

**ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK**  
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

**ZERP**

**Elena Guella**

**IL Carattere Autonomo Degli Obblighi Di  
Protezione Nei Sistemi Italiano e Tedesco**

**Le Ricadute Sulla Struttura Del Rapporto  
Obbligatorio e Sulla Qualificazione Della  
Responsabilità**

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 9

2016

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antoniolli, Trento  
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen  
Prof. Michele Comenale, Sassari  
Prof. Francesca Fiorentini, Triest  
Prof. Christian Joerges, Bremen  
Prof. Luca Nogler, Trento  
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento  
Prof. Silvia Sonelli, Modena  
Prof. Gian Maria Uda, Sassari  
Prof. Dian Schefold, Bremen  
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen  
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an [cschmid@uni-bremen.de](mailto:cschmid@uni-bremen.de) erbeten.

## **Editorial**

Publisher &  
Distributor: Zentrum für Europäische Rechtspolitik  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Bremen  
Universitätsallee, GW 1  
28359 Bremen  
[www.zerp.eu](http://www.zerp.eu)

Reproduction: Subject to editor's permission

Bremen, Mai 2016

*Ai miei genitori e a mio fratello Flavio,*

*per il sostegno e l'affetto di sempre*



# Indice

INTRODUZIONE .....	5
CAPITOLO I: OBBLIGHI DI PROTEZIONE IN GENERALE .....	9
SEZIONE I – ORIGINE STORICA DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE IN GERMANIA .....	10
1. Premessa: considerazioni storiche sulla nascita dello studio degli obblighi di protezione; le peculiarità dell’ordinamento tedesco .....	10
2. La nascita degli obblighi di protezione attraverso la teorizzazione delle positiven Vertragsverletzungen (violazioni contrattuali positive), ad opera di Hermann Staub.....	11
3. Perplessità relative alla teoria di Staub: i punti deboli della sua impostazione e il confronto con i sistemi austriaco e svizzero.....	19
4. Considerazioni sulla teoria di Staub in relazione alla problematica degli obblighi di protezione .....	21
5. Le critiche alla ricostruzione di Staub e la prospettazione di un altro filone di sviluppo: l’analisi della struttura del rapporto obbligatorio nel pensiero di Stoll .....	23
6. Le caratteristiche del sistema tedesco sul fronte della responsabilità extracontrattuale come incentivo per l’ampliamento dell’ambito di applicazione della tutela contrattuale.....	26
SEZIONE II – LE OBBLIGAZIONI.....	31
1. Premessa: considerazioni generali sulla categoria delle obbligazioni.....	31
2. L’obbligazione nel diritto romano: la genesi come assoggettamento personale .....	31
3. La concezione tradizionale dell’obbligazione come dovere di prestazione ..	36
4. Le teorie più recenti: l’obbligazione come rapporto a struttura complessa. La sua teorizzazione in Germania.....	38
5. Le teorie più recenti: l’obbligazione come rapporto a struttura complessa. La situazione in Italia .....	40
SEZIONE III – ISTITUTI GENERALI DI BASE .....	47
1. Premessa .....	47
2. Concretizzazione delle clausole generali di correttezza e buona fede esecutiva nel rapporto obbligatorio. Integrazione ex lege e problema della limitazione dell’autonomia privata. ....	48
3. Reciprocità .....	53
4. Le trattative precontrattuali: la culpa in contrahendo .....	54

5.	Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht. Teoria del contatto sociale .....	60
6.	Il danno risarcibile: Enumerationsprinzip e danno meramente patrimoniale .....	65
CAPITOLO II: OBBLIGHI DI PROTEZIONE E TERZI .....		69
1.	Premessa: gli scopi dello studio degli obblighi di protezione in riferimento a soggetti terzi.....	69
2.	In quali ipotesi il terzo può essere toccato dagli effetti di un contratto.....	71
2.1.	Perché è necessario prendere in considerazione anche i terzi in riferimento allo svolgersi degli effetti di un contratto.....	71
2.2.	I tipi di effetti che possono riguardare il terzo: positivi e negativi ...	73
3.	Possibili mezzi di tutela del terzo nell'ipotesi in cui questi venga danneggiato dallo svolgimento di un contratto inter alios.....	76
3.1.	La soluzione extracontrattuale: il caso del Regno Unito.....	76
3.2.	La soluzione contrattuale.....	86
4.	I vantaggi per il terzo offerti dall'accoglimento della tesi degli obblighi di protezione anche nei suoi confronti.....	87
4.1.	Il particolare contesto normativo all'interno del quale si è sviluppata la teoria degli obblighi di protezione in Germania .....	87
4.2.	Differenze di disciplina fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che portano a preferire la prima.....	90
5.	La ricerca di un fondamento giuridico che consenta l'estensione degli obblighi di protezione a soggetti diversi dalle parti contraenti .....	92
5.1.	Il contratto .....	92
5.1.1.	Il contratto a favore di terzo .....	93
5.1.2.	Interpretazione integrativa del contratto .....	95
5.1.3.	Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte .....	97
5.1.4.	Conclusioni: il mancato superamento dei limiti che la ricostruzione in chiave contrattuale degli obblighi di protezione in riferimento ai terzi può presentare.....	99
5.2.	Il superamento del principio della relatività degli effetti del contratto attraverso la giurisprudenza e le relative critiche.....	99
5.3.	Il fondamento legislativo degli obblighi di protezione: principio di buona fede e principio costituzionale di solidarietà sociale.....	101
5.4.	Conclusioni: conferma del carattere autonomo degli obblighi di protezione rispetto al regolamento contrattuale. La confutazione attraverso i casi del contratto nullo, delle trattative precontrattuali e delle obbligazioni ex lege.....	104

6.	Il problema dell'individuazione di quali terzi debbano essere tutelati.....	105
6.1.	Premessa: la necessità di un rapporto qualificato del terzo con la parte del negozio .....	105
6.2.	L'individuazione ad opera della parte: critiche.....	106
6.3.1.	La ricerca di criteri materiali di individuazione del terzo .....	107
6.3.2.	Conclusioni.....	111
6.4.	Casistica: l'esempio dei doveri di protezione conseguenti al contratto ginecologico .....	112
7.	Natura e quantificazione del danno risarcibile .....	119
8.	Conclusioni: l'esclusione del fondamento contrattuale degli obblighi di protezione e gli argomenti a favore di un'estensione degli obblighi di protezione anche ai terzi. ....	122
<b>CAPITOLO III: RISVOLTI PROCESSUALI E APPLICATIVI DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE.....</b>		<b>125</b>
1.	Onere della prova e prescrizione: il contesto tedesco.....	125
2.	Onere della prova e prescrizione: la comparazione con il contesto italiano .....	130
3.	La prescrizione e gli obblighi di protezione .....	132
4.	Azionabilità autonoma dei rimedi sinallagmatici dell'eccezione di inadempimento e della risoluzione del contratto a fronte della lesione degli obblighi di protezione.....	133
5.	Clausole di esonero dalla responsabilità (o clausole di deresponsabilizzazione).....	137
<b>CAPITOLO IV: OBBLIGHI DI PROTEZIONE NELLE PRINCIPALI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI E PROSPETTIVE DI CODIFICAZIONE.....</b>		<b>143</b>
<b>SEZIONE I – LA GIURISPRUDENZA.....</b>		<b>143</b>
1.	Premessa: i diversi campi applicativi della teoria degli obblighi di protezione nella giurisprudenza italiana. ....	143
2.	La responsabilità da contatto sociale in capo all'insegnante, dipendente dell'istituto scolastico, per la condotta autolesiva dell'alunno.....	146
3.	La responsabilità da contatto sociale del medico dipendente della struttura ospedaliera.....	157
4.	Gli obblighi di protezione in capo al datore di lavoro.....	164
<b>SEZIONE II – PROSPETTIVE DI CODIFICAZIONE.....</b>		<b>171</b>
<b>CONCLUSIONI.....</b>		<b>183</b>

1. L'origine storica degli obblighi di protezione come mezzo per colmare le lacune normative del BGB e la loro evoluzione verso un'autonomia funzionale.....	183
2. Il fondamento normativo autonomo degli obblighi di protezione.....	190
3. L'operatività della teoria degli obblighi di protezione in assenza di un rapporto obbligatorio e nei confronti di soggetti terzi.....	193
4. I tratti essenziali degli obblighi di protezione.....	198
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>201</b>



## INTRODUZIONE

Il tema degli obblighi di protezione viene di seguito affrontato in prospettiva comparata, analizzando come tale istituto si sia delineato a partire dalla teorizzazione degli *Schutzpflichten* nella Germania dei primi del Novecento, per arrivare alle più recenti elaborazioni in tema di contatto sociale trattate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane.

