondo cui l'esercizio della professione forense integrasse un'obbligazione di mezzi. In tale censurabile prospettiva, l'attività forense era, *a fortiori*, considerata un'obbligazione *de moyen*, in quanto il mancato

¹⁴⁷ F. ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, p. 38, nota 4; R. CONTE *Obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato nella responsabilità civile dell'avvocato e riflessioni sulla nozione di "colpa lieve"*, in *corr giur.* 2005, p. 1409, il quale richiama il combinato disposto degli artt. 2230 e 2222 del cod. civile. Per una riflessione critica sulla improprietà del termine "procura" e "mandato" cfr. C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, 1959, Torino, p. 383 ss., S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, p. 90 ss.

¹⁴⁸ G. De Stefano, Patto di quota lita, in *Enc. Dir.* XXXII, Milano, 1982, p. 521; L. DITTRICH, *Profili applicativi del patto di quota lite*, in *riv. dir. proc.*, 2007, p. 1141.

¹⁴⁹ G. De Stefano, Patto di quota lita, in *Enc. Dir.* XXXII, Milano, 1982, p. 524.

¹⁵⁰ N. CORBO, *L'autonomia contrattuale e il patto di quota-lite: Eccezionalità della norma ed inapplicabilità ai consulenti tecnici di parte*, in *Giur. di Merito*, I, 1984, p. 333. L'A. dopo una accurata analisi della *ratio* del divieto, conclude per l'eccezionalità della norma limitativa dell'autonomia negoziale, insuscettibile di applicazione analogica.

raggiungimento di un risultato favorevole non era neanche essenziale per la maturazione del diritto all'onorario, essendo sufficiente che l'incarico fosse espletato con la diligenza dovuta¹⁵¹. Quest'ultimo aspetto era ulteriormente confermato dalla considerazione secondo cui è sempre possibile che l'onorario dovuto sia maggiore rispetto all'utilità conseguita dalla parte in caso di vittoria, previo adempimento in capo al difensore, di uno stingente e specifico dovere di informazione inerente tale profilo¹⁵².

Proprio la clausola del patto di quota lite ha, tuttavia, vissuto una tormentata stagione. L'attenzione sul patto di quota lite è emersa in Italia¹⁵³ a seguito dell'art. 2 del d.l. 2006, n. 223, convertito con la legge 2006 n. 248. Tale disposizione di legge aveva, infatti, eliminato il divieto di patto di quota lite rendendo possibile collegare il compenso all'esito della controversia, mentre rimaneva invariato l'art. 1261 c.c., articolo in cui si vieta agli avvocati di rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria.

Questa normativa è stata, però, nuovamente oggetto di modifica mediante la riforma dell'ordinamento forense, attraverso la quale si è riproposto¹⁵⁴ il divieto del patto di quota lite, ai sensi dell'art. 13, quarto comma, della l. 31 dicembre 2012 n. 247.

Ad ogni modo, l'inserimento del divieto di questo patto deve considerarsi, tuttavia, irrilevante ai fini della natura tipologica dell'obbligazione dell'avvocato, essendo ininfluyente in relazione alla valutazione dell'adempimento - inadempimento della prestazione.

¹⁵¹ G. MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, Milano, 2005, p. 94; Peraltro, i Principi UNIDROIT 2010, *op. cit.*, all'art. 5.1.5, lett. b, indicano quale elemento per valutare la presenza di un'obbligazione di mezzi "il prezzo fissato nel contratto ed altre clausole del contratto".

¹⁵² Cass. civ. Sez. II, 30/07/2004, n. 14597.

¹⁵³ Per un'analisi dell'incidenza del patto di quota lite nel diritto "comunitario" cfr. B. NASCIMBENE, *Il patto di quota lite nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr. eur.*, 2009, p. 144.

¹⁵⁴ La dottrina ritiene che gli eventuali patti di quota lite stipulati nel periodo tra l'entrata in vigore della l. 2006 n. 248 e la l. 2012 n. 247 dovrebbero ritenersi nulli a partire dal 2 febbraio 2013, in applicazione del principio della cd. nullità sopravvenuta (criterio applicato dalla giurisprudenza, ad esempio, alla fideiussione *omnibus* a seguito dell'entrata in vigore della l. 1992 n. 154 che imponeva di indicare l'importo massimo garantito), cfr. U. PERFETTI, *Riflessioni a margine del divieto del patto di quota lite*, in *riv. dir. civ.*, 2013, p. 419.

Anche rendendo ammissibile il patto di quota lite, quest'ultimo attiene all'onerosità - gratuità della prestazione dovuta che, sotto tale profilo, diviene variabile.

La prestazione potrà, infatti, essere considerata adempiuta, benché non si raggiunga quel "risultato" utile che rimane, comunque, esterno rispetto a ciò che è giuridicamente dovuto. Ne consegue che non è possibile richiedere il risarcimento del danno per inadempimento, né l'indennizzo ex art. 1381 c.c., ove non sia stata conseguita la vittoria della controversia. Per mezzo della clausola di quota lite inserita nel negozio si colora un diverso profilo, l'aspetto della gratuità od onerosità della prestazione, rompendo, pertanto, il nesso tra adempimento dell'avvocato e onerosità della prestazione, indipendentemente dall'inquadramento nell'ambito dell'obbligazione di mezzi.

Sotto quest'ultimo aspetto l'obbligazione dell'avvocato è difficilmente catalogabile *tout court* tra le obbligazione di mezzi, posto che la varietà delle attività giuridicamente dovute, dovrebbe comportare, accogliendo tale distinzione, una serie innumerevole di eccezioni (così come, *mutatis mutandis*, è avvenuto per l'obbligazione del medico). Si pensi alla mancata rilevazione di una prescrizione, ovvero alla maturazione di una decadenza, alla mancata impugnazione¹⁵⁵ che avrebbe comportato effetti vantaggiosi per la parte.

La giurisprudenza maggioritaria rimane, tuttavia, in tale ambito, tendenzialmente ancorata alla astratta catalogazione quale obbligazione di mezzi¹⁵⁶, impostazione esegetica che, però, non tiene conto della necessità di

¹⁵⁵ Trib. Siracusa, 05/11/2010, in *resp. civ.*, 2011, p. 74, "In caso di tardiva opposizione a decreto ingiuntivo che determina una dichiarazione di inammissibilità dell'opposizione, sussiste la responsabilità del legale negligente. Il risarcimento dei danni può essere liquidato tenuto conto della perdita di chance di conseguimento del risultato avuto di mira".

¹⁵⁶ Cass. 2011 n. 8863 "Essendo le obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale di avvocato obbligazioni di mezzi e non di risultato, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rileva non già il conseguimento del risultato utile per il cliente, ma il modo come l'attività è stata svolta avuto riguardo, da un lato, al dovere primario del professionista di tutelare le ragioni del cliente e, dall'altro, al parametro di diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c. che è quello del professionista di media attenzione e preparazione"; Cass. 2012 n. 1605 "In altri termini, per il caso in cui un avvocato sia officiato dalle parti, per l'introduzione di un giudizio, il professionista non è tenuto a compiere quelle attività materiali connesse alla difesa se non quelle che gli competono in relazione alla sua specifica attività di "mezzi", potendo le altre, per espressa volontà dei clienti, essere eseguite dagli stessi e senza che per questo gli si possa addebitare alcuna responsabilità in base al comb. disp. artt. 1176 e 2236 c.c."

concretizzare l'attività dovuta in ragione delle esigenze e delle peculiarità in cui la diligenza deve manifestarsi.

Il risarcimento del danno per inadempimento dell'avvocato, inoltre, è tradizionalmente giudizialmente difficilmente liquidabile, quantomeno sotto il profilo delle *chances* (intesa come posta attiva del patrimonio) in virtù della carenza (a differenza dell'ambito medico) di dati statistici certi¹⁵⁷. Proprio al fine di evitare il rischio di risarcimenti casuali, la giurisprudenza richiede, infatti, una prova, attraverso la quale si dimostri che un risultato positivo sarebbe stato conseguito attraverso l'attività diligente del difensore¹⁵⁸.

Emerge, dunque, una certa difficoltà pratica a garantire un adeguato risarcimento del danno a seguito dell'attività negligente dell'avvocato. In tale ipotesi, incoerentemente, parte della giurisprudenza¹⁵⁹, da un lato, sostiene che

¹⁵⁷ F. BENATTI, *La quantificazione del danno nelle fattispecie di responsabilità dell'avvocato*, in resp. civ., 2012, p.186.

¹⁵⁸ Cass. civ. Sez. III, 26/04/2010, n. 9917 “*La responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del cliente e, in particolare, trattandosi dell'attività del difensore, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita*” (La S.C. conferma la pronuncia di merito che ha escluso la responsabilità di un commercialista per la mancata impugnazione davanti alla Commissione Tributaria di un accertamento fiscale della Guardia di Finanza).

¹⁵⁹ Cass. 1969 n. 3958 “*L'obbligazione assunta dal difensore nei confronti del cliente è un'obbligazione non di risultato, ma di mezzi o di comportamento, avente ad oggetto solo l'attività professionale. Poiché l'accoglimento della domanda di risarcimento, proposta dal cliente contro il legale per colpevole condotta omissiva, presuppone l'accertamento di un danno direttamente ed effettivamente dipendente dal detto comportamento, l'affermazione di responsabilità del professionista implica l'indagine sul sicuro e chiaro fondamento dell'azione che si intendeva promuovere o che era stata promossa e non fu diligentemente coltivata, e quindi la certezza morale che gli effetti di una diversa attività del legale sarebbero stati vantaggiosi per il cliente*”. Diversamente, nel tentativo di temperare tale orientamento, si è, recentemente, mossa parte della giurisprudenza, Cass. 2004 n.22026: “*In tema di chances che si determinano con la partecipazione ad una controversia in sede di giustizia ordinaria, od amministrativa, o tributaria, basti considerare, sulla base di siffatta premessa, come l'agire od il contraddire - anche indipendentemente dalle maggiori o minori possibilità d'esito favorevole della lite e, tuttavia, com'è ovvio, con effetti tanto più consistenti quanto più argomentate e valide siano le difese, diversamente operando, per contro, l'inconsistenza o l'inammissibilità palesi ab initio della domanda od eccezione (come nella specie) - offrano, in ogni caso, frequentemente occasione, tra l'altro, di transigere la vertenza o di procrastinarne la soluzione o di giovare di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute, risultati che indiscutibilmente rappresentano, già di per se stessi, apprezzabili vantaggi sotto il profilo economico. Ond'è che, in ambito contrattuale, l'inadempimento dell'una delle parti cui consegua la perdita, per l'altra, della chance d'intraprendere o gestire, nei sensi sopra indicati, una lite in sede giudiziaria, dal lato attivo come da quello passivo, determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema d'accertamento sotto il profilo dell'an, questo non essendo revocabile in dubbio nell'ipotesi d'accertato inadempimento contrattuale, ma solo,*

l'obbligazione dell'avvocato sia una obbligazione di mezzi, dall'altro lato, non appresta un'adeguata tutela risarcitoria a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione, dovendo il privato necessariamente dare la prova (spesso diabolica) del mancato risultato, risultato che, tuttavia, dovrebbe essere considerato, alla luce di questa impostazione esegetica, esterno rispetto alla prestazione dovuta dal difensore.

1.5 La promessa del fatto del terzo e le lettere di *patronage*

L'articolo 1381 del codice civile disciplina la promessa del fatto del terzo. Tale istituto giuridico assume una rilevanza centrale in ordine all'oggetto dell'obbligazione, nonché in riferimento alla *vexata quaestio* sull'ammissibilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹⁶⁰, anche alla luce della giurisprudenza d'oltralpe sulle *lettres de patronage*.

La natura della promessa del fatto del terzo è, tuttavia, alquanto controversa.

Diverse sono le ricostruzioni proposte dalla letteratura giuridica in merito alla natura assiologica di tale strumento predisposto dai *conditores iuris* per regolamentare i rapporti tra privati. In particolare, si tende a inquadrare la promessa del fatto del terzo nell'ambito della funzione di garanzia¹⁶¹ sul presupposto che dove finisce l'obbligazione inizia la garanzia, non potendo il promittente obbligarsi per un fatto non proprio (*nemo alienum factum*

eventualmente, sotto quello del quantum; tale danno va, infatti, liquidato in ragione d'un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità dei richiamati risultati utili, assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile, questo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta od, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo ex. 1226". Trib. Siracusa 5.11.2010, in giust. civ., 2011, p. 74, "In caso di tardiva opposizione a decreto ingiuntivo che determina una dichiarazione di inammissibilità dell'opposizione, sussiste la responsabilità del legale negligente. Il risarcimento dei danni può essere liquidato tenuto conto della perdita di chance di conseguimento del risultato avuto di mira"; Ultimamente, la Cassazione, con la pronuncia 2011 n. 8863, ha, invece, distinto tra inadempimento totale e negligente prestazione della professione intellettuale.

¹⁶⁰ E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 135.

¹⁶¹ M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale* a cura di P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, II, 2 ed., 2006, p. 1195; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 42; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 107 ss.

promittendo obligatur, factum alienum inutiliter promittitur). La ricostruzione dell'istituto *de quo* è, inoltre, resa particolarmente complessa in ragione della previsione legislativa di un indennizzo per il mancato realizzarsi del fatto del terzo, in luogo del rimedio generale previsto per l'inadempimento di un'obbligazione, costituito dal risarcimento del danno.

La dottrina ha, in tal senso, abbracciato diverse ipotesi ricostruttive.

Le teorie seguite sulla promessa del fatto del terzo oscillano, infatti, tra coloro che sostengono che con la promessa si assumerebbe un'obbligazione autonoma di *facere* consistente nell'adoperarsi affinché il terzo compia il fatto¹⁶² e la tesi di coloro che affermano che con tale promessa si costituirebbe un obbligo di procurare il fatto altrui, con la conseguenza di essere adempiuta solo ove il risultato sia realizzato¹⁶³.

La scelta in ordine all'inquadramento dommatico della promessa del fatto del terzo conduce, inevitabilmente, a distinti corollari applicativi sotto il profilo della responsabilità oggettiva ovvero per colpa. Secondo un orientamento giurisprudenziale¹⁶⁴, infatti, l'obbligo di versare l'indennizzo sorgerebbe solo nel caso in cui il fatto del terzo non si realizzi nonostante il promittente si sia adoperato per il suo raggiungimento, viceversa, sussisterebbe il diritto al risarcimento ove non vi sia stato alcun tipo di impegno (non si ritiene, infatti, equiparabile la posizione del promittente che sia adoperi affinché il fatto si realizzi, rispetto a colui che rimanga inerte). In altre pronunce, *ex adverso*, non si rinviene tale distinzione¹⁶⁵.

Accanto a tale strumento, tipizzato dal legislatore, parte della dottrina e della giurisprudenza ha riconosciuto l'atipica figura delle *lettres de patronage*.

Le lettere di *patronage*¹⁶⁶ si sono sviluppate nel commercio internazionale per soddisfare l'esigenza di assicurare gli enti creditizi nell'erogazione di

¹⁶² F. MESSINEO, *il contratto in genere*, XXI, tomo 2, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1972, p. 99;

¹⁶³ M. ALLARA, *Natura giuridica dell'obbligazione del fatto altrui*, in *Riv. di dir. comm.* 1929, p. 410; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. ital.* diretto da F. VASSALLI, 1975, p. 501.

¹⁶⁴ C. Cass. 24.01.2003 n. 1137, in *Danno e resp.*, 2003, p. 728; C. Cass., 1997 n. 8614, in *Studium Juris*, 1998, p. 120.

¹⁶⁵ C. Cass. 11.12.1992 n. 12118, in *Giur. it.*, 1994, I, p.1643.

¹⁶⁶ F. CHIOMENTI, *Le lettere di conforto*, *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 346 ss.; M. SEGNI, *La «Lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 126 ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *Le lettere di patrocinio*, *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 157 ss.; A. MAZZONI, *Le*

finanziamenti a favore di società controllate, evitando al contempo di immobilizzare risorse proprie.

La prassi commerciale ed il mercato, in virtù della loro agilità e di agevolazioni fiscali, hanno ratificato con il trascorrere del tempo tale fenomeno giuridico, ormai usuale all'interno della *lex mercatoria*.

La tipicità sociale ha, nondimeno, posto seri interrogativi sulla natura e sulla disciplina applicabile a tale congegno giuridico, costituito da espressioni di gradimento (contemplate in dichiarazioni di vario contenuto) generalmente destinate a confortare un istituto finanziario, al fine di favorire o mantenere la concessione di credito ad una impresa del gruppo.

La dottrina maggioritaria¹⁶⁷ propone, in realtà, una distinzione tra lettere “deboli” a contenuto informativo e lettere “forti” a contenuto impegnativo. Tale *discrimen* si riflette, inevitabilmente, sui rispettivi profili giuridici.

Le lettere aventi un contenuto informativo, ove le informazioni si siano rivelate inesatte, sono state tendenzialmente incanalate nell'alveo della responsabilità precontrattuale, con un'apertura della disciplina prevista dall'art. 1337 c.c. anche nei confronti del terzo¹⁶⁸, generalmente una *holding* che sia intervenuta nella fase delle trattative, inducendo le parti a perfezionare il contratto, ovvero in caso di dolo, applicando l'art. 1439 c.c., secondo comma, con obbligo di risarcimento del danno. La valenza di tali strumenti ha assunto, dunque, una natura ricognitiva (si pensi *exempli gratia* alla dichiarazione con cui il *patronnant* conferma il rapporto di partecipazione-controllo intercorrente con la società) e ciò ha fatto dubitare della loro essenza negoziale. L'art. 2497 *bis*

lettere di patronage, Milano, 1986, ID. *Lettera di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, *Banca borsa e tit. cred.*, 1984, II, 333 ss.; F. SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, *Dir fallim. e soc. comm.*, 1991, 41 ss.; F. DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *Patronage e raccomandazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 397; O. PROSPERI, *Lettere di patronage e mendacio bancario*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 1979, I, p. 152; A. ATTI, *Il «patronage» e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 878; S. VANONI, *Interpretazione e qualificazione delle lettere di patronage: conferme e sviluppi in alcune recenti sentenze*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 408; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie reali e personali*, Padova, 1998, p. 37.

¹⁶⁷ A. MAZZONI, *Lettere di patronage*, in *Digesto comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 563 ss.

¹⁶⁸ F. MACARIO, *Garanzie personali*, Torino, 2009, p. 589; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV, Napoli, 2009, p. 676; Trib. Torino, 11/04/2000, *Giur. It.*, 2001, p. 1445, con nota di L. DI BRACCIO; C. Cass. 27.9.1995 n. 10235, in *Corr. giur.*, 1996, p. 301, con nota di C. STINGONE.

ha, peraltro, recentemente previsto specifici obblighi di natura informativa per le società sottoposte a direzione e coordinamento, ridimensionando l'utilizzo delle lettere deboli.

Le lettere a contenuto impegnativo, definite dalla dottrina "forti", pur collocandosi su un diverso piano rispetto alle lettere informative, hanno nondimeno lasciato emergere diversi orientamenti esegetici, all'interno dei quali, la stessa funzione di garanzia non risulta unanimemente condivisa¹⁶⁹.