Se infatti l'origine di tale istituto è da individuare nell'ordinamento tedesco dove inizialmente è stato sviluppato per porre rimedio alle lacune del BGB in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nel corso del tempo esso ha assunto una portata più generale che ne ha consentito la sopravvivenza anche a seguito della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002 (che ha colmato le lacune in questione), e che ne ha permesso l'impiego anche in differenti ordinamenti, quale quello italiano, connotando l'istituto stesso come modello appetibile per una circolazione giuridica.

Il tratto che in questa analisi si è individuato come caratterizzante gli obblighi di protezione, rendendoli operativi su più livelli all'interno dell'ordinamento giuridico di volta in volta preso in considerazione, è costituito principalmente dalla loro autonomia, sia funzionale che normativa. Essi infatti, all'interno del rapporto obbligatorio, danno voce a determinati interessi – diversi da quello finalizzato al conseguimento della prestazione pattuita – che consistono, nella loro base comune, in un'aspettativa di ciascuna parte a che lo svolgimento del rapporto non cagioni indirettamente danno alla persona o al patrimonio. D'altro lato tali obblighi sorgono in capo alle parti a prescindere da una loro volontà (espressa o anche tacita) in tal senso, in quanto è la legge stessa a far sì che gli interessi corrispondenti assumano valenza giuridica all'interno dell'ordinamento: si tratta cioè di obblighi che concretizzano le clausole generali di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) e di solidarietà sociale (art. 2 Costituzione).

Una simile configurazione degli obblighi di protezione consente loro di riverberare i propri effetti sia sulla tematica della struttura del rapporto obbligatorio che su quella della qualificazione della responsabilità.

Ammettendo la vigenza di tali obblighi come concretizzazione delle clausole generali di buona fede e correttezza, si fa in modo che venga rivisitato il concetto stesso di obbligazione; la sua struttura non si riduce più al rapporto di debito-credito relativo alla prestazione principale pattuita, bensì si arricchisce di ulteriori fasci di rapporti che portano all'interno dell'obbligazione anche – appunto – l'interesse di protezione relativo alla sfera giuridica soggettiva delle parti.

In tal modo l'obbligazione, come integrata *ex lege* nel quadro di un ordinamento solidaristico, cessa di essere un mezzo volto alla soddisfazione dell'esclusivo interesse della parte ad ottenere la prestazione pattuita e, con essa, il risultato complessivamente utile che si era preposta, per assumere anche una funzione di tutela sociale che prescinde dalle valutazioni individuali di convenienza della parte creditrice.

Sul versante della qualificazione della responsabilità, invece, la teoria degli obblighi di protezione ha ampliato i confini di quella contrattuale, facendovi ricadere situazioni di lesione che, seppure non costituenti un inadempimento contrattuale, tuttavia sono strettamente ricollegabili allo svolgimento dell'obbligazione stessa. È così possibile trattare in una sede unitaria le vicende relative al rapporto obbligatorio e fornire una tutela più adeguata a situazioni di confine che presentano un *quid pluris* rispetto alle relazioni che di norma si instaurano fra degli estranei, dando vita a responsabilità extracontrattuale.

L'analisi affronta quindi anche le problematiche ricollegate a situazioni più complesse del rapporto bilaterale tra creditore e debitore, all'interno delle quali gli obblighi di protezione si trovano ad operare.

Innanzitutto può mancare un rapporto obbligatorio sul quale possano innestarsi gli obblighi di protezione: in questo caso, proprio in virtù della loro autonomia funzionale e normativa, essi sorgono a prescindere da un negozio giuridico che dia vita all'obbligazione, in quanto sussiste una determinata situazione di fatto che fa sì che i soggetti coinvolti cessino di essere giuridicamente considerabili quali "estranei". La dottrina italiana e tedesca parla a questo proposito di rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, in quanto fra le parti si instaura una relazione che presenta i caratteri propri di un'obbligazione, escluso solamente il vincolo relativo alla prestazione. Si tratta, in particolare, dei due casi della *culpa in cotrahendo* ("contatto negoziale" finalizzato alla conclusione di un contratto) e del contatto sociale (qualificato dal particolare ruolo professionale di una delle due parti). In tali ipotesi i soggetti sono considerati alla stregua di vere e proprie parti contrattuali, salvo il fatto che l'obbligo relativo alla prestazione o sorgerà in un secondo momento o non verrà mai ad esistenza.

Altra problematica è quella di verificare se gli obblighi di protezione possono sussistere anche in relazione a dei terzi, cioè a dei soggetti diversi dalle parti (o dalle potenziali parti) del rapporto. Anche in questo caso la riflessione muove dalla considerazione che tali soggetti, benché non ricompresi nella pattuizione, rivestono una peculiare posizione assimilabile a quella delle parti contraenti, e per questa ragione sarebbe riduttivo e ingiustificatamente discriminante applicare loro la generale disciplina della responsabilità extracontrattuale. Per poter ricomprendere i terzi nella cerchia degli effetti di un atto stipu-

lato *inter alios* si presentano però delle evidenti difficoltà in relazione al principio di relatività degli effetti contrattuali, il quale stabilisce che le parti (e solo esse, esclusi i casi di obblighi nascenti *ex lege*) possono disporre della propria sfera giuridica, senza che alcun effetto sia idoneo a riguardare soggetti ulteriori che non vengono coinvolti negozialmente – con un apporto della loro volontà – nella decisione. In questo quadro, la configurazione autonoma degli obblighi di protezione è funzionale anche al superamento di tali difficoltà, in quanto i doveri protettivi sono distaccati dal negozio che dà origine al rapporto obbligatorio; ciò ha consentito in questo settore di aggirare il principio di relatività degli effetti contrattuali, in quanto non è l'atto di autonomia privata a espletare effetti nei confronti di un terzo, bensì direttamente la legge.



# CAPITOLO I: OBBLIGHI DI PROTEZIONE IN GENERALE

## *ORIGINE STORICA IN GERMANIA, EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI OBBLIGAZIONE E CARATTERI PRINCIPALI*

SOMMARIO: Sezione I: Origine storica degli obblighi di protezione in Germania. 1. Premessa: considerazioni storiche sulla nascita dello studio degli obblighi di protezione; le peculiarità dell'ordinamento tedesco. 2. La nascita degli obblighi di protezione attraverso la teorizzazione delle *positiven Vertragsverletzungen* (violazioni contrattuali positive), ad opera di Hermann Staub. 3. Perplexità relative alla teoria di Staub: i punti deboli della sua impostazione e il confronto con i sistemi austriaco e svizzero. 4. Considerazioni sulla teoria di Staub in relazione alla problematica degli obblighi di protezione. 5. Le critiche alla ricostruzione di Staub e la prospettazione di un altro filone di sviluppo: l'analisi della struttura del rapporto obbligatorio nel pensiero di Stoll. 6. Le caratteristiche del sistema tedesco sul fronte della responsabilità extracontrattuale come incentivo per l'ampliamento dell'ambito di applicazione della tutela contrattuale. Sezione II: Le obbligazioni. 1. Premessa: considerazioni generali sulla categoria delle obbligazioni. 2. L'obbligazione nel diritto romano: la genesi come assoggettamento personale. 3. La concezione tradizionale dell'obbligazione come dovere di prestazione. 4. Le teorie più recenti: l'obbligazione come rapporto a struttura complessa. La sua teorizzazione in Germania. 5. Le teorie più recenti: l'obbligazione come rapporto a struttura complessa. La situazione in Italia. Sezione III: Istituti generali di base. 1. Premessa. 2. Concretizzazione delle clausole generali di correttezza e buona fede esecutiva nel rapporto obbligatorio. Integrazione ex lege e problema della limitazione dell'autonomia privata. 3. Reciprocità. 4. Le trattative precontrattuali: la *culpa in contrahendo*. 5. Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*. Teoria del contatto sociale. 6. Il danno risarcibile: *Enumerationsprinzip* e danno meramente patrimoniale.