La variopinta gamma maturata nella prassi ha, in effetti, accentuato le difficoltà di inquadramento giuridico.

Secondo alcuni autori e parte della giurisprudenza¹⁷⁰ le lettere "forti" dovrebbero naturalmente essere collocate all'interno della, ancor oggi, discussa promessa del fatto del terzo, ai sensi dell'art. 1381 del codice civile.

Altra parte della dottrina¹⁷¹ e della giurisprudenza¹⁷² hanno, *ex adverso*, ritenuto che le lettere di patronaggio costituiscano delle garanzie personali atipiche, rappresentando il frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale, in quanto rivolte a promettere un fatto proprio e non già altrui come, invece, stabilisce l'art. 1381 del codice civile. Secondo questa ricostruzione, l'atipicità discenderebbe dall'aspetto morfologico non sussumibile all'interno delle altre figure tipiche, posto che, a differenza della fideiussione, non si garantisce la medesima prestazione principale bensì vantaggi differenti, per quanto comunque entrambi funzionalmente orientati a rafforzare le aspettative

¹⁶⁹ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 529, L'A. ritiene che tale strumento non realizza un'assunzione di garanzia giuridica.

¹⁷⁰ M. COSTANZA, *Il patronage come la fideiussione di fronte all'art. 1381 c.c.?* in *Fallimento*, 2008, p. 1310; F. SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, *op. cit.*, p. 52; Trib. Milano, 10.10.1979, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1981, II, p. 88; Trib. Milano, 12.11.1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 154; Trib. Roma, 18.12.2002, in *Soc.*, 2003, p. 1005. In senso contrario, C. M. BIANCA, *La responsabilità*, *op. cit.*, p. 529, secondo cui la lettera di patronage non costituisce promessa del fatto del terzo, in quanto il raccomandante promette un fatto proprio ovvero di esercitare i suoi poteri (e non già un fatto del terzo).

¹⁷¹ A. MAZZONI, *Lettere di patronage*, in *Dig. comm.*, *op. cit.*; M. R. MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Digesto disc. privat.*, XV, Torino, 1997. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, p. 676.

¹⁷² C. Cass. 27.9.1995 n. 10235, *cit.*; C. Cass., 25.09.2001, n. 11987, in *Studium juris*, 2002, p. 393.

creditorie e, rispetto al mandato di credito, non sussiste un obbligo di far credito, a carico del patrocinato¹⁷³.

Sotto tale profilo, valutata l'atipicità di tale strumento si è anche posto l'interrogativo sulla disciplina applicabile alle lettere di *patronage*, specialmente rispetto alle disposizioni dettate in tema di fideiussione (istituto che rappresenta l'archetipo delle garanzie personali). La Corte di Cassazione¹⁷⁴ ha, al riguardo, recentemente, concluso che l'art. 1938 c.c., nella parte in cui stabilisce la necessità di inserire un *plafond* massimo garantito, si applica anche alle *lettres de patronage* aventi ad oggetto crediti futuri.

L'inadempimento degli impegni contenuti nella lettera potrebbe implicare, inoltre, una sovrapposibilità della tutela contrattuale, con quella prevista dall'art. 2497 del codice civile¹⁷⁵. La predetta disposizione normativa consente, infatti, ai creditori della società di agire contro la *holding*, ove, quest'ultima, violando i principi di corretta gestione societaria, abbia creato una lesione al patrimonio della società sottoposta alla sua direzione o coordinamento.

Rivalutata l'autonoma figura delle *lettres de patronage*, l'orientamento ermeneutico che distingue tra promessa del fatto del terzo e lettere *de qua*, ha, secondo una particolare prospettiva esegetica implicato significativi riflessi in ordine alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Sotto tale profilo, si sostiene che la promessa del fatto del terzo costituisce un'obbligazione di risultato, essendo il promittente tenuto a sopportare il rischio del mancato fatto del terzo, ossia del risultato, mentre le lettere di *patronage* "forti", devono essere collocate all'interno delle obbligazione di mezzi¹⁷⁶.

¹⁷³ A. MAZZONI, *Lettere di patronage*, in *Dig. comm.*, op. cit.

¹⁷⁴ Cass. 26 gennaio 2010 n. 1520.

¹⁷⁵ Per la natura extracontrattuale della responsabilità cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, 2009, p. 991. Per la natura contrattuale della responsabilità della *holding*, A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *riv. soc.*, 2003, p. 770.

¹⁷⁶ In Francia si discute se le lettere di *patronage* costituiscano una obbligazione di mezzi o di risultato. La giurisprudenza, in tal senso, è oscillante. A favore della delle obbligazioni di risultato, Cass. com., 19 avr. 2005, n. 03-11567, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1223; Cass. com., 19 avr. 2005, n. 01-12347, *ibidem* p. 1224. Viceversa, per le obbligazioni di mezzi, CA Paris, 15 Juin 2005, n. 03/03861, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1227. In dottrina, J. F. BARBIÉRI, *Lettres de confort dites «d'intention»: variations de terminologie et d'intensité*, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1223. L'inclusione tra le obbligazioni di mezzi è stata avallata anche in Belgio, Court d'appel de Bruxelles, 25 avr. 2008, in *Revue de droit commercial belge*, 2010, p. 183. Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati cfr. J. BELLISSENT,

Tale impostazione, tuttavia, non può essere condivisa.

L'analisi del negozio con funzione di garanzia, infatti, non può prescindere dall'anamnesi del negozio garantito. Questi strumenti, dunque, non devono essere analizzati come monadi negoziali, isolati dal contesto e dalla funzione assolta. Anche volendo inquadrare la promessa del fatto del terzo esclusivamente come assunzione del rischio per il mancato verificarsi del "risultato" conseguito¹⁷⁷, scartando l'opinione della *cura cum effectu*, occorre, comunque, analizzare ciò che viene garantito. Infatti, non è detto che l'obbligazione del terzo sia di risultato, nel senso di soddisfare pienamente l'interesse materiale del creditore, ben potendo essere un'obbligazione di mezzi. In tale prospettiva muta l'ottica entro la quale occorre muoversi. Il risultato preso in considerazione è, infatti, un risultato giuridico, imprescindibile in ogni obbligazione. Risultato che si concretizza nello specifico soddisfacimento dell'interesse del creditore.

Non a caso si sostiene che, le stesse *lettres de patronage*, possano essere ascritte sia alle obbligazioni di mezzi sia alle obbligazioni di risultato, a seconda del variare della loro intensità¹⁷⁸. Variare d'intensità che è divenuto un criterio di distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato piuttosto diffuso nella dottrina¹⁷⁹, essendo anche sostenuto dal Commento ai principi *UNIDROIT*¹⁸⁰.

Ciò, però, sembra, invero, condurre a negare la stessa astratta catalogazione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, in considerazione del fatto che occorre

Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Paris, 2001.

¹⁷⁷ G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, p. 526; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 1296.

¹⁷⁸ J. F. BARBIÈRI, *Lettres de confort dites << d'intention >>: variations de terminologie et d'intensité*, in *Bulletin Joly societés*, 2005, p. 1230.

¹⁷⁹ A. GARRO, *El "contenido" del contrato bajo los principios de Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales: su impacto en el "Mercosur"*, in BONELL – SCHIPANI (a cura di), *"Principi per i contratti commerciali internazionali" e il sistema giuridico latinoamericano* (Atti di un Convegno), Padova, 1996, p. 188

¹⁸⁰ ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 2010, *Commento art. 5.1.4*, p. 160: "La distinzione tra una "obbligazione di risultato" e una "obbligazione di mezzi" corrisponde a due tipiche gradazioni di impegno che ricorrono frequentemente nell'assunzione di un'obbligazione contrattuale, sebbene non esaurisca tutte le possibili situazioni contrattuali".

verificare, attraverso gli strumenti d'indagine ermeneutica, ciò che, in forza del titolo obbligatorio, il debitore è giuridicamente tenuto a eseguire (*cf.* par. 1.3).

2 LA RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE

2.1 L'adempimento dell'obbligazione

Il Capo II, Titolo I, del quarto libro del codice civile è dedicato all'adempimento delle obbligazioni. Il legislatore ha disciplinato, in un'ottica di continuità normativa, dapprima, le regole da applicare al fine di eseguire esattamente la prestazione e, successivamente, la disciplina che regola l'inadempimento. Disciplina, quest'ultima, rispetto alla quale l'articolo 1218 c.c. rappresenta una disposizione di fondamentale importanza all'interno dell'assetto normativo configurato dal codice. La portata generale della prefata norma è, infatti, determinata dall'ampio contenuto della sua formula e dalla sua collocazione¹⁸¹. Tale fattispecie è, infatti, inserita nel Capo III denominato: "*Dell'inadempimento delle obbligazioni*".

I due blocchi normativi, dedicati rispettivamente al profilo dell'adempimento e dell'inadempimento, devono, dunque, essere necessariamente analizzati congiuntamente, in quanto rappresentano due lati della stessa medaglia (occorre, quindi, anche vagliare il raccordo tra tali disposizioni, es. tra gli artt. 1176, 1218 e 1256 c.c.). A riprova di ciò, l'art. 1453 c.c. sancisce la possibilità per il creditore di richiedere al debitore l'adempimento, qualora il debitore non abbia adempiuto la sua obbligazione, invece della risoluzione per inadempimento. Adempimento che deve essere effettuato in conformità alla buona fede, ai sensi dell'art. 1375 c.c., alla correttezza, ex art. 1175 c.c. e alla diligenza, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile.

Proprio le prefate disposizioni normative indicano che, nell'attuazione del rapporto obbligatorio, la valutazione del comportamento non è unicamente riferibile al lato passivo del rapporto, in quanto sia il debitore sia il creditore devono realizzare un comportamento conforme alla correttezza e alla buona fede. Peraltro, su tale fronte, *exempli gratia*, l'art. 1207 c.c. statuisce che il

¹⁸¹ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *commentario*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna- Roma, 1979, p.1.

creditore sopporti il risarcimento dei danni derivanti dalla sua mora, nonché le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta; inoltre, l'art. 1182, terzo comma, stabilisce che per l'obbligazione pecuniaria, ove il domicilio del creditore sia diverso da quello che aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò renda più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione, possa eseguire il pagamento al proprio domicilio.

In relazione all'adempimento, il legislatore, sotto il profilo lessicale, ha adoperato, indifferentemente, i termini adempimento e pagamento, realizzando, in sede normativa, una pressoché totale equiparazione per indicare l'attività solutoria del debitore¹⁸².

Si discute, in dottrina, invece, del profilo assiologico dell'adempimento e, in particolare, della sua natura negoziale o meno.

Secondo alcuni Autori¹⁸³, l'adempimento rientra, infatti, nella categoria dei negozi, in quanto il debitore finalizza l'attribuzione materiale verso una specifica direzione che, in mancanza, sarebbe inidonea ad essere qualificata come adempimento (si sostiene, infatti, che l'esecuzione obiettiva dell'attività in cui la prestazione consiste può essere fatto costitutivo di fatti giuridici diversi, es. mutuo, donazione ecc.).

Secondo altra parte della dottrina¹⁸⁴, occorre, invece, valutare in concreto la natura del pagamento, in relazione al contenuto della singola attività, dovendosi distinguere tra il profilo funzionale (in cui si esprime la doverosità dell'atto) e il profilo strutturale, che attiene al contenuto della prestazione che, in talune ipotesi, può rivestire la natura negoziale e perfino contrattuale¹⁸⁵ (in questo senso, si identificano le c.d. prestazioni traslative isolate es. artt. 651 e 1706, 2 comma c.c.).

L'impostazione reale non negoziale sembra, però, essere dominante, in considerazione del fatto che si ritiene sufficiente l'obiettiva conformità tra la prestazione eseguita e la prestazione dovuta. Si afferma¹⁸⁶ che, anche ove per adempiere sia necessaria la stipulazione di un contratto, l'atto sarà valutato

¹⁸² R. NICOLÒ, *Adempimento (Diritto civile)*, in Enc. Dir., Milano, 1958, p. 554.

¹⁸³ G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937 c.c. pp. 22, 61.

¹⁸⁴ M. GIORGIANNI, *Pagamento*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1939, IX, p. 417;

¹⁸⁵ A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 11.

¹⁸⁶ C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 267.

quale adempimento, non in quanto manifestazione di autonomia privata, ma in quanto vicenda conforme al programma obbligatorio.

La letteratura giuridica maggioritaria¹⁸⁷ ritiene, infatti, che trattandosi di atto dovuto, il debitore non ha la piena libertà di determinare gli effetti solutori, dunque, non si può intravedere un negozio (salvo l'ipotesi prevista dall'art. 1180 sull'adempimento del terzo, in cui il terzo dispone della propria sfera giuridica, senza esservi obbligato). Ciò sarebbe confermato dall'irrelevanza della sussistenza della capacità del debitore, ai sensi dell'art. 1191 del codice civile.

In relazione alla natura morfologica dell'adempimento, riemerge, inoltre, la problematica esegetica analizzata in sede di oggetto dell'obbligazione tra teorie "personali" e "patrimoniali" dell'obbligazione: tematica che, tuttavia, (come indicato nel primo capitolo) non sembra incidere sulla possibilità o meno di accogliere la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Anche avallando la tesi della scissione tra la prestazione dovuta e la realizzazione del diritto di credito (il quale potrebbe verificarsi ad es. attraverso l'adempimento del terzo) il risultato non costituisce, infatti, un momento esterno ed eventuale del diritto del creditore. Sotto tale angolo prospettico, la dicotomia diventa giuridicamente irrilevante. Mentre, infatti, con riferimento alla prestazione dovuta, il debitore è, comunque, tenuto a infondere al suo comportamento una destinazione tendenziale verso il risultato costituito dalla realizzazione del diritto di credito, di guisa che si dovrebbe giungere all'idea che ogni obbligazione *ex latere debitoris* sia di mezzi. Dall'altro lato, cioè con riferimento al lato attivo, le stesse dovrebbero essere catalogate tra le obbligazioni di risultato¹⁸⁸, rivalutando la necessaria, piena, realizzazione del diritto di credito.

A contrario, valorizzando la tesi del rapporto obbligatorio, quale prestazione dovuta dal debitore, idonea di per sé a soddisfare il creditore, la semplice realizzazione del comportamento dovuto costituisce piena soddisfazione

¹⁸⁷ R. NICOLÒ, *Adempimento (Diritto civile)*, in Enc. Dir., Milano, 1958, p. 554.

¹⁸⁸ R. NICOLÒ, *Adempimento (Diritto civile)*, in Enc. Dir., Milano, 1958, p. 558.

dell'interesse del creditore e, dunque, realizza il risultato giuridico, ancorché si possano individuare dei momenti strumentali rispetto all'attività dovuta¹⁸⁹.

Per l'estinzione dell'obbligazione occorre, tuttavia, che l'adempimento sia esatto. Quando l'adempimento è inesatto (anche sotto il profilo temporale *ex art. 1183 c.c.*) ovvero è totalmente mancato si rientra nella disciplina dell'inadempimento. La problematica dell'inadempimento è legata a quella del contenuto del rapporto obbligatorio.

La regolamentazione dell'inadempimento dell'obbligazione solleva, tuttavia, diverse *quaestiones iuris* che riguardano: l'individuazione dei rimedi che l'ordinamento appresta a tutela del creditore, il profilo dell'imputabilità della responsabilità per inadempimento e la ripartizione degli oneri probatori.

In relazione al primo aspetto, i *conditores iuris* hanno predisposto una pluralità¹⁹⁰ di strumenti attivabili (specialmente per le obbligazioni *ex contractu*).

Il creditore può, peraltro, avvalersi anche di rimedi di natura preventiva. Espressione della tutela preventiva sono, in questo senso, l'art. 1461 c.c. che permette la sospensione dell'esecuzione della prestazione, qualora le condizioni patrimoniali siano tali da porre in pericolo il conseguimento della controprestazione, nonché l'art. 1460 c.c., che prevede che il contraente possa rifiutare di adempiere la sua prestazione, qualora l'altro non adempia o non offra contemporaneamente di adempiere (*exceptio inadimplenti contractus*).

Accanto a questi strumenti precauzionali, il legislatore ha introdotto una vasta gamma di tecniche di tutela del creditore: dall'azione di adempimento, alla risoluzione del contratto, all'esecuzione in forma specifica degli obblighi nascenti dal contratto.

Tali strumenti di tutela sono affiancati dal risarcimento del danno, *ex art. 1218 c.c.*, che rappresenta la forma più generale di tutela del creditore, non essendo preordinato a garantire, solamente, il sinallagma contrattuale come, invece, altri rimedi quali: la risoluzione, la diffida ad adempiere, l'eccezione di inadempimento e la clausola risolutiva espressa.

¹⁸⁹ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *commentario*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna- Roma, 1979, p.6.

¹⁹⁰ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 188.

Pur essendovi, infatti, una forte infiltrazione tra teoria del contratto e teoria dell'obbligazione di guisa che, ove l'obbligazione sorge *ex art.* 1173 dal contratto si assiste a una felice compenetrazione dei principi e delle regole che disciplinano la materia, occorre tenere, comunque, distinti, sotto il profilo teorico, i rimedi predisposti dal legislatore per il contratto, rispetto a quelli individuati per l'obbligazione.

Proprio il risarcimento del danno costituisce il rimedio cardine della disciplina dell'obbligazione. Il risarcimento del danno è, anzi, riferibile anche all'inadempimento di obbligazioni accessorie.

Questo rimedio rappresenta, dunque, la conseguenza principale della responsabilità del debitore per l'inadempimento di un'obbligazione. Non si può, quindi, giungere ad affermare che l'inadempimento sia fonte di nuova obbligazione costituendo, il risarcimento, un rimedio predisposto dal legislatore come violazione dell'impegno obbligatorio, di cui il debitore risponde con l'intero patrimonio.

Sotto il profilo letterale, la prospettiva scelta dal legislatore nell'art. 1218 c.c. è quella del debitore, quale mancata o difettosa realizzazione dell'impegno debitorio. La formula legislativa "prestazione dovuta" induce, dunque, a ritenere che debbano essere sottratti alla sua disciplina le obbligazioni naturali e le obbligazioni nascenti da fatto illecito (disciplinate dagli artt. 2043 e ss. c.c.), ancorché il legislatore ha utilizzato il rimedio risarcitorio anche in ipotesi in cui non è possibile intravedere un inadempimento di un'obbligazione, come nella garanzia per vizi occulti, in materia di vendita di cosa specifica disciplinata nel codice civile¹⁹¹ (cfr. cap. 1.4.2).

Tra gli argomenti più controversi che ruotano intorno alla responsabilità del debitore *ex art.* 1218 c.c., una rilevanza centrale riveste la *querelle* esegetica sulla decodificazione dei criteri d'imputazione ordinanti la responsabilità contrattuale (cfr. cap. 2.2).

La letteratura giuridica, infatti, con riferimento al risarcimento del danno, oscilla, in generale, tra l'individuazione, *ex art.* 1218 c.c., di una responsabilità di natura oggettiva ovvero per colpa (variamente atteggiata).

¹⁹¹ A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1998, p.45.

Proprio in relazione a questo aspetto, parte della dottrina, specialmente d'oltralpe, sostiene la validità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. In questo senso sono, inoltre, esplicitamente orientati i principi UNIDROIT¹⁹².

Peraltro, anche in Italia, un recente orientamento ermeneutico¹⁹³ ha rivalutato, con riferimento alla responsabilità *ex recepto*, la ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Intorno all'art. 1218 c.c. sembrano, dunque, agitarsi diverse anime che non si arrestano solamente al profilo dell'imputabilità della responsabilità contrattuale, interessando anche la ripartizione del relativo *onus probandi* alla luce della dicotomia tra *obligation de moyens et de résultat*. Entrambi i profili sono, quindi, stati oggetto di una serrata anamnesi da parte della dottrina e della giurisprudenza al fine di saggiare l'utilità della distinzione *de qua*.

2.2 Il criterio d'imputazione della responsabilità contrattuale: un pendolo oscillante tra la responsabilità oggettiva e la colpa (variamente atteggiata)

Il legislatore disciplina due distinte tipologie di responsabilità, da un lato, vi è la responsabilità aquiliana o extracontrattuale (alla quale è riconducibile la responsabilità precontrattuale *ex artt. 1337-1338 e 1440 c.c.*), che intercorre quando tra danneggiato e danneggiante non esiste un pregresso vincolo giuridico, ossia non sussisteva un'obbligazione prima del fatto illecito. Dall'altro lato, vi è la responsabilità contrattuale che costituisce, in realtà, una sineddoche attraverso la quale si indica il concetto più ampio di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione¹⁹⁴. Per entrambe le forme di responsabilità si discute, vivacemente, sul criterio d'imputazione del danno al suo autore.

¹⁹² ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 2010, art. 5.1.4, p. 160.

¹⁹³ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999.

¹⁹⁴ G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il cod. civ. comm.*, diretto da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Milano, 2006, p. 24 ss.

Sotto il profilo della responsabilità aquiliana, in particolare, i *conditores iuris*, sembrano aver confezionato una varietà di criteri d'imputazione. Si passa, infatti, dall'imputazione per dolo o colpa, indicata dall'art. 2043 c.c.; alla responsabilità oggettiva prevista dagli artt. 2049, 2051, 2052 c.c.; alla responsabilità per colpa presunta *ex artt.* 2047, 2048 c.c., ove si ammette la prova di "non aver potuto impedire il fatto", prova che, secondo parte della dottrina, risulta diversa dalla dimostrazione del caso fortuito, indicato negli artt. 2051 e 2052 del codice civile.

Il legislatore cristallizza, quindi, in relazione alla responsabilità derivante da un fatto illecito, una diversa allocazione del danno e del rischio della prova, utilizzando differenti criteri d'imputazione, a seconda della concreta tipologia fattuale, ad esempio l'attività pericolosa, d'impresa ecc.

L'emersione sempre più frequente di nuove ipotesi di responsabilità oggettiva (es. resp. del produttore *ex art.* 114 cod. consumo) sembra anche porre in crisi la tesi secondo cui, in materia di responsabilità aquiliana, il criterio generale d'imputazione sarebbe quello indicato dall'art. 2043 c.c., ossia la colpa o il dolo.

Ad ogni modo, secondo quanto già detto, la policromia delle forme d'imputazione della responsabilità extracontrattuale non influisce sulle obbligazioni di mezzi e di risultato, in quanto, come è stato sottolineato da attenta dottrina¹⁹⁵, l'obbligazione da fatto illecito sfugge ad una simile distinzione. La responsabilità aquiliana, in ragione del principio generale di *neminem laedere* che la caratterizza, non permette, infatti, l'individuazione di una prestazione in senso stretto nei confronti di un soggetto determinato, prospettando semplicemente un dovere di non interferenza nella sfera di appartenenze altrui (tematica, che oggi assume rilevanza in ragione della legge 8.11.2012 n.189, che ha qualificato la responsabilità del sanitario, in cui tradizionalmente si rinviene una concretizzazione dell'obbligazione di mezzi, come aquiliana)

¹⁹⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 314; A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, pg. 138 (riproduzione in lingua italiana di uno studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, p. 126 ss.).

Per converso, anche in ambito contrattuale, ove è stata utilizzata la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, l'imputabilità dell'inadempimento rimane comunque controversa, dibattendosi¹⁹⁶ proprio sulla necessità di individuare un criterio corrispondente a quanto stabilito nell'art. 2043 del codice civile.

In particolare, in relazione alla responsabilità *ex art.* 1218 c.c., sono emerse diverse ricostruzioni esegetiche rivolte a chiarire il peculiare intreccio tra gli artt. 1176, 1218 e 1256 del codice civile. Eterogeneità di ricostruzioni che, invero, era già emersa¹⁹⁷ con riferimento al codice civile del 1865, in relazione al significato da attribuire al requisito dell'estraneità dell'inadempimento, ai sensi degli artt. 1224, 1225 e 1226. Disposizioni che, peraltro, riportarono la disciplina presente nel codice napoleonico (artt. 1147, 1148).

Proprio sotto l'aspetto dell'individuazione del criterio d'imputazione dell'inadempimento, durante gli inizi del secolo passato era, infatti, affiorato un acceso dibattito giuridico¹⁹⁸.

La fortificata attenzione dei giuristi sull'imputabilità della responsabilità contrattuale derivava, in particolare, dall'analisi dell'incidenza giuridica sull'obbligazione di eventi bellici (si pensi al D. lgt. 27 maggio 1915 n. 739 che intervenne ad equiparare al caso fortuito e alla forza maggiore, previsti dagli artt. 1225 e 1226, l'eccessiva onerosità che fosse derivata dallo stato di guerra), nonché dall'emersione di nuove forme di protesta, quale lo sciopero,¹⁹⁹ che incidevano anche sull'obbligazione di cose generiche (tradizionalmente valutata con criteri di imputazione molto rigorosi, anche in omaggio al principio *genus numquam perit*). La *querelle* era, inoltre,

¹⁹⁶ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 324; L. MENGONI *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 289.

¹⁹⁷ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *riv. dir. civ.*, 1918, p. 222; G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, 1897, p. 685; N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, p. 55 ss.

¹⁹⁸ Ciò ha comportato una particolare attenzione esegetica nei confronti delle Fonti e, in particolare, di un passo di VENULEIO fr. 137, § 4 D. de verb. obl., XLV, 1 “*sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque non rerum quae promittuntur...*”.

¹⁹⁹ L. BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, appendice, in *Tratt. teor. prat. di dir. civ.* G. Baudry -Lacantinerie e A. Wahl, *Del Contratto di locazione*, II, Milano, p. 456 ss.

influenzata dall'emergere della teoria, proveniente dalla dottrina tedesca²⁰⁰, del "dovere di sforzo" verso uno scopo, attraverso la quale si riscontrava nel concetto di inesigibilità, contrapposto al concetto di impossibilità, una situazione ugualmente idonea alla liberazione del debitore dal vincolo.

L'anamnesi della responsabilità contrattuale, scalfita nell'art. 1218 del vigente codice civile, ha, dunque, consentito di riprendere il dibattito²⁰¹ sui criteri d'imputazione di siffatta forma di responsabilità.

La *quaestio iuris* in esame assume un valore centrale anche in merito alla distinzione tra le obbligazioni di mezzi e di risultato. Dicotomia che implica un'indagine dei principi informatori della responsabilità contrattuale al fine di vagliarne la rilevanza giuridica²⁰², alla luce delle soluzioni giurisprudenziali prospettate.

Le soluzioni ermeneutiche, tratteggiate intorno all'art. 1218, si presentano, però, estremamente eterogenee.

Secondo una prima ricostruzione esegetica,²⁰³ prospettata antecedentemente alla redazione del vigente codice civile, ma che indubbiamente influenzò la stesura della disposizione alla luce della Relazione al codice, la responsabilità del debitore costituisce una responsabilità oggettiva.

Questa impostazione ermeneutica, che è stata confermata dalla letteratura giuridica anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del 1942, in virtù del tenore letterale dell'art. 1218 c.c., ritiene, da un lato, che ove il debitore è inadempiente sarà sempre responsabile della mancata attuazione del programma negoziale, dall'altro lato, che quest'ultimo si libera dal vincolo solo attraverso l'impossibilità della prestazione, la quale, peraltro, deve derivare da una causa a lui non imputabile.

In tale ottica, la diligenza del buon padre di famiglia è, quindi, diretta a regolare solamente l'esattezza dell'adempimento e non già l'inadempimento.

²⁰⁰ G. HARTMANN, *Die obligation*, Erlangen, 1875, p. 173.

²⁰¹ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 1979, Roma-Bologna.

²⁰² L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 296, p. 280.

²⁰³ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *riv. dir. civ.*, 1918, p. 209, 344, 418 ss.

In particolare, l'art. 1176 c.c. soddisferebbe una duplice esigenza. Da una parte, il debitore, utilizzando la normale diligenza, dovrebbe impedire che la prestazione diventi impossibile, nel senso che l'obligato non deve dare causa, con un suo comportamento, all'impossibilità della prestazione. Dall'altra parte, assume rilievo per la valutazione dell'esatto adempimento, di guisa che occorre verificare se il debitore nell'attività dovuta abbia esplicato la diligenza del buon padre di famiglia.

Ciò comporta che, se la prestazione è possibile, il debitore sarà sempre responsabile e non potrà invocare l'art. 1176 del codice civile.

L'art. 1218 c.c. deve, infatti, essere correlato all'art. 1256 c.c., che prevede l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità. Il debitore inadempiente può considerarsi esente da responsabilità, solo quando la prestazione sia divenuta impossibile.

L'impossibilità sopravvenuta, cui si riferisce il prefato articolo, è quella obiettiva e assoluta.

L'impossibilità è obiettiva²⁰⁴, qualora un evento si opponga all'esecuzione della prestazione in sé considerata (con irrilevanza degli impedimenti relativi all'organizzazione o ai mezzi del debitore), potendosi, però, considerare impossibile la prestazione anche quando per malattia mentale o fisica, l'obligato non possa svolgere l'attività cui sarebbe tenuto.

L'impossibilità è assoluta, quando è costituita da un impedimento che non può, in nessun modo, esser vinto dalle forze umane, situazione alla quale è equiparato l'impedimento che metta in pericolo l'integrità personale o un altro attributo della personalità dell'obligato.

La prospettiva ermeneutica *de qua* comporta, inevitabilmente, un marcato *favor creditoris* che deriva, da un lato, dall'accettazione del rischio, valutato dal debitore al momento dell'assunzione dell'obbligazione, posto che ogni soggetto sopporta i rischi della propria economia individuale, dall'altro lato,

²⁰⁴ Sulla distinzione tra impossibilità obiettiva e soggettiva F. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse (Beiträge zum Obligationenrecht, I. Abt.)*, Braunschweig, 1853, pp. 32 ss., aveva tracciato la rilevanza dell'impossibilità soggettiva in termini generali per ogni obbligazione che abbia per oggetto la prestazione di una cosa individualmente determinata.

dall'affidamento riposto dal creditore all'espletamento dell'esatta prestazione dovuta.

Questa teoria, tuttavia, svalutando le circostanze concrete come coefficienti di determinazione dell'obbligazione e assolvendo da responsabilità il debitore, solo ove la prestazione sia divenuta impresa sovraumana, in virtù di un procedimento di astrazione dell'obbligazione, ha suscitato forti dissensi nella letteratura giuridica²⁰⁵.

A fronte di tale impostazione esegetica sono, infatti, emersi altri orientamenti volti a temperare, in vario modo, la responsabilità del debitore.

Parte della dottrina²⁰⁶ ha mitigato il ruolo dell'impossibilità, utilizzando il principio di buona fede, filtrata attraverso il principio di correttezza nello svolgimento del rapporto obbligatorio. La buona fede, in tale ottica, costituirebbe un ruolo di misura del contenuto dell'obbligazione.

La liberazione del debitore si può verificare, quindi, non solo quando lo scopo dell'obbligazione è divenuto in sé impossibile, ma anche quando, in virtù di circostanze sopravvenute, il risultato non potrebbe esser realizzato se non attraverso mezzi anormali rispetto al rapporto obbligatorio, tali che il debitore non può ritenersi impegnato al loro impiego.

In quest'ottica, per ritenere il debitore responsabile, lo sforzo necessario per adempiere la prestazione non deve concretarsi in un'attività estranea al contenuto dell'obbligo, poiché in quest'ultimo caso si verificherebbe una impossibilità estintiva e non la semplice *difficultas praestationis*. L'impossibilità soggettiva, inoltre, non essendo vera impossibilità, non può avere efficacia liberatoria fuori dai casi previsti dalla legge.

Determinata alla stregua della buona fede la misura del vincolo e, quindi, individuati i mezzi e le modalità con cui il debitore è obbligato a procurare il risultato promesso al creditore, è attraverso la correttezza, ai sensi dell'art. 1175 c.c., intesa quale limite all'esercizio del diritto di credito, che può

²⁰⁵ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Varese, 1988, p. 1079

²⁰⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 280 ss.

emergere anche una causa di esonero del debitore (es. la cantante che all'ultimo disdice il *recital* per raggiungere il figlio morente).

In questo senso, se, da un lato, il criterio della colpa (diligenza) è insufficiente a sottrarre il debitore dall'obbligo di risarcire i danni, dall'altro lato, l'art. 1175 c.c., costituendo un'autonoma causa esimente per il debitore, è equiparabile *quoad effectum* all'impossibilità.

L'obiettivo di attenuare la responsabilità del debitore è stato anche perseguito da altra parte della letteratura giuridica²⁰⁷, la quale ha, invece, tentato di attribuire un significato relativo al concetto di impossibilità. L'impossibilità, in tale ottica, è necessariamente relativa, in quanto si deve tenere in considerazione il tipo di rapporto obbligatorio, posto che la prestazione può essere diversa e, dunque, richiedere uno sforzo di cooperazione differente.

Secondo tale impostazione, se è vero che il debitore è responsabile fino al limite dell'impossibilità, occorre, tuttavia, rapportare questo limite al concreto comportamento dedotto in obbligazione. E' necessario vedere se l'impedimento possa o meno essere superato con quell'impegno di cooperazione che è richiesto al debitore, in relazione al rapporto assunto.

In questo senso, si sostiene che l'art. 1176 del codice civile non è rivolto a stabilire quelli che sono i presupposti della responsabilità contrattuale, nel senso che il torto contrattuale consista unicamente nell'inosservanza della diligenza. Esso, invece, segna un criterio di valutazione della condotta solo per le obbligazioni di consegna, ad esempio nel contratto di prestazione d'opera con il quale il debitore si impegna a prestare servizi. Tuttavia, si soggiunge che l'osservanza della diligenza richiesta non è di per sé decisiva, essendo bensì condizione necessaria, ma non sufficiente, ad escludere l'imputabilità al debitore, ancorché nelle obbligazioni di mezzi appare concepibile una possibile indipendenza dalla sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione.

La ricostruzione *de qua* si rivela, quindi, particolarmente interessante ai fini del presente studio, giacché offre anche un'indicazione suggestiva per l'analisi dei criteri di imputazione della responsabilità, in relazione alle obbligazioni di mezzi e di risultato (*cf.* par. 2.3).

²⁰⁷ E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 107 e 130 ss.

Accanto alle predette impostazioni ermeneutiche sono, poi, emerse prospettive esegetiche orientate a dare una sensibile rilevanza al ruolo della colpa. Occorre, tuttavia, premettere che, a tal fine, spesso, si è operato dal punto di vista esegetico anche sul significato di caso fortuito²⁰⁸ (richiamato dal legislatore agli artt. 1007, 1492, 1609, 1635, 1636, 1637, 1648, 1693, 1787, 1805, 1839, 2037, 2051, 2052, 2743 del codice civile) e sulla equazione concettuale che lega il *casus* alla *culpa*²⁰⁹.

Anche con riferimento all'area esegetica che conferisce spessore giuridico al ruolo della colpa nell'ambito della responsabilità contrattuale, le teorie prospettate sono, comunque, state piuttosto eterogenee.

Secondo l'analisi di un'autorevole dottrina²¹⁰, l'art. 1218 c.c. sarebbe inadeguato a regolare l'intero campo della responsabilità per inadempimento, in quanto l'articolo *de quo* riguarderebbe solamente l'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta oggettiva e assoluta, come limite della responsabilità.

In questo senso, tale articolo assume un'importanza centrale, dettando una regola di condotta solo nei rapporti in cui la prestazione principale del debitore consista proprio nell'impedire l'impossibilità sopravvenuta, ad esempio nelle obbligazioni di consegnare o restituire una cosa certa e determinata, nelle quali

²⁰⁸ G. COTTINO, *Caso fortuito (dir. civ.)*, in *enc. dir.*, 1960, p. 377; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 296; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *riv. dir. civ.*, 1918, p. 238 ss.

²⁰⁹ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 252; Critico L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 296: "Si crea questa illusione prospettando l'idea dell'inadempimento come colpa eo ipso sotto la falsa luce di una presunzione di colpa (negligenza) che sarebbe collegata al fatto dell'inesecuzione della prestazione e non potrebbe essere vinta se non con la prova del fortuito. Senonché, già sappiamo, la costruzione di una simile presunzione potrebbe avere un senso solamente se si dimostrasse che presupposto oggettivo della responsabilità non è tanto l'inadempimento quanto l'impossibilità sopravvenuta di adempiere. Dimostrato invece che l'impossibilità non ha una funzione costitutiva ma piuttosto estintiva della responsabilità, la presunzione in parola appare viziata da una contraddizione in termini. L'equivoco, di cui è gravida l'affermazione *casus = non-culpa*, influisce qui sulla valutazione dell'onere della prova. Posto che, in relazione alla pretesa di danni, contenuto della prova liberatoria del debitore è il caso fortuito, si crede di poter argomentare da quella equazione che tale prova sia destinata a vincere una presunzione legale di colpa inerente all'inadempimento, e si dimentica che la prova dell'assenza di colpa si risolve necessariamente nella prova del fortuito soltanto nell'ipotesi di successiva impossibilità della prestazione. Fuori di questa ipotesi, e in particolare nel caso di ritardo dell'adempimento, la c.d. presunzione di colpa si rivela per quello che veramente è: una finzione di colpa, o meglio una imputazione a titolo di colpa affatto indipendente dal criterio della diligenza e fondata sulla circostanza oggettiva della possibilità della prestazione".

²¹⁰ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 229.

il debitore è tenuto soprattutto a evitare il perimento della cosa o la sua sottrazione. Si afferma, infatti, che l'obbligo di restituire o consegnare la cosa assume una portata modesta nell'economia del rapporto obbligatorio, atteso il potere del creditore di raggiungere in via d'esecuzione forzata il possesso o la detenzione della *res*.

L'interesse del creditore, in presenza di questi elementi, si cristallizza, quindi, nella custodia, in quanto solo l'inadempimento di questo obbligo, provocando la perdita o l'avaria del bene, è idoneo a ledere tale interesse (finché la cosa esiste può, infatti, sorgere solo una responsabilità da ritardo). In relazione a ciò, l'art. 1218 c.c. costituisce regola di condotta volta a coprire l'intera area dell'attività principale dovuta dal debitore.