## SEZIONE I – ORIGINE STORICA DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE IN GERMANIA

### 1. *Premessa: considerazioni storiche sulla nascita dello studio degli obblighi di protezione; le peculiarità dell'ordinamento tedesco*

Ai fini di un'analisi completa e contestualizzata dell'istituto degli obblighi di protezione, è necessaria un'introduzione di impronta storica, con la quale dare conto delle esigenze a cui lo stesso risponde e della sua origine concettuale.

Da un lato tale introduzione consentirà di comprendere le condizioni che in Germania hanno portato a sviluppare la tematica in questione. Si tratta infatti di una figura strettamente legata ad esigenze della pratica che si erano poste nell'ordinamento tedesco, e conferma ne è il fatto che tradizionalmente si fa risalire la sua origine all'opera di Hermann Staub – giurista berlinese, co-fondatore della rivista *Deutschen Juristen-Zeitung* –, che nella sua attività ebbe modo di entrare in diretto contatto con i problemi che si prospettavano nella prassi commerciale.

D'altro lato si potrà porre in evidenza il percorso storico di sviluppo che la figura degli obblighi di protezione ha seguito dopo la sua nascita, distaccandosi dall'elaborazione originaria di Staub per spostarsi su di un campo dogmatico del tutto diverso e di più ampia portata. Tale indirizzo, risalente alle critiche mosse da Stoll alla prima ricostruzione degli obblighi di protezione, caratterizza ancora oggi la trattazione dell'istituto e coinvolge problematiche collegate alla struttura del rapporto obbligatorio e alla sua concezione nelle diverse fasi del pensiero giuridico.

Per questa ragione si è ritenuto opportuno dedicare la seconda sezione del presente capitolo ad un'analisi sistematica che percorra le tappe delle elaborazioni in materia di obbligazione, dalle prime definizioni di diritto romano – che vedevano il vincolo obbligatorio come una forma di assoggettamento personale – fino alle più recenti teorie che concepiscono una struttura complessa del fenomeno e che vi ricomprendono contenuti diversi dalla prestazione, fra i quali, appunto, gli obblighi di protezione.

La tematica generale della natura del vincolo obbligatorio fa quindi da sfondo all'analisi del pensiero dei due giuristi tedeschi citati – Hermann Staub e Heinrich Stoll – che hanno dato impulso al progresso della figura degli obblighi di protezione. Tutt'oggi in Germania nello studio dell'istituto degli obblighi di protezione viene dato grande rilievo al loro contributo dogmatico, così che non si può prescindere da essi nello studio della materia anche per l'esame di come quel modello giuridico è poi circolato in altri ordinamenti (e

segnatamente in quello italiano)<sup>1</sup>.

2. *La nascita degli obblighi di protezione attraverso la teorizzazione delle positiven Vertragsverletzungen (violazioni contrattuali positive), ad opera di Hermann Staub*

Nel settembre 1902 Hermann Staub, noto avvocato di Berlino, specializzato principalmente in diritto commerciale, partecipava alla *XXVI Giornata dei Giuristi tedeschi (deutsche Juristentag)*, dove esponeva la relazione “*Sulle violazioni contrattuali positive e le loro conseguenze giuridiche*”; tale contributo si presentava come il frutto della propria esperienza di giurista pratico, ed è riconosciuto come applicazione di un metodo originale che aveva valorizzato la visione del diritto nel momento della sua applicazione e non – invece – a partire da un’impostazione meramente esegetica<sup>2</sup>. Un anno e mezzo più tardi, nell’aprile 1904, Staub pubblicò la sua opera più famosa, “*Le violazioni positive del contratto*”<sup>3</sup>, precisando che i primi due capitoli riprendevano quanto esposto alla *deutsche Juristentag*<sup>4</sup>.

Il risultato cui perviene la riflessione di Staub è l’affermazione generale in base alla quale “*chi viola colpevolmente un vincolo obbligatorio con un comportamento positivo deve risarcire all’altra parte i danni provocati di conse-*

---

1 In merito all’importanza del ruolo riconosciuto ad Heinrich Stoll nello sviluppo della figura degli obblighi di protezione cfr. per maggiori riferimenti A. SESSLER, *Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994.

2 Nel 2006 si è svolto presso l’Università di Berlino un convegno in onore del giurista e si è sottolineata la valenza del suo metodo: “*Staub’s Methode – systematische Analyse statt bloßer Kompilation – gab das Vorbild für die modernen Kommentierungen*”, analisi sistematica al posto di semplice compilazione. Il convegno si è svolto il 10 marzo 2006, con il titolo *Hermann Staub zum 150. Geburtstag, Festkolloquium der Juristischen Fakultät*; fra gli altri, vi hanno partecipato il Prof. Dr. Rainer Schröder, decano della facoltà, e il Prof. Dr. Hans-Georg Hermann, dell’Università di Monaco.

3 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001; l’edizione in lingua originale è H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904.

4 L’opera di Staub conobbe una seconda edizione del 1913, successiva alla morte dell’autore (avvenuta nel 1904). L’edizione in questione venne curata da Eberhard Muller, che svolse un’attività di aggiornamento rispetto ai nuovi orientamenti che in quei quasi dieci anni avevano caratterizzato la giurisprudenza delle corti tedesche, ed in particolare il *Reichsgericht*.

guenza”, dove per comportamento positivo si intende il danno conseguente ad una condotta commissiva della controparte, qualora essa fosse espressamente obbligata ad astenersi dall’agire oppure, in caso di assenza di divieti espressi, qualora essa avesse provocato un danno proprio nello svolgere la prestazione.

La formulazione di questo principio è il frutto di un ragionamento posto in essere per dare soluzione ai problemi generati dal riscontro di una lacuna all’interno della nuova codificazione tedesca, che aveva visto la luce appena due anni prima, nel 1900<sup>5</sup>. Dato il nuovo contesto normativo, nell’applicazione del BGB Staub si era imbattuto in un difetto di tutela in materia di obbligazioni in generale; da qui si svilupperà la sua riflessione e la ricerca di una soluzione che potesse colmare il vuoto creatosi fra la legge e la realtà dei rapporti commerciali fra privati.

Le considerazioni di Staub prendono le mosse dal § 286 BGB<sup>6</sup>, contenente la disciplina relativa al risarcimento del danno cagionato al creditore dal ritardo, cioè dalla mora del debitore che non esegue la prestazione alla quale è obbligato<sup>7</sup>. Secondo la ricostruzione proposta, questa norma comprenderebbe in sé – in via generale – tutte le ipotesi in cui la violazione del contratto ed il conseguente diritto al risarcimento del danno derivano da un comportamento negativo, dalla circostanza cioè che qualcuno non esegua ciò che era tenuto a fare.

A questo riguardo Staub osservava come non fosse invece rilevabile – all’interno del corpus normativo del BGB – una “*analogia disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un’obbligazione mediante condotta po-*

---

5 Occorre fare riferimento alla versione del BGB in vigore in quel momento; oggi invece esso è stato profondamente modificato per questi aspetti dalla legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2001 (26. November 2001, BGBl. I Seite 3138). Per una rassegna delle principali innovazioni cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2003.

6 Si riporta il testo del § 286 BGB prima della riforma del diritto delle obbligazioni, avvenuta nel 2001: “*Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung*”.

7 Per una trattazione generale in tema di mora del debitore nell’ordinamento italiano cfr. G. GRISI, *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Rivista di diritto civile*, 2010 fasc. 1, pt. 1, 69 ss; C.A. CANNATA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008, 75 ss. In merito allo strumento della risoluzione del contratto a fronte del ritardo dell’obbligato cfr. A. VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell’adempimento ritardato*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008 fasc. 3, 246 ss.; M. ROSSI, *Il “semplice” ritardo e la risoluzione per inadempimento*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007 fasc. 4, 327 ss.



sitiva, facendo qualcosa che dovrebbe omettere, oppure eseguendo la prestazione dovuta ma in modo inesatto”<sup>8</sup>. Nella categoria delle violazioni dell’obbligazione di segno positivo è quindi possibile individuarne due diverse tipologie: o il soggetto compie un’azione che era tenuto a non fare (jemand tut was er unterlassen soll), oppure esegue la prestazione, ma in maniera inesatta<sup>9</sup>.