Nelle altre ipotesi, l'ordinamento non affida unicamente all'art. 1218 c.c. la tutela dell'interesse del creditore. Il rapporto obbligatorio presuppone soprattutto l'obbligo di un comportamento idoneo a soddisfare l'interesse del creditore e ciò non può esaurirsi solo nell'impedire l'impossibilità della prestazione. Sul debitore grava, infatti, l'obbligo di compiere l'attività, al fine di soddisfare l'interesse del creditore. Questi obblighi sono disciplinati da una regola di condotta che addossa al debitore una diligenza (sforzo) variamente misurata nei diversi rapporti, ancorché l'art. 1176 assume una funzione preminente.

Per le obbligazioni pecuniarie, infine, secondo codesta ricostruzione, è il peculiare oggetto, ossia la somma di denaro che, sovrastata da considerazioni economiche, impedisce di applicare la regola che impone al debitore l'applicazione di uno sforzo nell'esecuzione dell'attività dovuta, escludendo, dunque, un giudizio di colpa.

Un Autore²¹¹ ha, poi, asserito che la colpa rimane un principio basilare della responsabilità contrattuale, anche quando si accolga dell'impossibilità sopravvenuta una concezione assoluta e obiettiva.

Si afferma che sono, infatti, possibili tre forme principali di responsabilità contrattuale. E' riscontrabile l'inadempimento di una prestazione ancora possibile, che si presenta quando sono individuabili, da un lato, l'inesecuzione

²¹¹ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. .

della prestazione e, dall'altro, la possibilità di adempimento. Vi è poi la responsabilità fondata sull'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta, i cui presupposti sono: l'inesecuzione della prestazione, l'impossibilità obiettiva di eseguirla e la colpa del debitore nella causa che ha determinato l'impossibilità. E', altresì, verificabile l'ipotesi di responsabilità fondata sulla colpa nell'adempimento, ove unico presupposto è la colpa che trova la sua fonte nell'art. 1176 del codice civile.

Altra parte della dottrina²¹² ha, infine, affermato che, anche alla luce del principio di effettività filtrato dalle soluzioni giurisprudenziali, il giudizio di responsabilità costituisce una valutazione sull'operato del debitore, il quale ha attuato uno sforzo inferiore a quello che il vincolo obbligatorio gli richiedeva. L'impossibilità della prestazione, quindi, è concretamente accolta, esulando dal riferimento a ciò che nessuna forza umana può evitare o superare, colorandosi, piuttosto, facendo riferimento all'impedimento superiore allo sforzo diligente richiesto al debitore (la colpa è, quindi, presunta, posto che la prova dell'impossibilità per causa non imputabile è a carico del debitore). Ciò svela, dunque, l'esistenza di un collegamento tra i limiti della responsabilità debitoria e i limiti dello sforzo diligente dovuto. La responsabilità, in tale ottica, deriva da una disapprovazione dell'ordinamento per l'ingiustificata disapplicazione di un certo, doveroso, sforzo, cioè mediante un giudizio di colpa.

Alla luce dell'indagine effettuata, diverse sono le tesi ricostruttive sulla responsabilità contrattuale. Questa varietà di teorie ha, inevitabilmente, influito anche sulla ricostruzione della suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Alcuni fautori della distinzione, infatti, propongono un approccio esegetico teso a modificare il regime della responsabilità e degli oneri probatori, a seconda che sussista un'obbligazione di mezzi ovvero di risultato.

²¹² C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 1979, Roma-Bologna, p. 104.

2.3 La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sul piano del fondamento della responsabilità

Dopo aver analizzato le variegate ricostruzioni esegetiche intorno alla responsabilità contrattuale, occorre vagliare l'incidenza delle prefate ricostruzioni in relazione alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, al fine di valutarne l'utilità sotto il profilo della imputabilità dell'inadempimento²¹³.

In dottrina, infatti, è stato affermato che, la suddivisione *de qua*, inciderebbe sui limiti e sui criteri della responsabilità del debitore. Tali considerazioni sono state, peraltro, in parte cristallizzate anche nei principi *UNIDROIT*²¹⁴.

In particolare, si è sostenuto²¹⁵ che mentre le obbligazioni di risultato darebbero luce ad una forma di responsabilità oggettiva, le obbligazioni di mezzi, invece, esigerebbero una responsabilità per colpa del debitore. In tal senso, il limite delle obbligazioni di comportamento risulta di natura soggettiva, costituito, dunque, da un *agere quantum possum*. Viceversa, il criterio di imputazione nelle obbligazioni di risultato appare segnato dal *casus*. Con riferimento a tale angolo di visuale, è stato anche affermato²¹⁶ che l'art. 1176 c.c. segna un criterio di valutazione della condotta solo per le obbligazioni di contegno (es. nel contratto di prestazione d'opera, con il quale il debitore si impegna a prestare servizi) e, in ragione di ciò, appare concepibile una possibile indipendenza dalla sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione.

²¹³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 309.

²¹⁴ ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 2010, *Commento* art. 5.1.4, p. 161: “ *Ove si tratti di un'obbligazione di risultato, la parte è tenuta semplicemente a raggiungere il risultato promesso e il mancato raggiungimento del risultato equivarrà di per sé ad un inadempimento, soggetto all'applicazione della disposizione relativa alla forza maggiore (articolo 7.1.7). Al contrario, la valutazione dell'inadempimento di un'obbligazione di mezzi impone un giudizio meno severo, fondato su una comparazione con gli sforzi che una persona ragionevole della stessa qualità della parte avrebbe compiuto nelle medesime circostanze*”.

²¹⁵ H. A. FISCHER, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, in *Jhering Jahrbücher.*, 37, 1897, pp. 254 ss.

²¹⁶ E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 107 e 130 ss.

Sotto l'aspetto dell'applicazione pratica, inoltre, come ha riportato l'analisi della dottrina,²¹⁷ un orientamento giurisprudenziale d'oltralpe²¹⁸, piuttosto consolidato, ritiene che, il debitore, nelle obbligazioni di mezzi, non possa essere condannato se non sulla base di “*une faute personnelle*”, che spetta al creditore provare. Invece, nelle obbligazioni di risultato risponde, senza alcuna indagine sulla sua condotta, sulla base della semplice prova della mancanza di risultato, con la sola causa liberatoria della “*cause étrangère*” (e non della mancanza di colpa). Sotto tale aspetto, significativa appare anche la recente giurisprudenza sulle *lettres de patronage*²¹⁹ (cfr. par. 1.4).

La ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata, altresì, utilizzata, con riferimento alla valutazione della loro incidenza sui criteri di imputazione della responsabilità, anche in relazione all'obbligazione del depositario e, in ottica più generale, con riferimento alle obbligazioni di custodia.

Parte della letteratura giuridica²²⁰ afferma, infatti, che l'obbligazione del depositario rientri *tour court* nell'alveo dell'obbligazione di risultato, in ragione della considerazione che il fine essenziale del deposito non si rinviene, in tale ottica, nel semplice fatto strumentale della attività di custodia in sé e per sé, bensì nel risultato (bene-utilità) costituito dalla conservazione nello stato originario dell'integrità fisica ed economica della cosa. Dunque, la custodia è l'attività, mentre la conservazione è il fine. La soluzione prospettata è, comunque, controversa. Altra parte della dottrina²²¹, in un'ottica diametralmente opposta, rivalutando il ruolo della custodia e del rapporto di

²¹⁷ V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, Dig. disc. priv., 1995.

²¹⁸ Civ., 4-10-1967, *JCP*, 1968, II, n. 15698, nota di Dejean de la Batte; Civ., 27-4-1976, *JCP*, 1976, II, n. 18477, nota di Rodiere; Civ., 29-11-1989, *JCP*, 1990, IV, 32; Com., 9-10-1990, *JCP*, IV, 393; Civ., 28-10-1991, *JCP*, 1992, IV, 46.

²¹⁹ Cass. com., 19 avr. 2005, n. 03-11567, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1223; Cass. com., 19 avr. 2005, n. 01-12347, *ibidem* p. 1224. CA Paris, 15 Juin 2005, n. 03/03861, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1227. In dottrina, J. F. BARBIÉRI, *Lettres de confort dites «d'intention»: variations de terminologie et d'intensité*, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1223. in Belgio, Court d'appel de Bruxelles, 25 avr. 2008, in *Revue de droit commercial belge*, 2010, p. 183. Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati cfr. J. BELLISSANT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 2001.

²²⁰ C. A. FUNAIOLI, *Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Grosso - Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 17 ss.

²²¹ A. DALMARTELLO e G. B. PORTALE, *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XII, Varese, 1964, p. 259.

durata, ritiene che il creditore sia già soddisfatto dall'espletamento di tale condotta.

La distinzione tra le obbligazioni di mezzi e di risultato, sempre in ragione della relazione che può intercorrere tra il debitore e una *res*, è stata recentemente anche affrontata²²² sotto il profilo della responsabilità *ex recepto*.

La natura e l'inquadramento della responsabilità *ex recepto*, risalente al diritto romano, sono, però, tutt'altro che pacifiche. Il *receptum nautarum cauponum stabulariorum* rappresentò nel diritto romano, una responsabilità del tutto peculiare, creata al fine di tutelare i clienti dei nocchieri, degli albergatori e degli stallieri, per la perdita della *res* (*Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituant, in eos iudicium dabo*, Ulp. D, 4, 9, 1§1). In sostanza, si trattava di una responsabilità per mancata restituzione della cosa, anche, ma non solo, nell'ipotesi di danno e di furto (*Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta: furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subiit*, Ulp., D. 47, 5, 1 § 4). Costoro rispondevano, infatti, con un'azione penale, per i danneggiamenti e i furti compiuti dal personale dipendente e, inoltre, attraverso una clausola speciale dell'editto *de receptis* erano chiamati a rispondere in linea contrattuale dei danni e dei furti perpetrati ad opera di chiunque, durante il *receptum*²²³. Secondo l'analisi proposta dalla dottrina, questa peculiare forma di responsabilità era, comunque, ascrivibile allo schema della custodia tecnica²²⁴.

La responsabilità *ex recepto* è, peraltro, disciplinata anche nel codice civile vigente. In questo senso, la dottrina²²⁵ ha esaminato, anche attraverso un'indagine storica che ne evidenzi il fondamento dommatico, gli artt. 1693, 1783 (1784, testo previgente) e 1787 del codice civile, che contemplano rispettivamente: la responsabilità del vettore, dell'albergatore e dei magazzini generali. Fattispecie che, pur essendo accomunate, non presuppongono, però,

²²² G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 212.

²²³ V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1927 p. 110.

²²⁴ G. LUZZATTO, *Custodia (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1968, p. 94.

²²⁵ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 222 ss.

la medesima situazione fattuale, in quanto nella responsabilità per cose consegnate al vettore ovvero depositate ai magazzini generali, il debitore è detentore della cosa, a differenza dell'albergatore.

In ordine a siffatta forma di responsabilità, la *quaestio iuris* principale è rappresentata dall'esigenza di determinarne la disciplina, alla luce del fatto che nei precedenti articoli si menziona, per sottrarre il debitore dal risarcimento del danno, il caso fortuito o la forza maggiore e, accanto a questi, altri fatti determinati come la natura e i vizi della cosa e il difetto di imballaggio delle merci. Nessun riferimento esplicito è, dunque, prospettato in relazione alla "impossibilità per causa non imputabile", prevista, invece, nell'art. 1218 del codice civile, cosicché, anche alla luce delle variegate ricostruzioni teoriche prospettate sulla responsabilità contrattuale, si discute se la responsabilità *ex recepto* sia una responsabilità speciale aggravata.

Secondo parte della dottrina²²⁶, l'aggravamento della responsabilità *ex receptum* non deriverebbe dalla presenza di una responsabilità oggettiva, quanto, piuttosto, dall'imposizione di un più gravoso onere probatorio consistente nella prova, in positivo, del fatto che ha causato l'inadempimento. Si addosserebbe, dunque, al debitore il rischio delle cause ignote.

Alla luce di questa impostazione esegetica, infatti, l'eccezionalità della responsabilità *ex recepto* emerge sul terreno della prova. Il debitore dovrebbe, quindi, provare positivamente sia il fatto estraneo, specificamente individuato, che ha cagionato il danno, sia la non imputabilità di esso. Non è, dunque, ammessa la prova negativa che la perdita o avaria della *res* non deriva da fatto proprio o dei dipendenti (causa estranea), né da negligenza propria o dei dipendenti (causa non imputabile).

Viceversa, altra parte della dottrina²²⁷ ha sostenuto che il legislatore nelle responsabilità *ex recepto* ha, invece, cristallizzato un trattamento di favore per il debitore, trattandosi di una responsabilità attenuata, realizzata mediante clausole legali d'irresponsabilità in relazione ad alcuni fatti determinati.

²²⁶ A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Codice civile, Commentario* dir. da D'Amelio e Finzi, Firenze, Delle obbligazioni, II, 1947, p. 443

²²⁷ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 241.

Questa ricostruzione ermeneutica muove dalla considerazione secondo cui il caso fortuito costituisce concetto eminentemente soggettivo, di cui la colpa è nozione antitetica. Si afferma, infatti, che il caso fortuito si identifica con ciò che non può essere imputato a titolo di colpa.

Il trattamento favorevole è fatto discendere, quindi, dalla considerazione secondo cui, le ipotesi previste dal legislatore (natura e vizi della cosa, difetto d'imballaggio ecc.), non richiedono la prova dell'assenza di colpa. Ciò è considerato come una parziale deroga in favore del debitore. Si sostiene, infatti, che la menzione di quei fatti esoneranti costituisce una causa d'irresponsabilità in casi in cui, il comune debitore, sarebbe, invece, responsabile se non provasse anche l'assenza di una sua colpa.

Anche altra parte della letteratura giuridica, pur se con diverse argomentazioni, è pervenuta a rifiutare l'esistenza, nella responsabilità *de qua*, di un aggravio della posizione del debitore.

Secondo una ricostruzione esegetica²²⁸, sulla base dell'equivalenza "*casus = non culpa*", la prova del fatto impeditivo dell'adempimento e della sua non imputabilità possono essere unificate attraverso la dimostrazione del "come" del comportamento del debitore (in questo senso, si argomenta dalla Rel. al re, n. 571: "*La prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà alle volte ricavarsi da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che talora potrà anche essere di per sé sufficiente*"). Inoltre, per il debitore "comune" non si può affermare, a priori, la sufficienza della prova negativa, in quanto occorre tenere conto delle circostanze della prestazione dovuta.

Il fatto che nella responsabilità *ex recepto* sia *ex lege* necessaria la prova specifica dell'evento incolpevole, impeditivo dell'adempimento, non è sufficiente ad affermare che sia richiesto un grado di diligenza diverso dal

²²⁸ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. di dir. civ e comm.* già dir. da Cicu e Messineo, cont. da Mengoni, XVI, Milano, 1984, p. 102.

normale. L'indicazione nominativa di eventi idonei a liberare il debitore prende, infatti, la forma di una semplice elencazione di cause non imputabili.

Rivalutando la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, un Autore²²⁹ ha, infine, sostenuto che mentre l'obbligazione di custodia gravante sul comune depositario è un'obbligazione di mezzi, quella *ex recepto* è un'obbligazione di risultato.

In tale ottica si afferma che, nel *recepto*, il contenuto del rapporto - come descrivevano le fonti per il *nauta*, il *caupo* e lo *stabularius* - si atteggia come *salvum fore recipere*. Il debitore è, quindi, tenuto alla conservazione della cosa, quale risultato promesso, che si differenzia dalla mera custodia.

Individuata nella responsabilità *de qua* l'impegno a garantire la "sicurezza" dei beni, si ritiene che quest'ultima appare morfologicamente diversificata, presentandosi, da un lato, quale obbligo di prestazione (come nella responsabilità del vettore), dall'altro, come obbligo autonomo di protezione, distinto dall'obbligo di prestazione (come nel deposito in albergo). Entrambe le fattispecie di *recepto* rappresenterebbero, comunque, obbligazioni di risultato.

Avallata²³⁰, quindi, l'ammissibilità della suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell'ambito del *receptum*, la predetta distinzione è riscontrata, in via generale e astratta, in ragione della considerazione che, nelle obbligazioni di *moyens*, il "risultato" influisce *ab extrinseco* sulla prestazione, in quanto accadimento che non rientra nella sfera di controllo del debitore (il fatto che il "risultato" possa agevolmente rientrare nella sfera di controllo del debitore, non implica, però, che, il legislatore, nel disciplinare il tipo contrattuale, non possa configurare un'obbligazione di mezzi). Da ciò deriva che nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta non coincide necessariamente con il soddisfacimento dell'interesse finale del creditore che si presenta connotato da una più o meno ampia aleatorietà.

Sotto il profilo della responsabilità contrattuale, la ricostruzione teorica in esame, pur equiparando la causa non imputabile e il caso fortuito, giunge, poi,

²²⁹ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 93.

²³⁰ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 170.

nonostante il riscontro di un'unitaria valutazione del limite della responsabilità costituito dall'impossibilità, a ritenere, comunque, sussistenti forme diverse d'imputazione della responsabilità a seconda della distribuzione dell'onere della prova, e ciò è, in particolar modo, ascritto alla dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Si sostiene²³¹ che nonostante gli artt. 1176 e 1218 c.c. siano riferibili sia alle obbligazioni di mezzi, sia alle obbligazioni di risultato, l'individuazione dell'utilità della distinzione è determinata proprio dal diverso criterio d'imputazione della responsabilità per inadempimento. Permanendo, infatti, il limite dell'impossibilità oggettiva e assoluta, nelle obbligazioni di risultato, è il debitore che deve fornire la prova del fatto estraneo che ha causato l'impossibilità. Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi, spetterà al creditore la prova della causa, imputabile al debitore, che abbia impedito la soddisfazione del suo interesse (posto che il debitore può fornire la prova di aver rispettato gli *standards* tecnici e la diligenza che era tenuto ad osservare).

In questo senso, la regola dell'attribuzione del rischio delle cause ignote finisce per determinare la natura stessa della responsabilità, alla luce del fatto che sussiste una responsabilità soggettiva, quando l'attribuzione della prova del rischio della causa ignota (e della sua imputabilità) è attribuita al creditore, mentre, la responsabilità è oggettiva, quando il medesimo rischio è a carico del debitore (il quale può essere ritenuto responsabile anche in assenza di colpa, ove non riesca a provare il fatto estraneo che ha causato l'impossibilità).

In ragione di tale prospettiva esegetica, si riconosce nel depositario (non imprenditore) un'obbligazione di mezzi, di guisa che il debitore risulta responsabile per la mancata o inesatta custodia della cosa, preordinata alla sua restituzione, solo ove ciò possa avvenire attraverso lo svolgimento di un'attività diligente (art. 1768 c.c.), con imputazione al creditore del rischio della causa ignota ascrivibile al debitore²³². E', allo stesso tempo, inquadrata

²³¹ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999.

²³² G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 195.

tra le obbligazioni *de moyens*, anche l'obbligazione accessoria di custodia, prevista dall'art. 1177 del codice civile.