Secondo Staub è innegabile che anche in questo caso la parte lesa abbia diritto al risarcimento del danno; si presenta però allora la necessità di individuare il principio giuridico in grado fondare tale responsabilità: le ipotesi di violazioni positive non possono rientrare nella categoria della mora, proprio perché diversa è la loro struttura (commissiva in un caso ed omissiva nell’altro), e quindi la soluzione al problema va ricercata altrove<sup>10</sup>.

Una prima precisazione va fatta con riguardo alla circostanza per cui il legislatore del BGB aveva in realtà previsto questa eventualità, ma non in via generale. Nelle discipline di specifici settori sono infatti individuabili delle norme *ad hoc* in tema di inesatto adempimento, collocate nella trattazione della responsabilità per i vizi e per la garanzia della cosa. Quindi, almeno in queste ipotesi non si presenta il problema di individuare una norma generale che giustifichi la domanda di risarcimento del danno indirizzata al debitore, e – d’altra parte – la presenza di ipotesi espresse dell’istituto dell’inesatto adempimento, ma non generalizzate, sembra essere di ostacolo ad un’interpretazione “additiva”, posto che sulla base del principio *ubi lex voluit dixit* sembra che il legislatore coscientemente avesse fatto un discrimine tra ipotesi diverse<sup>11</sup>.

---

8 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 39 ss.

9 Gli esempi che riporta Staub sono diversi: “qualcuno, impegnatosi a non rivendere in Francia le lampade acquistate, lo fa comunque”, oppure “un commesso, per colpa, vende largamente al di sotto del prezzo di costo”. Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 39 ss.

10 La mora del debitore è infatti la situazione di ritardo di questi nell’adempimento dell’obbligazione, che assume valenza giuridica nel momento in cui la parte viene formalmente costituita in mora da parte del creditore; sarà quindi una semplice omissione a cagionare il danno alla controparte, che oltre all’interesse ad ottenere la prestazione pattuita ha anche quello ad ottenerla entro un determinato termine. Diverso è invece il caso in cui il danno venga cagionato dalla scorretta esecuzione della prestazione (per un approfondimento della distinzione, anche in chiave processuale, con riguardo alle rispettive domande, cfr. M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 1994 fasc. 4, 567 ss., che tratta anche la disciplina tedesca in materia).

11 Si tratta cioè di un principio guida nell’interpretazione della legge, in base al quale sono da ritenersi comprese nella previsione normativa solo le fattispecie espressamente prese in considerazione, e non anche altre situazioni a cui estendere il principio giuri-

A questo proposito possono essere portati alcuni esempi: oltre ai rimedi dell'azione redibitoria e alla restituzione del prezzo, al creditore viene offerto lo strumento del risarcimento del danno nel caso di contratti di compravendita, § 459 BGB, di locazione § 538 BGB, e d'opera, § 633 ss. BGB. In questo modo il legislatore ha inteso fornire copertura alle ipotesi che maggiormente si riscontravano nella pratica, per l'evenienza che la prestazione eseguita sia affetta da vizi; ma si lasciavano così scoperti casi diversi, forse meno ricorrenti, ma che necessitavano ugualmente di un rimedio<sup>12</sup>.

Nel tentativo di rinvenire nel codice vigente un fondamento normativo che giustifichi la responsabilità della parte, si osserva allora che la disciplina generale delle obbligazioni contenuta nel BGB ricomprende, oltre al precetto in tema di ritardo (*Schuldnerverzug*), anche un'altra disposizione concernente la violazione dell'obbligazione; si tratta in particolare dell'impossibilità della prestazione (*Unmöglichkeit der Leistung*, § 275 BGB), in base alla quale il debitore è tenuto a risarcire il danno conseguente alla sopravvenuta irrealizzabilità della prestazione (impossibilità oggettiva e non mera incapacità soggettiva), qualora non dimostri che ciò sia dovuto a causa a lui non imputabile<sup>13</sup>.

La norma sembra riferirsi, così come quella in tema di mora, ad un comportamento negativo e – quindi – non parrebbe ricomprendere il caso dell'adempimento inesatto dell'obbligazione (*schlechte Erfüllung*). Alcuni autori tuttavia basano su di essa il rifiuto della tesi di Staub, affermando che il BGB non avrebbe presentato alcuna lacuna, in quanto le ipotesi di svolgimento inesatto della prestazione andrebbero intese come casi di impossibilità parziale della prestazione. Questa è l'opinione di Himmelschein, il quale afferma che

---

dico in via analogica; ciò perché l'esclusione di queste ultime corrisponderebbe ad una precisa scelta di tecnica legislativa e non ad una mera dimenticanza del legislatore. In merito al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* come canone di interpretazione, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come filosofia del diritto*, Teorema, Firenze, 1974, vol. I, 94 ss., dove l'autore argomenta tale principio interrogandosi sul significato da attribuire ad una norma specifica: "Il legislatore sapeva bene quello che diceva: se ha parlato di cani e non di animali, significa che tutti i non-cani possono entrare; se intendeva «animali», non aveva che da dirlo".

12 L'esigenza di risarcire il danno, infatti, ben potrebbe presentarsi anche in altre tipologie di contratti, quale ad esempio il contratto di somministrazione e quello di trasporto.

13 Si riporta il testo del § 275 BGB prima della riforma del diritto delle obbligazioni avvenuta nel 2001: "Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich."

“se la cosa dovuta non possiede quelle qualità che avrebbe dovuto avere in base al contenuto del rapporto obbligatorio o se una prestazione non viene adempiuta così come si sarebbe dovuto, allora la prestazione diviene impossibile nella misura in cui la cosa o la prestazione non corrisponde al contenuto del rapporto obbligatorio”<sup>14</sup>.

Questa tesi, indicata anche da autori come Goldmann e Lilienthal quale la più adeguata a risolvere i citati problemi sistematici<sup>15</sup>, appariva invece a Staub come a prima vista “artificiosa”, se non “contorta e innaturale”<sup>16</sup>; il § 280 comma 1 BGB sarebbe invece pensato per disciplinare quelle ipotesi in cui chi omette – e ponendo in essere tale condotta omissiva lede l’interesse altrui – è vincolato ad una prestazione di segno positivo, la quale appunto non viene eseguita per impossibilità imputabile al debitore. La critica di Staub sarebbe confermata dal fatto che altri autori, quale Schöller<sup>17</sup>, affermano che il codice nel trattare della prestazione si riferisce ad essa come azione e, quindi, qualora venisse attuata – seppure in maniera inesatta – pur sempre di azione si tratterebbe. La prestazione nel BGB verrebbe cioè presa in considerazione esclusivamente come condotta positiva dell’obligato: in tal modo una sua scorretta attuazione costituirebbe comunque attuazione di un comportamento e, quindi, azione positiva ben diversa dal ritardo o dall’impossibilità, che presuppongono l’inerzia della controparte.

Un ulteriore tentativo di conferire fondamento all’affermazione di responsabilità della parte per inesatta prestazione si basa invece sulla norma di cui al § 276 BGB, in forza del quale il debitore risponde per dolo e per colpa<sup>18</sup>; dove

---

14 Cfr. J. HIMMELSCHNEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. Civ. Pr.*, 135, 1932, 255; l’autore riconduce le prestazioni difettose alla fattispecie di impossibilità parziale intendendo genericamente la prestazione come comportamento del debitore e non come oggetto dell’obbligazione, cioè come il risultato di tale comportamento.

15 Cfr. E. GOLDMANN, L. LILIENTHAL, *Das BGB, systematisch dargestellt - Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1903, S. 333 ss.

16 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 43.

17 Cfr. W. SCHÖLLER, *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Mieth und Dienstvertrag nach dem BGB*, in Gruchot, 46, 1902, 26 ss.

18 “Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses ... Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt”. A questo proposito, cfr. W. FIKENTSCHER, A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, De Gruyter, Berlin, 2006, 322 ss.

con tale formulazione si intende che la parte sarà tenuta a risarcire il danno alla controparte solo qualora la sua mancanza sia accompagnata dall'elemento psicologico nella sua misura minima della colpevolezza, e non sarà invece tenuta – in generale – se il danno sia stato determinato da un fatto che sfugge al proprio dominio. Anche questa teoria viene rigettata da Staub, ritenendo – nella sua impostazione – che l'unica funzione della norma citata sia quella di indicare una definizione di colpa secondo il diritto civile: “è colpevole – è responsabile – chi agisce con dolo o colpa”; la norma tratta in via generale dell'elemento psicologico della parte e su di essa non è possibile fondare un'autonoma fattispecie di responsabilità. La funzione del § 276 BGB sarebbe cioè quella di fornire all'interprete una definizione generale di colpevolezza in base alla quale, nei diversi casi di violazioni del rapporto indicati singolarmente in altre previsioni del codice, affermare la responsabilità del soggetto; si tratta di una previsione generale e non di una specifica fattispecie cui unicamente ricollegare la responsabilità in caso di inadempienze non riconducibili ad altre tipologie di violazioni.

Dopo aver passato in rassegna le diverse possibili soluzioni normative, Staub rinunciava quindi – visti i risultati deludenti ed artificiosi raggiunti dalla precedente dottrina – al tentativo di ricercare un precetto che espressamente riconoscesse il diritto al risarcimento del danno in capo alla parte danneggiata da un'inesatta esecuzione della prestazione. L'autore preferiva invece ammettere l'esistenza di un principio generale inespresso, ma ricavabile dall'ordinamento, che consentirebbe “di pervenire alle medesime conclusioni ma senza sforzo”; ciò di cui si fa uso è – quindi – la tecnica delle clausole generali, quale modo di procedere conforme con l'impianto e la metodologia del BGB, che consente di riespandere il ruolo dell'interprete, pur se entro una precisa cornice dogmatica<sup>19</sup>.

Ne deriva, per analogia dal § 286 BGB, il principio giuridico in base al quale “chi viola colpevolmente un'obbligazione con un'azione positiva deve risar-

---

19 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 47 ss. La tendenza del BGB ad impiegare clausole generali come particolare tecnica legislativa, è sottolineata da G. ORRÙ, *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli, Torino, 1988, 147 ss., il quale afferma che “con le formulazioni generali ed astratte ... il BGB non ha voluto rinunciare alla pretesa di abbracciare nelle sue formule tutti i rapporti della vita giuridica privata. È vero che spesso, con le clausole generali, ... concede al giudice il suo libero apprezzamento, ma lo fa per mezzo di formule sapientemente calcolate, che costituiscono un nuovo artificio nella sua tecnica”. Il ricorso a clausole generali sarebbe quindi un tratto caratterizzante del BGB, una tecnica legislativa che lascia libertà di movimento all'interprete pur sempre però nei limiti delle formulazioni impiegate.

*cire l'altra parte del danno cagionato*". Quindi, prendendo a riferimento la norma che disciplina le conseguenze relative alla mora, cioè un comportamento di segno negativo, si estende il medesimo principio al caso in cui il debitore invece si attivi, o compiendo un'azione che era tenuto a non fare, o male adempiendo alla prestazione alla quale era obbligato.

Sempre proseguendo nell'impostazione metodologica che si è definita di *systematische Analyse statt bloßer Kompilation*, Staub apre il secondo capitolo della sua riflessione con la considerazione che "*questo principio non è sempre utile al commercio*"<sup>20</sup>, il solo risarcimento del danno non bastando ogniqualvolta ci si trovi davanti a *positiven Vertragsverletzungen* e sarebbe, quindi, necessario accordare alla parte anche in questi casi il rimedio ulteriore del recesso<sup>21</sup>.

In questo senso, si può riportare un esempio che, su tutti, evidenziava in modo chiaro la necessità di tale ulteriore via rimediabile. Infatti, già la giurisprudenza si era mossa nella direzione indicata da Staub, come avvenuto in una decisione del *Reichsgerichtshof* 17 dicembre 1901<sup>22</sup>, nella quale la Corte accordava il diritto di recesso ad un oste che aveva stipulato un contratto di fornitura della durata di diversi anni per l'acquisto di birra per il proprio locale; a fronte delle continue forniture di merce scadente, il giudice ammetteva il diritto di recesso, in quanto il solo risarcimento del danno non sarebbe stato sufficiente ad arginare i danni subiti dall'attività, in quanto la clientela comunque si sarebbe rivolta altrove. È quindi un'esigenza fattuale, emergente dalle dinamiche del commercio, a spingere il giudice a riconoscere un rimedio, se non contro, almeno nel silenzio della sistematica del codice<sup>23</sup>.

Per affermare la spettanza anche di questo diritto in capo alla parte, l'autore ricorre all'analogia<sup>24</sup>: scartata la possibilità di far ricadere le fattispecie in que-

---

20 H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 51 ss.

21 In merito alla tematica del recesso, disciplinata nel BGB ai §§ 320 ss., cfr. H.G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975; K. SCHELLHAMMER, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: Samt BGB Allgemeiner Teil*, C.F. Muller, Heidelberg, 2008, 739 ss.

22 *Reichsgericht*, RG 17 dicembre 1901, in DJZ, 1901, 118 ss.

23 Il formante giurisprudenziale si pone quindi come fonte di produzione del diritto, non *contra legem* (non potendo porsi in contrasto con quanto espressamente previsto da questa), ma *praeter legem* (potendo invece integrarla laddove essa nulla dice). A questo proposito, per una trattazione generale su tutta la tematica del ruolo della giurisprudenza nella produzione del diritto, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.

24 Cfr. L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Digesto discipline privatistiche*, sezione civile, vol. I, UTET, Torino, 1987, 327 ss.

stione nell'ambito della norma sull'impossibilità dell'adempimento, Staub richiama il § 326 BGB, il quale riconosce alla parte il diritto di scegliere fra il recesso e il risarcimento del danno a fronte dell'omissione colposa dell'obbligato<sup>25</sup>. Egli infatti osserva come “*il concetto giuridico è identico e anche gli stessi interessi del traffico richiedono la stessa disciplina*”, e quindi l'autore ricorre allo strumento dell'analogia per colmare il difetto di tutela emerso nei casi in questione<sup>26</sup>.

Quello descritto, nelle sue argomentazioni più rilevanti, è il ragionamento svolto da Staub alla conferenza del 1902. Lo stesso autore ebbe poi modo di svolgere ulteriori considerazioni sul tema, specie riguardo il riscontro che la sua teoria aveva avuto nei due anni successivi, constatandone il non corretto accoglimento<sup>27</sup>.

Guardando al formante giurisprudenziale, il quale come visto già aveva riflettuto sulle problematiche sottese all'istituto proposto, a inizio '900 il *Reichsgericht* sembrava effettivamente aver accolto l'esigenza di tutela messa in evidenza da Staub, senza però procedere attraverso le medesime argomentazioni; la corte, infatti, si basava piuttosto sulla teoria rigettata dall'autore, che vedeva nel § 276 (il debitore risponde per dolo e per colpa) il fondamento della responsabilità da ascrivere al debitore<sup>28</sup>.

In definitiva, dall'analisi della teoria di Hermann Staub svolta fino a questo momento si rileva come le *positiven Vertragsverletzungen* si configurino come una categoria residuale. Esse infatti ricomprendono tutte le ipotesi non rientranti nelle due previsioni generali in tema di mora del debitore e di impossibilità della prestazione, che non siano nemmeno espressamente previste dal legislatore – in via speciale – con riferimento a determinate tipologie contrattuali (come garanzia dei vizi della cosa oggetto dell'obbligazione). In tutti questi

---

25 “*Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen*”.

26 E' bene precisare comunque che nelle intenzioni di Staub l'applicazione analogica del § 326 BGB non avverrebbe in automatico; di essa ciò che interessa è il principio giuridico, che ben si presta ad essere esteso anche alle ipotesi di violazioni positive del contratto. Nelle ipotesi in questione però verrebbe meno tutta la disciplina relativa alla fissazione di un termine e all'intimazione del rifiuto di accettare l'adempimento; è la struttura stessa della fattispecie, commissiva invece che omissiva, che comporta l'inapplicabilità di tale disciplina.

27 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 63 ss.