Viceversa, proprio con riferimento alla responsabilità *ex recepto*, si ritiene sussistere un'obbligazione di risultato (così come per il depositario imprenditore²³³, in virtù dell'ampia formula legislativa racchiusa nell'art. 1786 c.c., che fa ricadere lo svolgimento professionale di un'attività di custodia nell'alveo della responsabilità *ex recepto*). Si afferma che il risultato di preservare la cosa non è, infatti, esterno rispetto alla prestazione, come scopo cui deve tendere l'attività diligente del debitore, ma è dedotto in obbligazione. Per tale ragione, si ritiene che il debitore non sarà liberato provando solamente la sua diligenza, ma dovrà specificamente provare la causa esterna non imputabile cui sia riferibile il danno, sopportando il rischio della causa ignota.

L'obbligazione di risultato è, poi, anche riscontrata in altre fattispecie previste dal codice civile, quali il comodato (art. 1804 c.c.) o la locazione (art. 1588 c.c.), in cui, secondo tale ricostruzione esegetica, non si rinviene solamente l'obbligo di custodia, bensì qualcosa di più, costituito dall'obbligo di conservare la *res*.

Alla luce delle prefate considerazioni esegetiche, seppur con diverse ricostruzioni teoriche, la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata rivalutata anche in ragione della diversità dei criteri d'imputazione della responsabilità che presiedono le due tipologie di obbligazione.

2.4 Il superamento della dicotomia sotto il profilo della responsabilità

La letteratura giuridica e la giurisprudenza hanno, in ragione dell'analisi effettuata nel precedente paragrafo, tentato di attribuire rilevanza alla suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sotto il profilo della diversificazione delle forme di responsabilità, ascritte a ognuno dei predetti tipi di obbligazione.

²³³ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 194, nota 92.

Occorre precisare, *in limine*, che tale ripartizione, anche sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità, non può, però, trovare fondamento nel nostro ordinamento.

In particolare, l'unitarietà della disciplina generale della responsabilità contrattuale (*rectius* della responsabilità per inadempimento di un'obbligazione) non consente la diversificazione dei criteri d'imputazione.

Sotto il profilo del diritto positivo, già i dati normativi preposti a disciplinare la responsabilità del debitore, consentono di affermare il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. La disciplina della responsabilità si presenta, infatti, unitariamente regolata dagli artt. 1176, 1218 e 1256 del codice civile.

Il legislatore può, comunque, modulare tale regolamentazione (es. artt. 2236 c.c. e 1710 c.c.), così come le stesse parti, nell'ambito del contratto, possono, mediante l'autonomia negoziale, variare, entro determinati rigidi limiti, la responsabilità per inadempimento, per esempio, sotto il profilo del *quantum*, attraverso l'utilizzo della clausola penale *ex* art. 1382 c.c., ovvero, sotto il profilo dei criteri d'imputazione, tramite la clausola di esonero della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 1229 del codice civile.

Proprio quest'ultima disposizione che permette, *a contrario*, un patto che esclude e limita la responsabilità del debitore per colpa (non grave), consente di interrogarsi sul profilo del criterio d'imputazione della responsabilità per violazione di un'obbligazione, in considerazione del fatto che la norma individua tra i criteri d'imputazione, questa volta inderogabili, solo il dolo e la colpa grave.

Tale disposizione consente di affermare, anche alla luce delle soluzioni giurisprudenziali offerte, che la responsabilità contrattuale deve essere ascritta nell'ambito della responsabilità colposa, ancorché le parti come i *conditores iuris* possono mutarne il grado (colpa che, peraltro, è esplicitamente indicata anche nella rubrica dell'art. 1227 c.c.: fattispecie che disciplina il concorso del fatto colposo del creditore). L'art. 1218 c.c. si presenta, dunque, inscindibilmente connesso con l'art. 1176 del codice civile.

Pur non sussistendo una definizione di colpa, la sua nozione deve trarsi dall'art. 1176 c.c.: norma che prevede che il debitore, nell'adempiere la propria prestazione, deve utilizzare la diligenza del buon padre di famiglia. La relazione tra diligenza e colpa è, infatti, ricavabile anche dall'art. 1710 c.c., che lega la diligenza del buon padre di famiglia alla colpa.

L'articolo 1176 c.c. è una norma precettiva. In questo senso, il comportamento del debitore, caratterizzando l'obbligazione quale attività dovuta, rende lo stesso responsabile ove la prestazione si poteva e si doveva tenere. Viceversa, il debitore non risponde di impedimenti non prevedibili, né superabili alla stregua dello sforzo diligente dovuto²³⁴.

Tale indicazione sembra oggi ulteriormente suffragata anche dall'intervento del legislatore in materia di responsabilità medica, effettuato attraverso il D. L. 2012 n. 158, art. 3 (ancorché sotto il profilo civilistico la norma prevista dal decreto legge ha avuto breve vita, a seguito della conversione con modifica intervenuta con legge 8 novembre 2012 n. 189, *cfr.* par. 1.4.1)

D'altronde, la caratterizzazione dell'attività debitoria come diligente, prudente e perita, comporta che non si possa muovere un rimprovero al soggetto che si sia adeguatamente attivato. L'allocazione del danno da inadempimento, nell'attuale società industriale, può, tuttavia, variare, come avviene nella responsabilità aquiliana, attraverso criteri diversi di valutazione della diligenza (es. per il professionista, art. 1176, II co., c.c.) ovvero utilizzando altri indici normativi, quale l'art. 1228 del codice civile. Infine, è anche possibile, per l'efficiente allocazione del danno, la valorizzazione della responsabilità aquiliana di natura oggettiva, come quella prevista per il produttore (art. 114 del cod. cons.), soggetto non legato contrattualmente all'utilizzatore della *res*.

Valutata, dunque, la responsabilità per inadempimento all'interno della responsabilità per colpa, occorre risolvere la *quaestio iuris* derivante dalla considerazione secondo cui, alla luce delle peculiarità che parte della dottrina e della giurisprudenza rinvencono nella suddivisione tra obbligazioni di mezzi e

²³⁴ C.M. Bianca, *La responsabilità*, V, Milano, 1994, p. 16.

di risultato, tale ripartizione potrebbe essere utile sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità²³⁵.

L'obbligazione di risultato, una volta adottato il parametro unitario della colpa, diviene suscettibile di valutazione mediante il parametro della diligenza. L'interesse del creditore può essere soddisfatto, infatti, solo attraverso la cooperazione del debitore, il quale, non può ritenersi responsabile ove emerga un impedimento sopravvenuto, non prevedibile né superabile applicando lo sforzo di diligenza. L'obbligazione c.d. di risultato, dunque, non può condurre alla conseguenza secondo cui il debitore è responsabile dell'inadempimento a prescindere dall'attività e dalla diligenza dovuta, ove sia mancato il risultato promesso²³⁶. Occorre, infatti, concretizzare la prestazione, anche attraverso la buona fede e la correttezza, al fine di verificare se l'attività era o meno eseguibile utilizzando la diligenza richiesta. La diligenza, pur non potendo costituire di per se stessa il contenuto della prestazione, per certi aspetti si obiettivizza anche attraverso quelle cautele e precauzioni necessarie all'esatto adempimento, oltre a costituire modalità di adempimento.

Una volta assunta la colpa come criterio d'imputazione della responsabilità, si potrebbe, *a contrario*, sostenere che nelle obbligazioni di mezzi, in cui il soggetto è tenuto alla diligenza, sussisterebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva, vista la presunta coincidenza tra contenuto dell'obbligazione (di diligenza) e criterio di imputazione. Ciò, tuttavia, non può essere giuridicamente avallato.

La diligenza non può, infatti, costituire di per sé la prestazione, quale oggetto dell'obbligazione (piuttosto, può fungere da mero strumento determinativo). In altri termini, non è possibile affermare che il debitore deve al creditore la diligenza. La diligenza è, *in primis*, una qualità di un'attività dovuta, la quale

²³⁵ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca, Roma Bologna, 1988, p. 478 ss.

²³⁶ A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, pg. 135 (riproduzione in lingua italiana di uno studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, p. 126 ss.). “*Poiché l'obbligazione consiste nell'avere una certa diligenza e il debitore può fallire nell'inseguimento del risultato pur rispettando la sua obbligazione, quando urta in un ostacolo che la sua obbligazione non gli impone di sormontare: un ostacolo di forza maggiore. Così il fatto che il risultato non sia stato raggiunto non prova la colpa, checchè se ne dica molto spesso: permette soltanto di presumerla*”.

può essere prestata diligentemente o meno, anche nelle cd. obbligazioni di mezzi, obbligazioni in cui è pur sempre necessario perimetrare esattamente la prestazione. In effetti, pure per il debitore di una prestazione “di mezzi” è possibile dimostrare che, nel caso concreto, è stato impossibile il rispetto dello sforzo diligente dovuto (si pensi all’art. 2236 c.c.).

Se, dunque, la diligenza colora la prestazione, si stempera anche l’affermazione secondo cui il *casus* consiste unicamente nella *vis cui resisti non potest*. L’inadempimento deve essere valutato, per essere imputabile, alla stregua della possibilità di tenere la prestazione, applicando la diligenza richiesta.

La regola di condotta, la quale si sostanzia in uno sforzo di diligenza, è la stessa per entrambe le tipologie di obbligazioni²³⁷. La valutazione del comportamento del debitore deve, dunque, avvenire, *sub specie diligentiae*. Ciò è anche confermato dal dato positivo che prevede la colpa sia nell’appalto *ex art. 1668 c.c.*, sia nel mandato ai sensi dell’art. 1710 del codice civile.

L’unitarietà dei criteri d’imputazione della responsabilità può, però, essere anche avallata, considerando la responsabilità contrattuale in senso oggettivo, *ex art. 1218 del codice civile*. La disposizione *de qua* pur presentando, *expressis verbis*, gli elementi dell’impossibilità e della causa non imputabile, non effettua alcuna scissione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Ciò vale anche nell’accezione d’impossibilità più rigorosa, cosicché anche non accogliendo la teoria dell’imputazione per colpa, non si potrà sostenere che l’obbligazione di risultato sia oggettiva, mentre quella di mezzi subiettiva, in quanto per entrambe le tipologie obbligatorie occorrerebbe provare un fatto impossibile (in senso oggettivo e assoluto), derivante da causa non imputabile. L’impossibilità liberatoria, dunque, al di là dei tentativi²³⁸ ermeneutici di identificarla nel sopravvenuto impedimento non superabile né evitabile con

²³⁷ In Francia si è posto il problema della valutazione delle obbligazioni di mezzi, in situazioni in cui la prestazione del debitore è altamente discrezionale, come per la stima di opere d’arte. F. KENDÉRIAN, *Expertise de mobiliers et d’oeuvres d’art: quand l’obligation de moyens de l’expert devient source d’irresponsabilité civile*, in *R. Dalloz*, 2010, p. 749. Secondo l’A. la giurisprudenza analizzata conduce, erroneamente, l’obbligazione di mezzi all’irresponsabilità del debitore. A parere dell’A. ciò significherebbe tradire il fondamento della distinzione; “*Encore une fois, que l’expert ne soit débiteur que d’une simple obligation de moyens ne saurait être contesté, mais qui dit <<obligation de moyens>> ne dit pas <<irresponsabilité civile >> du débiteur. Ce serait sinon trahir la pensée de Demogue*”.

²³⁸ C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, 1979, Roma-Bologna, p. 98.

l'ordinaria diligenza, coinvolgendo la regola prevista dall'art. 1176 c.c. nella determinazione della nozione d'impedimento, rappresenta, comunque, un limite unitario della prestazione.

Tali indicazioni valgono anche nell'ipotesi in cui quest'attività è costituita dalla custodia e dalla restituzione di una cosa, in cui l'elemento esterno è rappresentato da una *res* (deposito, comodato, locazione, responsabilità *ex recepto*).

Proprio sotto tale profilo, invece, parte della dottrina²³⁹ (*cf.* par. 2.3), con riferimento alla responsabilità *ex recepto*, dopo aver inquadrato gli artt. 1693, 1783 e 1787 c.c. tra le obbligazioni di risultato (così come, in generale, il depositario imprenditore *ex* art. 1786 c.c.), ha sostenuto che nell'ambito dell'obbligazione di risultato sussiste una forma di responsabilità oggettiva. Si afferma che è addossato al debitore l'*onus probandi* della causa ignota. Mentre, nelle obbligazioni di mezzi è il creditore che sopporta il rischio della prova del fatto imputabile al debitore che ha comportato la mancata realizzazione dell'interesse del creditore, sicché il debitore che provi il proprio comportamento diligente andrà esente da responsabilità (così, anche nell'ipotesi in cui il creditore, pur provando la causa estranea, non riesca a dimostrare la sua imputabilità).

Si sostiene, al riguardo, che nonostante il limite per entrambe le obbligazioni è rappresentato dall'impossibilità oggettiva e assoluta di realizzare l'interesse del creditore, nelle obbligazioni di risultato, il debitore risponde sino al limite della possibilità astratta ed è liberato solo attraverso la dimostrazione di una impossibilità concreta, rimanendo a suo carico il rischio della causa ignota. Invece, nell'obbligazione di mezzi il debitore risponde sino al limite della possibilità concreta (diligenza) e, rimanendo presunta l'impossibilità, al creditore è addossato il rischio della causa ignota.

La teorizzazione in esame trova, quindi, le proprie radici nel ruolo primario assolto, all'interno della ricostruzione della *summa divisio* tra obbligazioni di mezzi e di risultato, dalla ripartizione degli oneri probatori (*cf.* cap. 3), in

²³⁹ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999.

forza della quale discenderebbero importanti riflessi riguardo alla natura giuridica della responsabilità del debitore.

Tuttavia, anche questa ricostruzione che fonda la natura giuridica della responsabilità sull'attribuzione delle cause ignote, all'interno della ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, non può essere condivisa.

Il presupposto di partenza, costituito dalla considerazione secondo cui nelle obbligazioni di mezzi, ove in apparenza vi sia stato un comportamento rispettoso delle regole di perizia e diligenza, grava sul creditore la prova della mancata soddisfazione del suo interesse finale dovuta all'operare di una causa estranea che il debitore avrebbe potuto e dovuto evitare, non è convincente. Innanzitutto, si converte²⁴⁰, inspiegabilmente, la prova dell'impossibilità (imputabile) di adempiere, con l'impossibilità di soddisfare l'interesse del creditore. Il giudizio circa l'impossibilità viene, dunque, traslato in avanti e ancorato alla soddisfazione dell'interesse "finale". Tuttavia, ed è questa un'antinomia, si afferma²⁴¹ che nelle obbligazioni di mezzi la realizzazione dell'interesse *de quo* è aleatorio. Quindi, in siffatta tipologia di obbligazioni, pur essendo la prestazione esattamente realizzata, può anche non verificarsi la piena soddisfazione dell'interesse "finale"²⁴², che rimane esterno all'obbligazione. Anzi, si sostiene, *a fortiori*, che è proprio l'aleatorietà della soddisfazione dell'interesse "finale" del creditore che caratterizza l'obbligazione di mezzi²⁴³.

In ragione delle suddette considerazioni, non si comprende la logica per la quale, se l'interesse "finale" è aleatorio, sicché la prestazione può essere esattamente adempiuta senza soddisfare tale interesse esterno, la prova dell'impossibilità, eventualmente imputabile al debitore, debba essere riferita all'interesse "finale" e non già direttamente alla prestazione dovuta.

²⁴⁰ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 125 e p. 129, nota 67.

²⁴¹ G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra "obbligazioni di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 172.

²⁴² In questo senso, non si considera che quest'interesse potrebbe anche essere parzialmente soddisfatto dall'esatta realizzazione della prestazione.

²⁴³ F. PIRAINO, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>> ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*; in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 134.

La prefata impostazione esegetica, poi, oscurando la possibilità della prova del creditore del mero inadempimento in sé, teorizza un diverso fondamento della responsabilità in ragione dell'attribuzione dell'onere della prova. Per le obbligazioni di mezzi, dovendo il creditore individuare la causa sopravvenuta (anche ove ignota) oltre alla dimostrazione che poteva e doveva essere prevista o evitata dal debitore, saremmo in presenza di una responsabilità per colpa del debitore, in quanto quest'ultimo sarebbe sottoposto alla sola prova della sua diligenza. Mentre, con riferimento all'obbligazione di risultato, come quella *ex recepto*, la natura giuridica della responsabilità andrebbe ascritta all'interno della responsabilità oggettiva, in virtù del fatto che spetta al debitore il rischio della causa ignota a lui non imputabile.

Tale impostazione teorica, però, non tiene in dovuta considerazione, da un lato, l'esigenza di cristallizzare l'impedimento sopravvenuto con riferimento solamente alla prestazione, elemento ineliminabile dell'obbligazione e, dall'altro lato, che la regola sulla distribuzione della causa ignota non può condurre alla teorizzazione, generale e astratta, della responsabilità oggettiva o per colpa. In tal senso, potrebbe anche accadere che il rischio della causa ignota e dell'imputabilità, venga in concreto vinto (specie ove si accolga la regola del "più probabile che non"). Non sempre pur sussistendo il rischio della causa ignota, quest'ultima rimane effettivamente oscura. Inoltre, il rischio della causa ignota può essere attenuato attraverso i poteri conferiti al giudice (si pensi all'ispezione di persone o cose, art. 118 c.p.c.; all'ordine di esibizione di documenti alla parte o al terzo, art. 210 c.p.c.; alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio, art. 191 c.p.c.; all'esercizio di poteri istruttori previsti dall'art. 421 c.p.c.).

La distinzione tra responsabilità oggettiva o per colpa poggia, infatti, sulla valutazione legislativa di considerare, in ragione di una specifica allocazione delle risorse, il debitore responsabile per il solo fatto dell'inadempimento (resp. oggettiva), ovvero in considerazione di fattori ulteriori, quale il rispetto della diligenza (resp. per colpa). Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, la responsabilità per colpa può essere ulteriormente modulata attraverso diverse

tecniche legislative (responsabilità per colpa presunta, per colpa grave, lieve, ecc.).

Nella ricostruzione ermeneutica da ultimo analizzata, non si tiene, inoltre, in dovuta considerazione, che il termine risultato non rappresenta la prestazione che il debitore è tenuto a compiere, ma l'esito finale di un'attività di cooperazione presente in ogni obbligazione, caratterizzata da un contegno, che può anche rivelarsi vano, non permettendo la realizzazione del "risultato", nonostante si dimostri lo sforzo diligente tenuto. Si eclissa, in tal modo, il profilo della diligenza all'interno dell'obbligazione di risultato.

Entrambe le tipologie di obbligazioni devono, in ragione delle prefate considerazioni, essere unificate anche sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità²⁴⁴. D'altronde, rimanendo ancorati a un sistema giuridico di matrice strettamente positivista, non si può oscurare il fatto che i parametri normativi, ai quali occorre fare riferimento, sono i medesimi sia che si accolga, ai sensi dell'art. 1218 c.c., la tesi della responsabilità sotto un profilo strettamente oggettivo sia che si avalli una responsabilità fondata sulla colpa.

²⁴⁴ In questo senso, l'applicazione da parte della giurisprudenza francese della distinzione de qua, ha condotto ad un eccessivo irrigidimento che ha, da ultimo, condotto all'emersione di forme ibride. F. KENDÉRIAN, *Expertise de mobiliers et d'oeuvres d'art: quand l'obligation de moyens de l'expert devient source d'irresponsabilité civile*, in *R. Dalloz*, 2010, p. 751 "Cette politique jurisprudentielle, fondée sur une appréciation plus sévère de la faute du débiteur, a conduit à l'apparition d'obligations de moyens renforcées ou aggravées".

3. LA RILEVANZA DELLA DISTINZIONE IN RELAZIONE AGLI ONERI PROBATORI

3.1 La prova dell'inadempimento

Il secondo titolo del sesto libro del codice civile accoglie, in maniera organica ma non esaustiva, la disciplina in materia di onere e di mezzi della prova. Il regime della ripartizione dell'onere probatorio è volto a rendere effettive quelle tutele che l'ordinamento appresta a situazioni giuridiche soggettive le quali, una volta esposte ad offese, rimarrebbero, altrimenti, prive di rimedio.

La *ratio iuris*, pertanto, rinviene la sua *vis* originaria e, per ciò solo autentica, nelle istanze di protezione e di tutela apprestate dal sistema a tutti i diritti soggettivi, che sia pure variamente atteggiati a seconda della loro eterogenea natura ontologica, reclamano in ogni caso una difesa che può disvelarsi più o meno intensa, nonché più o meno affidata o condizionata all'iniziativa dei privati. Proprio il prefato scopo di protezione costituisce l'*humus* dell'istituto *de quo*, avente carattere prevalentemente strumentale e utilizzo generalizzato²⁴⁵.

Le prove dispiegano la loro portata sotto due profili. Muovendo, infatti, dall'assunto logico-sistematico di fondo, in forza del quale, esse debbono essere intese come strumenti che concorrono a far valere o difendere i diritti delle parti interessate, è possibile, successivamente puntualizzare come, da un lato, la loro valenza non venga limitata al solo ambito processuale, ma si spinge oltre, ovverosia anche prima ed al di fuori di esso²⁴⁶. Dall'altro, che la materia dell'*onus probandi* risulta scissa dalla concomitante, ma non coincidente, tematica della tutela giurisdizionale (modo di acquisizione, di raccoglimento e di assunzione delle prove in giudizio). In altri termini, nel codice civile, a differenza di quello di rito, le norme relative ai mezzi di prova attengono alla regolamentazione di alcuni aspetti di diritto sostanziale, quali la loro precostituzione, le modalità di efficacia degli stessi, nonché la dicotomia della loro ammissibilità-inammissibilità legale in presenza di altri mezzi.

²⁴⁵ Rel. cod. civ. punto n. 1065.

²⁴⁶ N. CORBO, *La tutela dei diritti*, Torino, 2008, p. 57.

Il *Conditor legum* del 1942 ha affrontato la questione sull'onere della prova in termini generali, a differenza di quanto accaduto nell'iniziale periodo di Unità nazionale, laddove il sistema civilistico, regolamentato dal codice del 1865, prevedeva all'art. 1312 (sulla falsariga dell'art. 1315 c.c. napoleonico) il peculiare angolo prospettico, costituito dall'articolo *de quo* rubricato: “Della prova delle obbligazioni e della loro estinzione”.

L'assenza nel codice civile del 1865 di una disposizione analoga a quella dell'art. 2697 non deve, però, come è stato notato, generare equivoci di fondo, atteso che la presenza della norma *de qua* non si riscontra, attualmente, in altri sistemi ordinamentali vigenti²⁴⁷. La giustificazione di una scelta legislativa siffatta va ricercata, infatti, nell'implicita circostanza a guisa della quale, l'art. 2697 c.c. costituisce un principio, in ogni caso, desumibile dall'ordinamento, pertanto, il supposto aspetto problematico viene meno, laddove si collochi nella giusta luce la mancanza, ad opera di altri ordinamenti (e del codice civile del 1865), del dato normativamente positivizzato, mancanza la quale non è altro che espressione del legittimo uso di una tecnica legislativa.

La cristallizzazione nell'art. 2697 c.c. delle regole probatorie è, comunque, apparsa come il frutto²⁴⁸ dei risultati a cui è pervenuta, nel tempo, la dottrina e la giurisprudenza anteriori al varo del codice del '42 e si avvicina alla *Normentheorie* elaborata nel diritto tedesco²⁴⁹.

²⁴⁷ Una norma analoga all'art. 2697 c.c., intesa quale principio generale sulla ripartizione dell'onere della prova, manca nell'ordinamento giuridico tedesco. S. PATTI, in *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI., Milano, 2010. Cfr. L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*. V ed., München – Berlin, 1965.

²⁴⁸ La regola contenuta all'art. 2697 c.c. ha tratto il suo maggiore contributo soprattutto da una nota teoria, in base alla quale le norme sull'onere della prova sono strettamente collegate alle singole norme di diritto sostanziale, poste alla base dei fatti che si vogliono provare. Sull'esistenza di tale collegamento, è particolarmente significativa la pagina di P. RESCIGNO, *Introduzione* al vol. 19, I, del *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, 14, laddove osserva che nella norma sull'onere si riflette una collaudata tradizione di pensiero che si era formata in un fruttuoso scambio di idee e di riflessioni della dottrina italiana e tedesca; “*quest'ultima ha elaborato la nozione della Beweislast pure in mancanza del termine nel linguaggio normativo, e con precisione di linee ha costruito la trama dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi, ai fini dell'individuazione del soggetto, e per fissare la misura dell'onere da dividere tra chi afferma e chi contesta il diritto (le categorie così delineate sono passate quindi nella formula del nostro art. 2697, secondo comma)*”. Sulla funzione di tali norme v. anche C. HEINRICH, *Zur Funktion der Beweislastnormen*, in *Festschrift für H. Musielak*, München, 2004, 231ss

²⁴⁹ La nota teoria è elaborata da L. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*. V ed., München – Berlin, 1965. La

La funzione precipua dell'art. 2697 c.c. è quella di cristallizzare il principio generale riguardante l'impossibilità del giudice di pronunciare un *non liquet*. Ciò è, peraltro, collegato con il principio dispositivo (ancorché non assoluto) del processo civile secondo cui: *iudex iudicare debet secundum alligata et probata partium*.

Una tradizionale *quaestio iuris* intorno all'art. 2697 c.c. concerne la qualifica giuridica di siffatta norma²⁵⁰. Si controverte, infatti, se la normativa sull'onere della prova, pur essendo formalmente collocata nel libro sesto del codice civile, rappresenti una regolamentazione di diritto sostanziale ovvero di matrice processuale. La problematica non ha valenza solo teorica, potendo rilevare sotto vari aspetti pratici come la successione di leggi nel tempo e la disciplina di diritto internazionale privato.

La tesi²⁵¹ che ha accolto la qualifica processuale della norma *de qua* si fonda, in particolare, sulla considerazione che la prova e l'attività probatoria presuppone un processo, sicché le regole sull'onere della prova si rivolgono anche al giudice quale organo del processo.

A tali argomentazioni, la tesi sostanziale²⁵² obietta che, in realtà, tutte le norme di diritto sostanziale presuppongono un processo. Inoltre, i fatti costitutivi, modificativi ed estintivi sono disciplinati da norme di diritto sostanziale. Infine, si ritiene, quale ulteriore, decisivo, argomento per il riconoscimento della natura sostanziale, che l'art. 2698 c.c., consentendo la stipulazione di patti diretti a modificare l'onere della prova, apra uno spazio all'autonomia negoziale che sarebbe stato incoerente ove si fosse attribuito all'onere della prova natura processuale.

mancata previsione sulla ripartizione dell'onere della prova nell'ordinamento tedesco ha, comunque, fatto emergere una regola non dissimile dall'art. 2697 del codice civile. Si è, infatti, affermato in Germania che una norma può essere applicata soltanto quando sussistono tutti i presupposti di fatto richiesti dalla norma stessa. L'onere di provare questi presupposti di fatto grava sulla parte che della norma riceverebbe effetti favorevoli.

²⁵⁰ S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, *Libro sesto. Della tutela dei diritti. Artt. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987, p. 46.

²⁵¹ G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942 (ristampa, 1996), p. 201 ss.; U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Torino, 1957, p.187; G. DE STEFANO, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc dir.*, p. 123.

²⁵² S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, *Libro sesto. Della tutela dei diritti. Artt. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987, p. 49.

Le ragioni a sostegno della tesi sostanziale appaiono, come suddetto, fondate e maggiormente idonee a dissolvere il problema della natura ontologica dell'art. 2697 c.c., ancorché, secondo quanto inizialmente riferito, la disposizione si intreccia con regole e principi di matrice squisitamente processuale.

Il quadro normativo di riferimento in ordine alla prova dell'adempimento, non può, comunque, prescindere, dall'analisi delle norme contenute dall'articolo 2697 del codice civile.

La struttura normativa rivela l'ordine dei concetti che, in termini generali, “colorano” la distribuzione dell'*onus probandi*. In questo senso, si distinguono nitide le nozioni di azione e di eccezione, a cui corrispondono rispettivamente, da un lato, i c.d. “fatti costitutivi”, che devono essere dedotti e provati dall'attore e, dall'altro, i “fatti impeditivi, modificativi o estintivi”, che risultano, di contro, oggetto di prova da parte del convenuto²⁵³.

Tuttavia, dal testo normativo della disposizione in esame, è agevole ricavare come il legislatore non abbia tenuto in alcun conto l'esigenza di individuare, formulandoli, i diversi contenuti dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi. Né si sia preoccupato di elaborare un peculiare criterio che, in via generale, potesse essere idoneo a stabilire la diversa natura attribuita al fatto da provare.

Siffatto *modus operandi* rimanda, dunque, la questione all'azione dell'interprete, questione che, però, si attaglia, in maniera indissolubile, ai canoni legali, presenti, comunque, nelle norme di natura sostanziale. Non a caso, si è sostenuto²⁵⁴ che l'art. 2697 c.c. costituisca una norma in bianco, colmabile solo mediante strumenti ermeneutici di ricostruzione del sistema.

²⁵³ G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942 (ristampa, 1996); R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pag. 399 ss.; ID., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pag. 1 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; ID., voce *Prova (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1998, pag. 625 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. SCIALOJA- G. BRANCA, *Libro sesto. Della tutela dei diritti. Artt. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, pag. 67 ss.; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano, 1999, pag. 253 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., 2006, pag. 442 ss.

²⁵⁴ V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, p. 293.

Proprio con riferimento a tale aspetto sono emerse diverse ricostruzioni teoriche.

Una parte autorevole della dottrina²⁵⁵, oramai superata, ha sostenuto la sussistenza di un univoco criterio di *discrimen* fondato sulla norma dispositiva del diritto azionato, il quale porta alla qualificazione del fatto come costitutivo se nell'enunciato normativo siano presenti locuzioni ipotetiche (*id est*: “se”, “qualora”) o temporali (*exempli gratia*: “quando”), e viceversa, come impeditivo ove si riscontrino espressioni quali: “a meno che”, “se...non”.

Tuttavia, seguendo tale interpretazione sistematica, emerge il rischio di dare vita a regole sul riparto dell'onere non propriamente accettabili, in quanto o non rispondenti ad argomentazioni fondate sul diritto oppure, nei casi più estremi, illogiche dal punto di vista strettamente probatorio. Ciò, considerato che il legislatore non appare costantemente attento ai riflessi probatori delle norme sostanziali.

A fronte di tali considerazioni, altra parte del pensiero dommatico²⁵⁶ argomenta, *ex adverso*, che la norma di diritto sostanziale potrebbe essere non rilevante ai fini probatori, generando una vera e propria lacuna di disciplina. In questo caso, la distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi andrebbe ricercata anche e soprattutto all'esterno della disposizione (oltre che all'interno della stessa), applicandosi, in tal modo, la tecnica dell'*analogia legis* o dell'*analogia iuris*. Si afferma che, al fine di individuare la regola probatoria adeguata al caso di specie, potranno quindi soccorrere i canoni ermeneutici costituiti dal c.d. principio di inerzia²⁵⁷ e dal principio della migliore attitudine alla prova, definito, in termini più noti, come il criterio di vicinanza²⁵⁸ (inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrire la prova).

²⁵⁵ E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, p. 258 ss.

²⁵⁶ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, pag.6

²⁵⁷ L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., p. 257: l'Autore definisce il principio d'inerzia, in forza della formula “*ciò che dev'essere provato non è l'esistente, ma ciò che giustifica il mutamento dell'esistente*”.

²⁵⁸ L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., p. 286-7, 291-2.

La tesi *de qua* è, dunque, preordinata a conciliare le differenti logiche che informano, da una parte, il diritto sostanziale e, dall'altra, il diritto processuale, atteso che le stesse non coincidono in un *unicum*, ma rimangono tendenzialmente autonome, pur se tra loro, evidentemente, non indifferenti.

Anche la prefata prospettiva ermeneutica non è, però, scevra da rischi, dato che conferisce al giudice il potere di indagare quale sia stata effettivamente l'intenzione del legislatore nelle ipotesi in cui nulla disponga la norma, in ordine alla ripartizione della prova, penalizzando, in tal modo, l'esigenza di certezza del diritto nel dare ingresso a giudizi di valore.

Va, in effetti, ribadito che anche il legislatore del '42 ha, comunque, cercato di armonizzare i due diversi aspetti, coordinando i sistemi *de quibus* attraverso l'utilizzazione di specifiche tecniche legislative.

I conditores iuris hanno, in questo senso, disciplinato, agli artt. 2727 ss. cod. civ., le presunzioni legali, quale operazione logica compiuta *a priori* dal legislatore, senza la necessità di una mediazione del giudice²⁵⁹. In particolare, nell'ordinamento giuridico emergono sia le presunzioni assolute (*juris et de jure*), quelle cioè che non ammettono la prova contraria (es. art. 232 c.c.), sia le presunzioni relative (*juris tantum*), le quali, *ex adverso*, consentono la prova contraria, realizzando una inversione della prova (si pensi alla relazione tra l'art. 1161 e 1147, terzo comma, del codice civile).

Allo stesso tempo, per altro verso, il legislatore ha operato mediante la tecnica della riduzione (o scissione) della fattispecie costitutiva, consistente nella configurazione in negativo di un fatto qualificabile come costitutivo secondo le logiche del diritto sostanziale. Tecnica che si può rintracciare nella parte finale del testo dell'art. 1218 c.c., laddove risulta invertito, a tutto vantaggio del creditore, l'onere di provare l'imputabilità dell'impossibilità, addossando la prova a carico del debitore (mediante la trasformazione in non imputabilità)²⁶⁰.

²⁵⁹ L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 228.

²⁶⁰ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, pag.6 : secondo l'Autore "l'imputabilità cambia ai fini probatori natura e, assunto il volto della non imputabilità, si tramuta da elemento costitutivo (la cui prova sarebbe a carico del creditore) in elemento impeditivo della responsabilità (e la prova sarà, allora, a carico del debitore: v. l'inciso finale dell'art. 1218 c.c.)". Si consideri anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVII ed., Milano, 2007, p. 303.

Proprio la predetta disposizione legislativa è collocabile al centro della responsabilità contrattuale e, dunque, assume importanza centrale per verificare la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sotto il profilo dell'onere della prova.

Delineato, infatti, il quadro introduttivo della *quaestio iuris* concernente il regime dell'onere della prova nei suoi tratti generali, l'attenzione dell'interprete del diritto non può che focalizzarsi, ai fini dell'economia del presente studio, sul dettato contenuto all'art. 1218 c.c., che racchiude in sé, la disciplina inerente la figura della responsabilità contrattuale.

Dal tenore della disposizione codicistica risulta agevole individuare gli elementi strutturali della fattispecie dell'inadempimento del debitore, quali, appunto: 1- la sussistenza di una prestazione, intesa quale rapporto obbligatorio intercorrente tra il creditore e il debitore; 2- il mancato adempimento dell'obbligazione; 3- l'eseguibilità della prestazione ovvero l'impossibilità di adempiere la prestazione, in forza di una causa non imputabile al debitore; 4- la ricorrenza di un danno dovuto ad inadempimento del debitore.

Il *clari loqui* della norma, in ordine all'impossibilità dell'adempimento per causa non imputabile al debitore, rivela secondo un certo orientamento esegetico²⁶¹, la conseguenza giuridica secondo cui non spetta al creditore dare prova di siffatto elemento. Ciò, ricollegato ai criteri d'imputazione della responsabilità, comporta, peraltro, secondo la dottrina²⁶² che ha intravisto nella responsabilità contrattuale una imputazione per colpa, la sussistenza di una presunzione della stessa in capo al debitore.

L'effettivo nodo cruciale in materia si concentra, pertanto, sul silenzio che l'art. 1218 c.c., riserva alla corrispondente tematica della ripartizione dell'onere della prova rispetto agli altri requisiti costitutivi della fattispecie.

²⁶¹ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008

²⁶² C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 1979, Roma-Bologna, p. 168. L'A. ritiene, in merito alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che anche nelle obbligazioni di mezzi è presunta la colpa. Soltanto che in quest'ultima tipologia di obbligazione occorre prima raggiungere, da parte del creditore, la prova dell'inesattezza del comportamento dovuto (modello che normalmente è realizzato con l'applicazione dello sforzo diligente) cosicché, successivamente, potrà operare la presunzione di colpa.

La sfumatura sulla presunta sussistenza di una *intentio legis*, al riguardo, non è priva di importanti risvolti pratici. La scelta di configurare il silenzio come voluto dal legislatore, infatti, comporta la qualificazione dello stesso in termini di adozione di una tecnica normativa di natura ermeneutica, la quale lungi dal lasciare nel sistema una lacuna del diritto, manifesta, *ex adverso*, l'implicita configurabilità, a carico del creditore, dell'onere probatorio degli altri elementi strutturali, diversi dall'impossibilità di adempimento per causa non imputabile al debitore.

La questione verte, quindi, sul significato da attribuire al silenzio, consapevole o meno del legislatore, con riferimento al profilo della prova dell'inadempimento. Sotto tale aspetto, si discute se l'inadempimento possa o meno costituire un tema fisso di prova o possa essere scisso tra inadempimento (totale o parziale) ed inadempimento qualitativamente inesatto.

In effetti, rimanendo ancorati al tenore letterale della disposizione sembrerebbe che, l'inadempimento possa rivestire, in via generale, la qualità di elemento costitutivo dell'azione sia per domandare l'adempimento, sia per richiedere la risoluzione e il risarcimento del danno (*ex art. 1453 c.c.*), aggravando, dunque, la posizione dell'attore-creditore, così da rendere effettivo l'adagio secondo cui: *actori incumbit probatio*. Ma ciò è tutt'altro che pacifico (*cfr. par. 3.2*).

La *quaestio iuris*, in esame, assume una rilevanza essenziale anche in ragione della presunta rilevanza giuridica tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Il tema dell'onere della prova ha, infatti, da sempre occupato un posto centrale negli studi sull'obbligazione di mezzi.²⁶³

3.2 La tesi della rilevanza della distinzione sotto il profilo dell'onere probatorio

Alla luce di quanto esposto, è possibile affrontare la questione relativa alla ripartizione dell'onere della prova in caso di inadempimento dell'obbligazione, prendendo in considerazione l'ultroneo angolo prospettico della posizione di

²⁶³ E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 53 ss.

coloro che hanno sostenuto la differenziazione tra obbligazione di mezzi e di risultato.