28 Le pronunce che si erano orientate in tal senso sono: *Reichsgericht*, RG, 13 giugno 1902, in RGZ, 52, 1903, 18 ss.; *Reichsgericht*, RG, 19 dicembre 1902, in RGZ, 53, 1903, 202 ss.

casi si ritiene comunque necessario accordare alla controparte contrattuale il diritto al risarcimento del danno, oltre che, in aggiunta, il diritto a recedere dal contratto, in quanto ciò corrisponde alla medesima *ratio* di tutela; *ratio* che l'autore rinviene non in una norma particolare dell'ordinamento tedesco, ma che fa discendere – quale clausola generale – dall'intero *corpus* normativo, che contemplerebbe quindi implicitamente l'istituto proposto<sup>29</sup>.

### 3. *Perplexità relative alla teoria di Staub: i punti deboli della sua impostazione e il confronto con i sistemi austriaco e svizzero*

La tesi elaborata dal giurista tedesco non si è rivelata immune da critiche, orientate da un lato verso la costruzione stessa delle *positiven Vertragsverletzungen* e, dall'altro, verso il confronto con altri possibili ordinamenti.

Come si è visto in precedenza, Staub congegnava la sua dottrina a partire dalla constatazione della mancanza – all'interno del BGB<sup>30</sup> – di una norma generale che riguardi l'inesatto adempimento della prestazione; la lacuna riguarderebbe cioè comportamenti positivi che implicino un danno alla persona o al patrimonio della controparte, al di fuori delle ipotesi di garanzia per i vizi della co-

---

29 I punti fondamentali della teoria di Staub sono quindi il bisogno di tutela che emerge per esigenze fattuali dei commerci e il metodo pratico di analisi che ne consegue. La lacuna in questione viene colmata con una tutela di tipo non solo risarcitorio ma anche reale, con diritto di recesso; tutto ciò viene fondato su di una clausola generale implicita, dedotta dai principi generali dell'ordinamento giuridico. In definitiva, ne emerge il potenziamento del ruolo del giudice, il quale nel momento di applicazione della norma pone rimedio alle sue mancanze e ne permette l'utilità pratica. Su questa tendenza, cfr. O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig (Duncker & Humblot), 1885; l'A. si colloca all'interno della scuola del diritto libero, la quale afferma che il giudice ha non solo la possibilità, ma anche il dovere, di ricercare altre fonti extralegali applicabili al caso concreto, qualora la legge si riveli carente nella fattispecie concreta.

30 Il BGB costituisce l'opera di unificazione dei diritti dei vari Länder rimasti in vigore fino alla riunificazione del paese; la soluzione che venne data dai compilatori al problema dell'assenza di una tradizione unitaria a tutte le componenti del nuovo Stato è stata nel senso di ricorrere al diritto romano che, rinnovato al fine di renderlo adatto alle esigenze del XIX secolo, rappresenta la base della nuova codificazione. Per approfondimenti cfr. G. ORRÙ, *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli, Torino, 1988, 147 ss.; U. EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Verlag C.H. Beck, München, 2004; E. SCHWARTZ, *Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, I, 1899.

sa espressamente previste dal legislatore. L'autore si pone il problema di classificare tali lesioni solo in relazione a comportamenti positivi, e non negativi, in quanto ritiene questi ultimi pienamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle norme in tema di mora e di impossibilità della prestazione, a cui viene attribuita portata generale.

La prima critica mossa al pensiero di Staub si incentra proprio sulla constatazione che l'inesatto adempimento potrebbe essere causato anche da un comportamento omissivo e non solo commissivo; sembra infatti ingiustificato escludere dalla formulazione delle *Vertragsverletzungen* i tipi di danno che non conseguano ad un *facere* della parte, bensì ad un *non facere*. Un esempio emblematico, a questo proposito, può essere quello della lesione subita dal soggetto a seguito della violazione di un dovere di informazione gravante sulla controparte<sup>31</sup>.

Va notato poi l'altro termine che compone la definizione di tale tipo di lesioni: esse non sono solo positive, ma, nella formulazione di Staub, devono anche riguardare un contratto (*Vertrag*). Tale limitazione dell'ambito della tutela sembra ingiustificata, in quanto il danno alla persona o al patrimonio della controparte ben potrebbe verificarsi anche in presenza di un diverso legame fra le parti; il contratto è solo una delle possibili fonti di obbligazione che possono instaurarsi nella realtà giuridica e, quindi, alcuni autori preferiscono parlare di *positive Forderungsverletzung*<sup>32</sup>. Utilizzando questa formulazione si può ricomprendere nell'ambito della tutela, ad esempio, anche l'ipotesi di obbligazione derivante dalla gestione di affari altrui<sup>33</sup>.

Passando poi al secondo filone di critica, si è osservato che allargando lo sguardo oltre l'ordinamento tedesco non si riscontrerebbero analoghi problemi di giustificazione della tutela della parte in presenza di inesatta prestazione; il carattere contingente dell'esigenza pratica che si era posta in Germania, cioè,

---

31 In merito alla codificazione degli obblighi di protezione come obblighi di informazione, si rinvia al successivo capitolo IV, sezione II.

32 Fra gli autori che ricorrono a questa formulazione, cfr. D. SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, Heidelberg, 1987, 347 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, München, I, 338 ss.: "... *positive Vertragsverletzungen (auch, da es sich ja nicht nur um Schuldverhältnisse aus Verträgen zu handeln braucht: positive Forderungsverletzungen)* ".

33 L'obbligazione può essere definita come il vincolo giuridico attraverso il quale due o più soggetti si obbligano in merito ad una determinata prestazione. Tale vincolo può trovare la propria origine in diverse fonti; ed il contratto, come atto di autonomia privata attraverso il quale le parti danno regolamentazione ai propri interessi, è una di queste. Sul diritto delle obbligazioni nell'ordinamento tedesco, cfr. J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, 111 ss.



non giustificerebbe l'intervento della dottrina a mezzo della formulazione di un nuovo istituto di parte generale – che incida sulla struttura stessa del rapporto obbligatorio – essendo inopportuno affrontare una mera lacuna positiva con radicali revisioni del quadro sistematico del diritto civile.

Così, ad esempio, l'ABGB, codificazione austriaca precedente a quella tedesca (del 1811), contiene una clausola generale (*Nichterfüllung*) che ricomprende ogni possibile ipotesi di inadempimento che si discosti dal contenuto del rapporto obbligatorio<sup>34</sup>. Per quanto riguarda invece la Svizzera, il ZGB (del 1912), nella parte dedicata all'*Obligationenrecht*, contiene all'art. 97 una formulazione generale riguardante l'ipotesi in questione<sup>35</sup>. Il diritto comparato sembrerebbe quindi mostrare vie alternative di risoluzione della problematica citata, fondate sull'intervento del legislatore.

#### 4. Considerazioni sulla teoria di Staub in relazione alla problematica degli obblighi di protezione

Al di là delle critiche generali mosse alla ricostruzione delle *positiven Vertragsverletzungen*, ciò che qui interessa è richiamare l'attenzione sulla problematica delle lesioni subite dalla parte in occasione dello svolgimento del contratto.

Tali violazioni contrattuali positive, infatti, se da un lato possono investire il mero interesse della parte ad ottenere l'esatta prestazione così come pattuita (c.d. *Mangelschaden*), dall'altro comportano anche la necessità di prendere in considerazione quei danni che possono occorrere alla persona o al patrimonio della controparte a causa dello scorretto svolgimento del rapporto obbligatorio. Tali danni vengono correttamente catalogati come *Mangelfolgeschaden*, cioè danni conseguenza del vizio, in quanto il comportamento della parte obbligata non si limiterebbe a danneggiare la controparte adempiendo scorrettamente

---

34 La norma che viene in considerazione è il § 920 ABGB, “*Wird die Erfüllung durch Verschulden des Verpflichteten oder einen von ihm zu vertretenden Zufall vereitelt, so kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Verträge zurücktreten*”.

35 Tuttavia, si nota come la rubrica dell'art. 97 non configuri la norma come una vera e propria clausola generale e, quindi, sembra possibile per l'ordinamento svizzero parlare di parziale applicazione delle *positiven Vertragsverletzungen* in quelle ipotesi che sfuggono al novero della “*Ausbleiben der Erfüllung*”. Per una trattazione della codificazione svizzera, cfr. G. ORRÙ, *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli, Torino, 1988, 155 ss.; J. KREN KOSTKIEWICZ, I. SCHWANDER, S. WOLF, *ZGB: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli Verlag, 2006.

alla prestazione (vizio), ma andando a toccare anche interessi ulteriori e diversi da quello a tale prestazione (danni conseguenza del vizio)<sup>36</sup>.

Si tratta di danni aggiuntivi rispetto a quelli strettamente collegati all'ambito dell'obbligazione, che investono altre posizioni della parte, oltre a quelle che erano state coinvolte nel regolamento negoziale. Tali interessi ulteriori diventano allora oggetto di un autonomo dovere di protezione, che va al di là del semplice interesse al conseguimento della prestazione pattuita (cioè, integra un interesse ulteriore rispetto al corretto adempimento).

Si nota allora come le riflessioni di Staub non consistano in una semplice considerazione di sistema relativa all'assenza, all'interno del BGB, di una clausola generale che disciplini le ipotesi di inesatto adempimento. Esse portano ad apprezzamenti di più ampia portata relativamente alla tutela della sfera giuridica della parte nel corso dello svolgimento di un rapporto obbligatorio, interrogando l'interprete sul problema di determinare fino a che punto tale tutela possa spingersi prima di ingerire nella sfera di competenza della responsabilità extracontrattuale<sup>37</sup>.

---

36 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 38 ss.; l'a. sottolinea come già nel concetto di *Mangelfolgeschaden* fosse possibile ricomprendere le perdite puramente patrimoniali, escluse invece dall'ambito di applicazione della disciplina in materia di responsabilità extracontrattuale. La distinzione in oggetto riecheggia il dibattito sviluppatosi in Italia sul tema della distinzione fra danno-conseguenza e danno-evento, elaborata dalla Corte costituzionale con la sentenza 184/1986 per ammettere la risarcibilità del danno biologico al di fuori delle limitazioni ex art. 2059 cc.; anche in questo caso si tende ad isolare nella fattispecie illecita un danno che va oltre quello provocato all'interesse principalmente leso, per affermare la rilevanza di ulteriori situazioni soggettive coinvolte nella fattispecie.

37 Il confine fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si rivela in determinate occasioni particolarmente labile, non essendo possibile ricondurre con certezza la fattispecie concreta ad una delle due categorie. È proprio a questa tipologia di problemi che tende a dare risposta la teoria dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, di cui si tratterà nella successiva sezione III, paragrafo 5. Per approfondimenti, cfr. L. GAROFALO (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, vol. I, *La struttura e l'adempimento*, tomo III, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, Cedam, Padova, 2008; inoltre, sul tema più specifico della obbligazione senza obbligo primario di prestazione, cfr. già ora C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006, 441 ss.

5. *Le critiche alla ricostruzione di Staub e la prospettazione di un altro filone di sviluppo: l'analisi della struttura del rapporto obbligatorio nel pensiero di Stoll*

L'analisi dogmatica successiva ha preso le mosse da quanto sopra descritto, approdando però ad esiti teorici distinti. In particolare, il lavoro di Heinrich Stoll ha influenzato profondamente il successivo sviluppo dell'istituto degli obblighi di protezione, sia superando la prima impostazione del problema operata da Hermann Staub, sia indirizzando lo studio verso un ripensamento generale del concetto di obbligazione<sup>38</sup>.

L'opera di Heinrich Stoll va inquadrata nell'ambito della corrente della giurisprudenza degli interessi della scuola di Tubinga, riconducibile agli studi di Rudolf von Jhering della seconda metà del XIX secolo<sup>39</sup>. Il pensiero alla base di questo indirizzo filosofico si caratterizza per una visione del diritto come strumento di tutela degli interessi sottesi al fenomeno sociale; la ricerca di tali interessi consentirebbe di colmare le eventuali lacune che si pongano nel diritto vigente, così che – in prima approssimazione – dalla materialità delle dinamiche sociali sarebbe possibile inferire le regole giuridiche. Come si vedrà, Stoll affronta il problema della tutela della parte dai possibili rischi connessi

---

38 Di cui si tratterà più diffusamente nella successiva sezione II, alla quale si rinvia per approfondimenti.

39 La giurisprudenza degli interessi è una corrente di pensiero risalente all'elaborazione svolta da Rudolf von Jhering nel corso del XIX secolo; già nella sua opera più famosa, *Lo spirito del diritto romano*, l'a. sottolinea come la norma giuridica esista in virtù dello scopo cui è preordinata: “il creatore di tutto il diritto è lo scopo, e non c'è nessuna proposizione giuridica la quale non debba la sua origine ad uno scopo, ossia ad un motivo pratico”. In questo modo Jhering mette in luce come il diritto non sia un'entità fine a sé stessa, ma si ponga invece come strumento finalizzato alla realizzazione degli interessi che emergono nella realtà. Da questa fase anti-formalistica del pensiero di Jhering si è sviluppata la c.d. *Interessenjurisprudenz*, i cui principali esponenti sono Philipp Heck e gli aderenti alla c.d. scuola di Tubinga; la premessa di questa impostazione è che il sistema del diritto codificato è per sua natura lacunoso e, quindi, si propone di colmare questi difetti dell'ordinamento attraverso il ricorso all'osservazione della realtà sociale e degli interessi che vi si esprimono, in modo da “consentire al diritto di evolvere assieme alla società”, e non ridursi a sterile enunciazione di regole astratte. A questo proposito, cfr. per le opere originali R. VON JHERING (traduzione di Luigi Bellavite), *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Pirotta, Milano, 1855; P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1914. Per approfondimenti su questo indirizzo del pensiero giuridico cfr. U. VICENTINI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Cedam, Padova, 2000, 78 ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, 156 ss.

allo svolgimento della prestazione ricorrendo, proprio all'analisi dei diversi interessi che vengono in considerazione all'interno del rapporto obbligatorio.

A differenza dell'autore a cui si deve la prima formulazione della teoria delle *positiven Vertragsverletzungen*, Stoll svolse principalmente la professione di docente, dal 1923 presso l'Università di Freiburg e dal 1927 come professore ordinario presso l'Università di Tubinga. La prospettiva teorica dalla quale egli si pone è profondamente diversa rispetto a quella seguita in ottica dichiaratamente forense e quasi trent'anni prima, ma il suo contributo per l'evoluzione della figura degli obblighi di protezione si presenta come rilevante proprio per il tratto di originalità che così è stato apportato all'istituto.

Le opere che maggiormente interessano sono “*Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*”<sup>40</sup>, pubblicazione del 1932, e “*Die Lehre von den Leistungsstörungen*”<sup>41</sup>, opera di quattro anni successiva, con la quale egli sviluppa ulteriormente il proprio pensiero. Con espressione evocativa, Stoll evidenziava l'esigenza per gli studiosi di distaccarsi dalla teoria delle violazioni positive del contratto per affrontare il problema da un'altra prospettiva<sup>42</sup>.

A tal fine, Stoll adotta innanzitutto una precisazione terminologica, in quanto preferisce parlare di *Forderungsverletzungen*, eliminando l'esclusivo riferimento alla fattispecie contrattuale, per estendere la problematica al campo delle obbligazioni in generale<sup>43</sup>.

L'autore in questo modo rifiuta di impostare il tema come un problema di lacune normative del BGB da colmare, perché – prima di arrivare a questo livello di analisi – sarebbe necessario interrogarsi sulla fonte che rende necessaria tale integrazione e che fa in modo di poter ritenere giuridicamente rilevante la tutela di determinate posizioni di interesse<sup>44</sup>.

---

40 Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1932.

41 Cfr. H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1936.

42 L'autore parla nel titolo di un “dire addio”, a sottolineare la volontà di fondare su diverse basi dogmatiche l'intero approccio al problema.

43 Stoll però seguirà la casistica già affrontata da Staub, cioè fattispecie di natura prevalentemente contrattuale. Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

44 Cioè Stoll, prima di interrogarsi su quale sia la fonte che possa fornire tutela anche alle ipotesi di lesione non espressamente previste dal BGB, ritiene necessario risolvere una questione a monte, riguardante la rilevanza giuridica degli interessi che vengono lesi dalle *positiven Vertragsverletzungen* (e quindi solo in seguito si potrà ragionare su come tutelare tali posizioni).