L'impianto sistematico del codice civile vigente, come si è avuto modo di riferire, pone a base dell'intera ossatura del regime giuridico del riparto sull'*onus probandi* il principio generale di cui all'art. 2697 c.c., prevedendo, altresì, altre regole particolari di diritto sostanziale in cui l'onere della prova viene invertito, garantendo un minore sforzo di *demonstratio* per il creditore e rendendo, di contro, maggiormente gravosa la posizione del debitore. In altri termini, oltre alla norma, contenuta all'art. 2697 c.c., che, in linea di principio, guida e informa la materia oggetto di indagine, sussistono nella trama giuridica del codice civile altre regole che disciplinano l'onere della prova, riguardanti settori particolari.

Per quanto concerne il rapporto intercorrente tra le suddette regole e la norma generale dell'art. 2697 c.c., si sostiene²⁶⁴ che le prescrizioni particolari inerenti la ripartizione dell'onere della prova (es. art. 5. l. 604/1966), si connotano quali deroghe, in quanto si discostano dal principio generale. La loro presenza in materie, comunque, rilevanti del diritto privato, comporta però come ricaduta concreta sul sistema una funzione sempre più residuale dell'art. 2697 del codice civile.

A ciò si aggiunga la tendenza da tempo collaudata dalla giurisprudenza, di invertire o di modificare l'onere probatorio, in numerose ipotesi, al fine di facilitare una delle parti del rapporto, corrodendo in tal modo la portata e la valenza delle regole stabilite all'art. 2697 del codice civile.

E' emerso²⁶⁵, in questo senso, il fenomeno, piuttosto vasto, delle presunzioni giurisprudenziali, ossia di presunzioni *praeter legem* di regole di giudizio che correggono o integrano le fattispecie sostanziali da cui derivano i diritti da tutelare (es. la presunzione²⁶⁶ di continuità del rapporto lavorativo, nonostante il susseguirsi di licenziamenti o riassunzioni, ovvero la presunzione²⁶⁷ di gratuità della prestazione resa da parenti o affini, conviventi con il datore di

264 S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA E P. ZATTI, Milano, 2010.

²⁶⁵ L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 229.

²⁶⁶ Cass., 29.04.1979, n. 1209, in *Foro it.*, 1974, I, 1618 – 1624.

²⁶⁷ Cass. 17.08.2000, n. 10923, in *Rep. foro it.*, 2000, Lavoro (rapp), n. 617.

lavoro; oppure in un altro settore, la presunzione²⁶⁸ di incapacità naturale del testatore, invocabile da chi impugni un testamento ex art. 591, secondo comma n. 3, dimostrando nel *de cuius* la sussistenza di una infermità mentale permanente).

Si sono, così, create vere e proprie regole²⁶⁹ che coinvolgono *tout court* la ripartizione dell'onere, comportando un'incidenza tale da ribaltare la regola di decisione del caso controverso in relazione proprio alla disciplina del rapporto sostanziale.²⁷⁰

D'altro canto, si afferma²⁷¹ anche, che è plausibile che i redattori degli artt. 1218 e 1453 c.c. abbiano ignorato sia la nuova disposizione dell'art. 2697 c.c. (ancora assente nel progetto ministeriale), sia la mancata riproduzione dell'art. 1312 del codice civile previgente.

La dialettica processuale, sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, quindi, si presentava, quantomeno prima della celebre decisione della Cassazione²⁷² del 2001, piuttosto frastagliata.

Emergeva, infatti, un acceso contrasto esegetico, in tema di onere della prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., relativamente ai rimedi offerti al creditore dall'art. 1453 c.c. per i contratti a prestazioni corrispettive.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, maggioritario²⁷³, il regime dell'onere probatorio andava diversamente modulato, a seconda della richiesta di adempimento ovvero di risoluzione del contratto formulata da parte del creditore.

Si affermava, infatti, che nella risoluzione per inadempimento il creditore – attore doveva provare, oltre al titolo, il fatto che legittimasse la risoluzione, ossia l'inadempimento, in quanto, in tale ipotesi, la domanda giudiziale sarebbe

²⁶⁸ Cass., 23.01.1991 n. 652, in Foro it., 1991, I 758.

²⁶⁹ Presunzioni rispondenti allo schema della presunzione iuris tantum., cfr. in S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010.

²⁷⁰ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 142.

²⁷¹ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, p. 12, nota 21.

²⁷² Cass., sez. un., 30.10.2001 n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

²⁷³ Cass. 09.01.1997 n. 124, in *Giust. civ. Mas.*, 1997, 23; Cass. 29.01.1993 n.1119, in *Corr.giur.*, 1993, p. 568 ss., con nota di V. MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*.

stata fondata su questi due diversi elementi costitutivi. Mentre, invece, per il corretto esercizio dell'azione di adempimento del contratto era, per quest'ultimo sufficiente, provare il titolo che costituisse la fonte del diritto vantato.

A fronte di tale indirizzo, un contrapposto orientamento minoritario²⁷⁴ tendeva, invece, ad unificare il regime probatorio in materia di responsabilità contrattuale affermando che spettasse sempre al creditore provare l'esistenza della fonte negoziale o legale del titolo, il termine di scadenza, ma non anche l'inadempimento (indirizzo, successivamente, accolto dalla ancor oggi fondamentale sentenza della Cassazione a sezioni unite del 2001, *cfr.* par. 3.3) La decodificazione dell'art. 2697 c.c. e la ricostruzione dei fatti costitutivi dell'azione si presentavano, dunque, piuttosto disomogenei anche dal punto di vista applicativo. Ciò pregiudicava fortemente l'esigenza di certezza del diritto. La giurisprudenza, peraltro, sulla scia delle teorizzazioni di parte della letteratura giuridica, prospettava, anche con riferimento alla suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato una diversa allocazione dell'*onus de quo*, applicando spesso tecniche o regole differenti, generalmente di matrice giurisprudenziale.

La questione sul riparto dell'onere della prova ha, d'altra parte, sempre assunto una fondamentale rilevanza in merito alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Anzi, secondo un orientamento piuttosto consolidato, è proprio la diversa distribuzione dell'onere della prova che costituirebbe il punto centrale e determinerebbe l'utilità di siffatta ripartizione.

Si sostiene²⁷⁵, infatti, che mentre nell'obbligazione di mezzi è il creditore a dover dare la prova di uno specifico difetto di condotta del debitore, viceversa, nelle obbligazioni *de resultat* compete al debitore la prova di una causa estranea, a lui non imputabile, causativa del mancato raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione.

²⁷⁴ Cass. 07.02.96 n. 973, in *Corr. giur.*, 1996, p. 541; Cass. 27.04.1998 n. 3232, in *Corr. giur.*, 1998, p. 784.

²⁷⁵ A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, pg. 135 (riproduzione in lingua italiana di uno studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, p. 126 ss.).

La diversificazione viene fondata, in particolare, in ragione della sussistenza o meno di un elemento finale, empirico, tangibile, che è in concreto ragione sufficiente per modulare diversamente la distribuzione dell'onere della prova. La distribuzione degli oneri probatori, in siffatto ambito, affonda, quindi, la sua ragion d'essere²⁷⁶ nel fatto che mentre nell'obbligazione di risultato sarebbe il debitore a dover vincere l'evidenza del mancato raggiungimento del traguardo materiale dedotto in obbligazione, illustrandone le ragioni. Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi spetterebbe al creditore, quale elemento costitutivo della domanda, dimostrare l'inadempimento del debitore (non essendo il "risultato" dedotto in obbligazione). Tale indicazione sarebbe ulteriormente suffragata dall'idea che, in omaggio alla massima "*negativa non est probanda*", non si può tollerare che il debitore sia onerato di provare l'assenza della propria colpa, mentre è ammissibile che spetti al creditore il fatto positivo che integra la colpa²⁷⁷.

Sotto quest'ultimo aspetto, nelle obbligazioni *de moyen*, l'esigenza di promuovere la ricerca scientifica, avvertita specialmente nell'ambito della dottrina francese²⁷⁸ d'inizio Novecento, caratterizzava in senso marcatamente liberale la disciplina giuridica della responsabilità e ciò si avvertiva anche attraverso una redistribuzione dell'onere della prova che avvantaggiasse maggiormente il debitore²⁷⁹. Il creditore doveva provare, infatti, il difetto di contegno del debitore. Ciò spesso non era particolarmente agevole.

Questa distinzione, pur presentandosi, dal punto di vista formale, piuttosto rigida, è stata, quindi, nei suoi riflessi concreti, temperata proprio attraverso l'utilizzo di presunzioni di matrice giurisprudenziale²⁸⁰ che hanno permesso nelle obbligazioni di mezzi (es. per la responsabilità medica), di addossare al debitore – professionista l'onere della prova di aver correttamente adempiuto, al fine di soddisfare l'esigenza sostanziale di addossare la prova a chi, più

²⁷⁶ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, in *Obbligazioni*, sub Artt. 1173-1176, IV, Bologna-Roma, 1988, p. 478.

²⁷⁷ J. LARGUIER, *La preuve d'un fait négatif*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 1 ss. L'A. pur rimarcando l'influenza esercitata sulla natura positiva o negativa dei temi di prova, tuttavia, espressamente rinuncia a formulare una regola assoluta.

²⁷⁸ R. DEMOGUE, *La preuve*, in ID., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, 1911, p. 552.

²⁷⁹ E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 53.

²⁸⁰ Cass. 22.01.1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss.

agevolmente, sia in grado di dimostrarla, anche grazie alle conoscenze tecnico-professionali possedute.

Il prefato approdo ermeneutico è stato perseguito, per esempio, in ambito medico ²⁸¹ (per le operazioni di *routine*), mediante l'impiego giurisprudenziale²⁸² della presunzione "*res ipsa loquitur*". L'utilizzazione della prefata presunzione, attinente la riconducibilità del danno alla condotta del medico per l'evidenza circostanziale che si crea una deduzione di negligenza, era preordinata ad attribuire a quest'ultimo l'incombenza di vincere siffatta presunzione. Ciò consentiva, dal punto di vista assiologico, di evitare il passaggio, difficilmente giustificabile, dall'obbligazione di mezzi a quella di risultato, nelle operazioni di facile esecuzione. Come è stato rilevato dalla dottrina²⁸³ emergeva, in tal senso, la nascita di una fattispecie seriale di obblighi di mezzo rinforzati da presunzione di colpa.

In ottica generale, è stato, quindi, sostenuto dalla letteratura giuridica²⁸⁴ che la dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, sotto il profilo degli oneri probatori, pur non essendo immanente all'ordito legislativo, consente e ha consentito una razionalizzazione del sistema delle prove in relazione alle circostanze del caso concreto, dunque, come tale suscettibile di adattamenti.

Sotto tale profilo, la *distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat* in ordine all'*onus probandi*, è, dalla dottrina²⁸⁵ più recente, descritta come categoria che consente una valvola di apertura attraverso cui il sistema delle relazioni di debito si evolve, in un giuoco di rimandi tra aspetti materiali e

²⁸¹ L. DELLI PRISCOLI, *Professionista intellettuale e obbligazioni di mezzi*, in *riv. dir. comm. e del dir. gen. delle obblig.*, 2010, p. 370: "In conclusione, allo stato il medico è l'unico dei professionisti intellettuali che debba provare la propria diligenza nell'adempimento, dimostrando di aver adempiuto esattamente alla propria obbligazione e di avere seguito tutte le regole tecniche relative a quello specifico intervento: per quanto riguarda l'onere della prova dunque, la condizione del medico nei rapporti col paziente tende ad essere gravosa quanto quella dell'imprenditore nei confronti del cliente".

²⁸² Cass. 22.01.1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss.: "Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquiliana), inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza".

²⁸³ E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 59 ss.

²⁸⁴ G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il cod. civ. comm.*, diretto da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Milano, 2006, p. 418.

²⁸⁵ E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p.77.

riflessi probatori. La dicotomia in esame è, dunque, proiettata a soddisfare le esigenze di mobilità delle regole di prova anche attraverso l'elasticità delle soluzioni fornite dalla giurisprudenza.

3.3 La riconduzione ad unità dell'onere probatorio

La *reductio ad unitatem* del riparto degli oneri probatori, in materia di responsabilità contrattuale, è frutto di un percorso esegetico che evidenzia l'inservibilità di una esasperata frammentazione in materia e, per converso, l'inutilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

A tal proposito, diverse sono state le obiezioni ermeneutiche che hanno condotto a un sostanziale superamento della classica impostazione analitica che intravedeva, nel riparto dell'*onus probandi*, l'aspetto giuridico più importante della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Ciò ha portato ad avvertire nella menzionata suddivisione nulla più che una valenza meramente descrittiva. Tuttavia, anche l'aspetto descrittivo che si è riconosciuto di scorgere nella ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sembra essere, più che altro, l'omaggio nei confronti di un'autorevole e consolidata tradizione giuridica.

La stessa giurisprudenza, con la celebre decisione del 2001²⁸⁶, ha stabilito diversi capisaldi in relazione alla ripartizione dell'onere della prova mediante argomentazioni che hanno avuto un importante eco sotto il profilo applicativo e che, ai fini della rilevanza della presente indagine, sono state anche rivalutate, attraverso un apprezzabile orientamento ermeneutico²⁸⁷, per sostenere il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Il *decisum* della Cassazione, dunque, si segnala per l'accentuata valenza nomofilattica delle argomentazioni addotte, ciò anche in considerazione del fatto che, con riferimento alla fattispecie concreta, secondo parte della

²⁸⁶ Cass., sez. un., 30.10.2001 n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*

²⁸⁷ Cass., sez. un. 11.01.2008 n. 577 in *danno e resp.*, 2008, p. 788 .

dottrina²⁸⁸, alcune enunciazioni sono apparse sovrabbondanti rispetto alla necessità di risolvere la controversia prospettata (il caso deciso concerneva la pretesa al risarcimento del danno, peraltro, predeterminato nell'ammontare grazie ad una clausola penale, avanzata nei confronti di un soggetto che non aveva provveduto ad insonorizzare una parete divisoria come invece pattuito con il confinante).

La *quaestio iuris*, che è stata oggetto di anamnesi da parte dei giudici della Suprema Corte e che appariva ormai improcrastinabile, ha, comunque, riguardato i principi che sottendono il riparto dell'onere della prova, con riferimento al combinato disposto degli artt. 1218 e 1453 del codice civile.

I giudici di nomofilachia sono stati, infatti, chiamati a dissolvere la *querelle* in ragione del fatto che, a fronte di un orientamento maggioritario che modulava l'*onus probandi* a seconda della domanda giudiziale prospettata dall'attore (di adempimento, risoluzione o risarcimento del danno), emergeva, *ex adverso*, un indirizzo minoritario proiettato ad omogeneizzare, in generale, l'intero riparto dell'onere probatorio (per l'anamnesi delle due diverse posizioni esegetiche, *cf.* par. 3.2).

Quest'ultimo orientamento, pur se minoritario, è stato accolto dalle Sezioni Unite del 2001. Secondo quanto sostenuto dai giudici di nomofilachia, difatti, per soddisfare le esigenze di certezza giuridica, occorre perseguire lo scopo di uniformare, quanto più possibile, le regole probatorie. L'adempimento diventa, dunque, tendenzialmente un tema fisso di prova a carico del debitore (salvo per le obbligazioni negative).

La Corte di Cassazione muove dal presupposto che, secondo un criterio di ragionevolezza, a fronte di un'identica situazione probatoria consistente nella prova della fonte dell'obbligazione e del suo adempimento, sarebbe irrazionale la sussistenza di una diversa disciplina dell'onere probatorio. La frammentazione delle regole probatorie è, infatti, fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto.

Alla luce di questa esigenza manifestata dai giudici di nomofilachia, occorre verificare la natura giuridica dell'adempimento, al fine di valutare se

²⁸⁸ G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *riv. dir. civ.*, II, 2002, p. 708.

quest'ultimo rientri tra i fatti costitutivi che devono essere provati da parte dell'attore, ai sensi dell'art. 2697 del codice civile.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto di comporre il contrasto affermando che il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, potendosi limitare alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre, il debitore convenuto in giudizio è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa.

E', quindi, interessante seguire il sentiero logico – giuridico percorso nella sentenza *de qua*, per comprendere la rilevanza della decisione all'interno della ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La Corte di Cassazione, dopo aver addossato l'onere della prova dell'adempimento al debitore, indica, infatti, quali sono i principi giuridici che giustificano tale soluzione.

In primo luogo, menziona il principio di presunzione di persistenza del diritto, in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto di credito (attraverso l'allegazione del titolo), grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo. L'adempimento rientra, dunque, in tal senso, tra i fatti estintivi che devono essere provati dal convenuto.

In secondo luogo, utilizza il principio di vicinanza della prova sostenendo che è necessario non gravare il creditore di difficoltà eccessive nell'esercizio del proprio diritto. L'inadempimento, infatti, pur se non impossibile da provare, visto che anche i fatti negativi possono essere provati attraverso elementi positivi contrari (si pensi alla tecnica dell'alibi), è, sicuramente, di più difficile verificaione. Viceversa, il fatto positivo di aver adempiuto appare più agevolmente dimostrabile anche utilizzando documenti relativi all'avvenuto pagamento²⁸⁹, ovvero attraverso la quietanza di pagamento a cui il debitore ha diritto, ai sensi dell'art. 1199 del codice civile.

²⁸⁹ A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, p. 133 (riproduzione in lingua italiana di uno studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, p. 126 ss.).

Il debitore è, dunque, in possesso di strumenti utili a paralizzare le pretese del creditore.

I menzionati principi sono poi legati dalla considerazione secondo cui, i tre rimendi previsti dall'art. 1453 c.c., l'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno, sono accomunati dal medesimo presupposto costituito dall'inadempimento. In questo senso, è, infatti, anche possibile sostituire alla domanda di adempimento la richiesta di risoluzione, ai sensi dell'art. 1453, secondo comma.

La Corte di Cassazione ritiene, inoltre, che la distinzione tra inadempimento e inesatto adempimento della prestazione dovuta non merita dignità all'interno della ripartizione degli oneri probatori. Mentre, con riferimento all'esperimento dell'eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., i ruoli processuali risultano, semplicemente, essere invertiti, in quanto attraverso questa tecnica di tutela, il convenuto, paralizzando l'altrui domanda, addossa all'attore la dimostrazione della previa prova del suo adempimento.

L'unica eccezione, in senso stretto, che i giudici di nomofilachia riscontrano rispetto al regime probatorio delineato, è offerta dall'obbligazione negativa²⁹⁰. Si ritiene, infatti, che ai sensi dell'art. 1222 c.c., ogni fatto che violi obblighi di non fare costituisce di per sé inadempimento. L'inadempimento, in tali obbligazioni, è costituito da un fatto positivo (svolgimento di un'attività). Non opera, quindi, il principio di persistenza del diritto insoddisfatto, in quanto, il diritto nasce soddisfatto e può solo essere, successivamente, violato. D'altra parte, anche alla luce del principio di vicinanza, non sussistono ragioni per imporre al debitore la difficile prova di fatti negativi.

La Corte di Cassazione al di là dell'eccezione costituita dalle obbligazioni negative, rimane silente in relazione all'incidenza della distribuzione della prova con riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. I giudici della Suprema Corte sembravano, però, voler dare ai criteri indicati una valenza generale, idonea a superare anche la tradizionale suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

²⁹⁰ Si è, però, affermato che la Corte di Cassazione non ha tenuto in considerazione le ipotesi di mora *ex persona* cfr. A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, p. 14, nota 25.

Inizialmente, tuttavia, la stessa Corte di Cassazione²⁹¹ non aveva ritenuto opportuno attribuire una portata omnicomprensiva alla prefata decisione. Nell'ambito della responsabilità medica, il riparto degli oneri probatori restava, infatti, in alcune decisioni, ancorato ai tradizionali schemi: schemi che presupponevano la dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

In tale ottica, i giudici di nomofilachia²⁹² avevano ribadito, dopo la pronuncia della Corte di Cassazione del 2001, che nell'obbligazione di mezzi, all'interno della quale è inserita la prestazione medica, spettasse al paziente provare quali fossero state le modalità di esecuzione ritenute inadeguate, ancorché, al fine di attenuare tale incombenza, ove quest'ultimo avesse dimostrato che si era in presenza di una operazione di facile esecuzione (di *routine*), poteva operare il principio *res ipsa loquitur*.

Questo orientamento esegetico faceva, dunque, gravare sul paziente l'onere della prova dell'inadempimento, discostandosi apertamente dalle conclusioni ermeneutiche in tema di prova che la Suprema Corte aveva raggiunto nel 2001 (sostenendo che è il debitore, in questo caso il medico, a dover fornire la prova dell'avvenuto esatto adempimento).

Tali considerazioni, tuttavia, anche nel settore medico, sono stati oggetto di un *revirement* giurisprudenziale: cambiamento che, anche in questo caso, è scaturito da una pronuncia delle Sezioni Unite.

La Corte di Cassazione²⁹³, a sezioni unite, nel 2008, proprio richiamando la pronuncia del 2001, ha, infatti, optato per la qualificazione giuridica meramente descrittiva della ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ciò in relazione ad uno degli aspetti, quello della distribuzione della prova, che aveva maggiormente consentito di rivendicare l'*utilitas* della dicotomia.

Quest'ultima decisione prende, esplicitamente, in esame proprio la *summa divisio* tra obbligazioni di mezzi e di risultato e, pur asserendo che la ripartizione è stata spesso utilizzata dalla Corte di Cassazione al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova o l'individuazione del contenuto dell'obbligo, asserisce che tale

²⁹¹ Cass. 13.01.2005. n. 583.

²⁹² Cass. 13.01.2005. n. 583.

²⁹³ Cass., sez. un. 11.01.2008 n. 577 in *danno e resp.*, 2008, p. 788.

impostazione non è immune da profili problematici. I giudici di nomofilachia evidenziano, in questo senso, il difficile legame tra la prova e la struttura del rapporto obbligatorio (*cf.* cap. 1), struttura che presenta, imprescindibilmente, un risultato giuridico dovuto per ogni obbligazione.

Sotto il profilo dell'onere della prova, dunque, aderendo all'orientamento della sentenza della Cassazione del 2001, le Sezioni Unite rilevano, in maniera piuttosto perentoria che, anche con riferimento a questo aspetto, la distinzione deve ritenersi superata. Ciò implica che, per ogni obbligazione, il creditore deve solamente limitarsi a provare la fonte dell'obbligazione e allegare l'inadempimento mentre spetterà al debitore provare di aver esattamente adempiuto.

Le prefate conclusioni erano già state raggiunte da parte della letteratura giuridica.

La dottrina²⁹⁴ aveva, infatti, messo in evidenza come la suddivisione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si reggeva mediante una serie di finzioni e ciò anche con riferimento alla distribuzione dell'onere della prova.

Si è affermato, in tale ottica che se, da un lato, nell'ambito delle obbligazioni di mezzi spetta al creditore - attore provare uno specifico errore di condotta, cosicché il rischio della causa ignota rimane nella sfera giuridica di quest'ultimo, dall'altro lato, tale regola, non era spesso concretamente applicata dalla giurisprudenza in un settore, quale quello delle professioni intellettuali (specialmente nella responsabilità medica), tradizionalmente ascritto nell'alveo delle obbligazioni di mezzi.

Attraverso delle presunzioni di matrice giurisprudenziale (*cf.* 3.1), come quella "*res ipsa loquitur*", si attribuiva, infatti, l'onere della dimostrazione di aver correttamente adempiuto al debitore, es. al medico nelle operazioni di *routine*.

Questa tecnica giuridica di distribuzione della prova, suscitava, però, le critiche della dottrina²⁹⁵, in quanto, si rafforzava l'idea che, in tal modo, non si faceva

²⁹⁴ E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultati*, in *Danno e resp.*, 1999, p 1173.

²⁹⁵ E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultati*, in *Danno e resp.*, 1999, p 1173.

altro che aggiungere artificio ad artificio, trattando tali ipotesi con un regime probatorio che in nulla differiva da quello correntemente ritenuto costruire il profilo caratterizzante le obbligazioni di risultato.

D'altra parte, si è anche prospettato, tra i sostenitori²⁹⁶ della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che l'inclinazione del sistema probatorio ad assecondare principi d'impronta antiformalistica come il *principe d'aptitude à la preuve* finisce con il ridurre il ruolo che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato può esercitare in relazioni al riparto della stessa.

Proprio con riferimento al criterio di vicinanza (nonché sotto l'aspetto del principio di inerzia), la ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata, recentemente, rivalutata dalla dottrina²⁹⁷, con riguardo all'adempimento qualitativamente inesatto.

La diversità ontologica tra inadempimento e adempimento qualitativamente inesatto è riscontrata in considerazione del fatto che nell'adempimento inesatto, il creditore ammette di aver ricevuto la prestazione e, quindi, confessa il fatto estintivo²⁹⁸.

Secondo un'impostazione esegetica occorre, quindi, distinguere sotto il profilo probatorio tra mancanza (totale o parziale) dell'adempimento e adempimento qualitativamente inesatto²⁹⁹.

L'inesattezza dell'adempimento si afferma non può, infatti, costituire un tema fisso di prova (contrariamente a quanto avallato dalla Corte di Cassazione del 2001³⁰⁰).

Con riferimento proprio all'inadempimento qualitativamente inesatto assume, in tale ottica, rilevanza la ripartizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato,

²⁹⁶ P. ESMEIN, *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, II, Paris, 1950, p.110 ss.

²⁹⁷ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, p. 15. L'A. per giustificare che l'inesattezza dell'adempimento non costituisce un tema fisso di prova prende spunto proprio dalle figure dell'obbligazione di mezzi e di risultato.

²⁹⁸ G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *riv. dir. civ.*, II, 2002, p. 728; U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002, p. 113.

²⁹⁹ G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *riv. dir. civ.*, II, 2002, p. 728. L'A. si sofferma, in particolare, sull'onere della prova del prestatore di servizi in caso di inesatto adempimento.

³⁰⁰ Cass., sez. un., 30.10.2001 n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565.

sicché è necessario disaggregare l'incombenza della prova, in ragione della presenza dell'una o dell'altra tipologia di obbligazioni.

Qualora, infatti, rimarrà inesattamente adempiuta un'obbligazione di risultato sarà l'attore-creditore a dover dimostrare l'inadempimento.

Al riguardo, si riporta, come esempio, il modello del contratto di vendita³⁰¹ con riferimento all'ipotesi in cui il bene acquistato risulti viziato. Si sostiene³⁰² che addossare al venditore (debitore) la prova che la cosa consegnata fosse immune da vizi (sulla base della mera allegazione del vizio, effettuata dall'acquirente), significa addossare a costui, ingiustificatamente, un duplice rischio. Da un lato, il venditore dovrebbe provare se il bene era o meno difettoso, dall'altro lato, se l'accertato difetto del bene era originario o sopravvenuto (l'incrinatura del vaso può dipendere anche da una successiva incauta condotta dell'acquirente). In questo senso³⁰³, alla luce del principio di inerzia e di vicinanza della prova, ragioni di giustizia sostanziale e di coerenza normativa, imporrebbero che, in tale evenienza, sia il compratore a dover fornire la prova dell'inadempimento qualitativamente inesatto.

D'altra parte, si aggiunge *a fortiori* che tali considerazioni sono rafforzate anche dalla disciplina della vendita nel codice di consumo. Il d.lgs. 2005 n. 206, pur privilegiando il consumatore e appesantendo, per converso, la posizione del venditore professionale, pone, infatti, nell'art. 132, terzo comma, del cod. cons., una deroga alla disciplina generale: deroga circoscritta, però, ai primi sei mesi decorrenti dalla consegna della cosa. L'articolo *de quo* indica che i difetti manifestatisi entro sei mesi dalla *traditio rei*, si presume fossero sussistenti al momento della consegna. Tale disciplina è, tuttavia, limitata solamente ai primi sei mesi, sicché, *a contrario*, per il rimanente tempo utile a esperire l'azione, la prova spetta al consumatore - acquirente.

³⁰¹ Tuttavia, con riferimento alla vendita di cosa specifica non è possibile intravedere la sussistenza di un'obbligazione (salvo l'ipotesi di vizio imputabile al creditore intercorso tra la stipulazione del contratto e la sua consegna) . Il discorso può riguardare, comunque, le vendite a effetti reali differiti, ovvero le ipotesi in cui è inserita la clausola di buon funzionamento, ai sensi dell'art. 1512 del codice civile, oltre alle vendite disciplinate nel codice del consumo.

³⁰² A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, p. 16.

³⁰³ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Annali del Seminario giuridico*, VIII, 2006-2007, Milano, 2008, p. 16.

Viceversa, nell'obbligazione di mezzi, seguendo questa ricostruzione esegetica, può essere sufficiente, anche per l'inadempimento qualitativamente inesatto, che il creditore si limiti ad allegare l'inesattezza della prestazione eseguita dal debitore.

Il criterio di vicinanza consente, infatti, che il creditore possa semplicemente addurre l'inadempimento qualitativamente inesatto (es. la banca che ha pagato un assegno falsificato nella firma di traenza, in questo caso spetta alla banca dimostrare di aver adottato le misure necessarie, la diligenza). Si ripropone per le obbligazioni di mezzi rimaste inesattamente adempiute, la regola *iuris* prospettata dalla Cassazione nel 2001.

La prefata ricostruzione della rilevanza della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato alla luce della prova dell'adempimento qualitativamente inesatto, pur se suggestiva, non può essere condivisa³⁰⁴.

Le regole sul riparto dell'onere della prova, infatti, sfuggono a una simile distinzione. La suddivisione in esame non ha un fondamento morfologico (*cfr.*, cap. 1), ma è il frutto di un tentativo esegetico rivolto a sovrapporre le categorie giuridiche (il risultato dovuto) con aspetti empirico-economici.

Con queste affermazioni, ad ogni modo, non si vuole sostenere l'idea che il diritto è una sovrastruttura priva di ogni riferimento alla realtà materiale, all'ambiente in cui si sviluppano e si diramano gli interessi dei consociati³⁰⁵. Tutto ciò costituisce, infatti, il presupposto di esistenza e di vitalità per lo stesso ordinamento giuridico.

Alla luce di tali considerazioni, d'altro canto, non è possibile, per ciò solo, eclissare le tecniche e gli strumenti³⁰⁶ proprii della *scientia iuris*. Aspetti che, nel campo della teoria dell'obbligazione, evidenziano che è indispensabile

³⁰⁴ Non è, infatti, casuale che A. BELFIORE proponesse la distinzione soltanto "ai fini d'analisi" per dimostrare che l'inadempimento qualitativamente inesatto non costituisce un tema fisso di prova.

³⁰⁵ C. M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 787.

³⁰⁶ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 9. Non può essere, però, condivisa l'idea secondo cui il diritto perde la razionalità dei contenuti e guadagna la pura razionalità della forma. La forma, le procedure sono, infatti, gli strumenti attraverso cui è possibile realizzare gli interessi sostanziali dei consociati. Interessi che, essendo rivolti a soddisfare bisogni della vita, non sono suscettibili, quindi, di essere eclissati dalla forma. Anzi, la forma, le procedure, i modelli possono esistere finché nella loro elasticità non si raggiunge un punto di rottura tale per cui il loro utilizzo non è più idoneo a soddisfare gli interessi concreti dei consociati.

filtrare, nelle maglie del diritto, ciò rispetto a cui il debitore si impegna e di cui può esser considerato responsabile.

Anzi, è proprio questo il dato che consente di superare la rigidità di una simile distinzione per approdare alla concretizzazione dell'attività rispetto alla quale il debitore si è vincolato, valutando gli interessi che ha ritenuto dover fare emergere nel mondo giuridico.

Se le tratteggiate premesse sono esatte e non si può riconoscere un fondamento in ordine al profilo fisiologico della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato (*cf.* cap. 1), le stesse conclusioni possono trarsi anche con riferimento al sistema delle prove.

D'altronde, se si ammette l'immanenza al sistema del principio di vicinanza della prova, ritenendolo conforme alla *ratio* sottesa all'art. 2697 c.c., occorre anche evidenziare che il principio de *quo* sembra essere teleologicamente preordinato a mitigare le difficoltà probatorie indipendentemente dalla dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Da questo punto di vista, è anche necessario ricordare l'incombenza della prova con il mero onere di allegazione dell'inadempimento.

Anche nelle obbligazioni cd. di risultato, in presenza di un inadempimento qualitativamente inesatto, il creditore può semplicemente allegare tale inesattezza³⁰⁷, addossando al debitore la prova di aver correttamente adempiuto la propria prestazione: prestazione che rientra pur sempre all'interno della sua sfera giuridica. Il debitore è tenuto, così, a fornire la prova del fatto estintivo della sua obbligazione.

Ciò consente di attribuire la dovuta rilevanza all'attività debitoria, anche tra le cosiddette obbligazioni di risultato.

³⁰⁷ Con riferimento alla prova dell'inesatto adempimento emergono diversi orientamenti in dottrina. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1998, p. 338 “*Nel primo caso, al creditore basterà provare che il risultato non ha le qualità richieste (p. es.: l'opera costruita in appalto è difettosa) e ancora una volta, spetterà al debitore provare che ciò non deriva da causa a lui imputabile*”. Altra parte della dottrina ritiene che sia nelle obbligazioni di mezzi, che nelle obbligazioni di risultato, in caso d'inesatto adempimento, la prova spetti al creditore, M. FRANZONI, *La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e di risultato, in resp.e impr.*, 1997, p. 322, “*Diverso è il caso in cui di inesatto adempimento si tratti. L'onere della prova dell'adempimento inesatto grava sul creditore tanto nelle obbligazioni di mezzi quanto nelle obbligazioni di risultato e rappresenta il fatto costitutivo della responsabilità*”.

In questo senso, la dimostrazione che la *res* presenta un vizio (o che vi sia stato un inesatto adempimento di una prestazione medica c.d. di risultato, come un'operazione estetica od odontoiatrica) non costituisce prova dell'inadempimento, ma consente di istaurare un giudizio³⁰⁸ in cui è il debitore a dover assolvere la prova positiva dell'impossibilità o dell'esatto adempimento, quale fatto estintivo della propria obbligazione. Il debitore dovrà, dunque, nell'ambito della sua organizzazione, adottare le misure e gli accorgimenti tecnici che gli consentano di provare la mancanza di responsabilità.

Recentemente, altra parte della dottrina³⁰⁹, pur non condividendo il bisogno di una costruzione teorica della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ne ha, comunque, alla sua base, identificato una specifica esigenza. Esigenza che emergerebbe sul terreno della prova necessaria per non incorrere nella responsabilità contrattuale. Si afferma che mentre, nelle obbligazioni di risultato, l'autoevidenza dell'assenza del risultato atteso imporrebbe al debitore, per liberarsi, di scivolare sul terreno dell'impossibilità (inadempimento incontrovertibile). Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi, per il debitore resterebbero aperte le due vie, costituite dall'impossibilità per causa non imputabile o dalla controprova³¹⁰ dell'adempimento conforme agli *standards* richiesti dall'impegno assunto (adempimento controvertibile).

³⁰⁸ Parte della dottrina discorre di coincidenza puramente fattuale tra prova del danno da parte del creditore e prova, *prima facie*, dell'inesatto adempimento. F. CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011, p. 70, "In ordine alla prova del vizio dell'opus, la stessa grava sul committente in quanto il vizio, sottendendo la lesione dell'interesse finale del creditore protetto nel contesto del rapporto obbligatorio, identifica l'evento di danno che costituisce, in genere, tema di prova iniziale dell'attore. In ciò non può scorgersi nessuna contraddizione con la regola di recente affermazione che individua nel debitore la parte onerata dell'esatto adempimento, giacché è vero che con la prova del vizio il committente offre, di fatto, anche una dimostrazione *prima facie* dell'inesatto adempimento dell'appaltatore ma ciò consegue ad una coincidenza puramente fattuale, data dalla già rilevata sovrapposizione che tra il danno e l'imperfezione del risultato dovuto si verifica nelle obbligazioni di risultato".

³⁰⁹ F. PIRAINO, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>> ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 147 ss; F. CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011, p. 48.

³¹⁰ F. PIRAINO, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>> ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 149, nota 134. L'A. muove dall'assunto tradizionale secondo cui nelle obbligazioni di mezzi, l'onere della prova sull'inadempimento gravi sul creditore, ancorché ritiene che alla luce della Cass. 2001 n. 13533 ciò "è questione controversa".

Anche questa ricostruzione, tuttavia, non è immune da alcune criticità.

La tesi dell'inadempimento incontrovertibile, per la sola autoevidenza della mancanza del risultato, si basa su un inammissibile giudizio a posteriori. Se si considera, infatti, che il risultato anelato può anche essere materialmente diverso da quello dovuto, occorrendo pur sempre concretizzare la prestazione (o se si vuole il risultato), in considerazione del fatto che non è giuridicamente accettabile l'adagio "*in claris non fit interpretatio*", si comprende come nell'ipotesi di mancanza, *prima facie*, del risultato rimane pur sempre aperta, per il debitore, la via della prova dell'adempimento (si pensi all'utilizzazione della clausola "*au mieux*"³¹¹). Inoltre, la tesi proposta non riesce, comunque, a spiegare l'evenienza dell'inesatto adempimento (che dovrebbe esser sempre un inadempimento controvertibile).

La dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, invero, sembra infrangersi contro uno scoglio difficilmente sormontabile, costituito dall'assenza di elementi strutturali che possano consentire di erigere una valida teoria ricostruttiva. Non è un caso che spesso emergano³¹², nei Paesi che accolgono la distinzione, moduli intermedi quali "*obligation de moyens renforcée*"³¹³ o "*obligation de résultat atténuée*", formule che, in definitiva, ne dissolvono la stessa utilità giuridica.

³¹¹ H. HOVASSE, *Promesse de trésorerie – Obligation de moyen ou de résultat?*, in *droit des sociétés*, avril 2007, n°74.

³¹² E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 41 e 164.

³¹³ F. KENDÉRIAN, *Expertise de mobiliers et d'oeuvres d'art: quand l'obligation de moyens de l'expert devient source d'irresponsabilité civile*, in *R. Dalloz*, 2010, p. 751 "*Cette politique jurisprudentielle, fondée sur une appréciation plus sévère de la faute du débiteur, a conduit à l'apparition d'obligations de moyens renforcées ou aggravées*".