Come si è detto in relazione al pensiero di Staub, la lesione alla quale la parte è esposta in occasione dello svolgimento del rapporto obbligatorio non concerne solo i vizi che possono afferire la prestazione (*Mangelschaden*), ma può altresì riguardare una diversa situazione giuridica della parte (*Mangelfolgeschaden*). Mancando una clausola generale che tuteli il soggetto da tali lesioni, è necessario domandarsi quale sia il fondamento giuridico della responsabilità dell'obbligato. Ma, se secondo la tradizionale teoria dell'obbligazione la prestazione rientra a pieno titolo fra i contenuti del rapporto e, anzi, si potrebbe dire che ne è il tratto caratterizzante<sup>45</sup>, ben più problematica risulta la ricerca di un fondamento per il riconoscimento della rilevanza delle lesioni alla persona e al patrimonio nell'ambito di un discorso relativo ai rimedi che l'ordinamento pone a disposizione delle parti nel contesto della responsabilità contrattuale<sup>46</sup>.

Stoll – così – non nega il problema emerso dall'analisi di Staub, ma lo colloca all'interno di un esame complessivo delle funzioni svolte dall'obbligazione.

Emerge in questo approccio la formazione tipica del giurista aderente alla *Interessenjurisprudenz*. Si imposta infatti il problema nel senso di ricercare quelle che sono le finalità – gli interessi appunto – connesse al ricorso delle parti allo strumento obbligatorio. Oltre all'interesse alla prestazione (*Leistungsinteresse*), le parti sono portatrici di un diverso interesse, quello a mantenere indenne la propria persona o il proprio patrimonio da eventuali lesioni che esse potevano subire al momento dello svolgimento del contenuto del rapporto obbligatorio (*Schutzinteresse*). In corrispondenza di tale interesse, rilevato dal giurista nelle fattispecie concrete, compito del diritto è quello di fornire uno strumento per il suo soddisfacimento, in questo caso arricchendo l'obbligazione di un ulteriore obbligo oltre a quello alla prestazione, e – cioè – dell'obbligo di protezione (*Schutzpflicht*)<sup>47</sup>.

---

45 In merito alla concezione prevalente che vede la prestazione come fulcro del rapporto obbligatorio, cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 32 ss., il quale sottolinea come elemento costitutivo dell'obbligazione sia il rapporto di debito-credito instauratosi fra le parti, il cui oggetto è, appunto, la prestazione pattuita.

46 In merito alla struttura delle obbligazioni e se sia possibile farvi rientrare anche rapporti diversi da quello relativo alla prestazione, si rinvia alla successiva sezione II. Per un primo approfondimento, cfr. fin d'ora K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982.

47 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

L'obbligazione allora non si pone più come rapporto concernente esclusivamente il diritto della parte a ricevere la prestazione pattuita e il dovere della controparte a soddisfare tale pretesa, ma si arricchisce di ulteriori contenuti a fronte dei diversi interessi che vi sono coinvolti. Essa assume una struttura complessa e differenziata che accanto al rapporto principale di debito/credito vede affiancarsi il rapporto di tutela della persona e del patrimonio delle parti. Il conseguente obbligo di protezione si presenta sì come componente del rapporto obbligatorio (in quanto vi entra a pieno titolo perché corrispondente ad un interesse in tal senso delle parti), però esso si distingue nettamente dalla prestazione principale; tant'è che la violazione dei due diversi obblighi – quello di svolgere la prestazione e quello di protezione – può essere tanto contemporanea, e derivare così da un medesimo fatto, quanto invece riferirsi solo ad uno dei due, e comportare quindi l'attivazione distinta degli strumenti di tutela previsti<sup>48</sup>.

È importante fin d'ora sottolineare come Stoll fa riferimento alla clausola generale di buona fede per fondare la responsabilità della parte qualora si verificano tali violazioni<sup>49</sup>. Ma su questo tema ci si soffermerà più ampiamente nella sezione III.

#### 6. *Le caratteristiche del sistema tedesco sul fronte della responsabilità extracontrattuale come incentivo per l'ampliamento dell'ambito di applicazione della tutela contrattuale*

Si sono analizzate fino a questo momento le caratteristiche dell'ordinamento tedesco che hanno portato alla nascita della problematica degli obblighi di protezione esclusivamente dal punto di vista della responsabilità contrattuale. L'intento sotteso alle ricostruzioni citate è quello di ricomprendere sotto le tutele offerte dalla disciplina del contratto le fattispecie riguardanti le lesioni subite dalla persona o dal patrimonio, escludendo invece il ricorso agli strumenti extracontrattuali. Ma tale indirizzo è il frutto di una scelta di convenienza, che si basa su precise considerazioni relative al diverso regime delle due forme di responsabilità<sup>50</sup>.

---

48 Sull'azionabilità autonoma dei rimedi posti a tutela della violazione degli obblighi di protezione, si rinvia al successivo capitolo III.

49 Fin dall'elaborazione di Stoll, quindi, la fonte normativa che viene impiegata al fine di determinare l'insorgere della responsabilità a capo della parte è la clausola generale di buona fede, che viene così assumendo un significato specifico e cogente per integrare l'ordinamento giuridico.

50 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 43 ss.; l'A. sottolinea come

Tali problematiche vanno quindi analizzate in relazione alle caratteristiche del sistema tedesco, per quanto riguarda l'istituto della responsabilità aquiliana, in modo da contestualizzare ulteriormente il quadro ordinamentale in cui l'istituto degli obblighi di protezione è stato formulato.

Il BGB – infatti – non contempla una norma analoga all'articolo 2043 c.c., cioè una clausola generale che comporti la responsabilità per qualunque danno cagionato ad altri da un fatto doloso o colposo imputabile. In Germania ci si è invece conformati al cosiddetto *Enumerationsprinzip*<sup>51</sup> (principio di enumerazione) in base al quale solo le tipologie di danno espressamente previste per via normativa possono dar luogo a risarcimento del danno<sup>52</sup>. Fin da questo primo rilievo è facile comprendere come tale impostazione restringa notevolmente gli spazi di applicazione della responsabilità extracontrattuale e, quindi, spinga a ricercare vie alternative di tutela a fronte di situazioni di lesione diverse da quelle espressamente previste<sup>53</sup>.

Più in particolare, nel BGB si possono riscontrare tre ipotesi in cui è ammessa la tutela di tipo extracontrattuale. Il BGB – infatti – basa l'intero sistema della responsabilità civile su tre norme, contenute nel titolo dedicato alle *Unerlaubte Handlungen*, rispettivamente nei §§ 823<sup>1</sup>, 823<sup>2</sup> e 826; tale tripartizione esaurisce i casi in cui il soggetto può essere chiamato a rispondere del danno cagionato per un proprio comportamento illecito, doloso o colposo.

La prima norma a venire in considerazione fornisce tutela ai diritti assoluti; essa comprende infatti la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà o – aggiungendo una clausola di chiusura – ogni altro diritto che può qualificarsi come assoluto<sup>54</sup>. Da questa prima ipotesi sono pacificamente escluse le

---

sia questa la ragione che ha portato ad un ampio sviluppo nella pratica dell'istituto degli obblighi di protezione.

51 Per approfondimenti cfr. H. DILCHER, *Schuldrecht. Besonderer Teil: In Programmierter Form*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin, 1982, 472 ss.

52 Sempre Lambo evidenzia come una clausola generale avrebbe comportato l'apertura "delle porte della responsabilità civile ad un incontrollabile e pericoloso numero di pretese", il che sarebbe stato profondamente in contrasto con l'impostazione data dal legislatore al *Deliktsrecht*, fermamente orientata nel senso di un liberalismo economico che garantisse la libertà di azione di ogni persona.

53 Riguardo le particolarità dell'ordinamento tedesco su questo punto e – quindi – la sua tendenza ad incentivare la ricerca di soluzioni interpretative al problema della risarcibilità del danno cfr. S. GRUNDMANN, *Risarcimento del danno contrattuale. Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2005, fasc. 2, 169 ss.

54 "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist

cosiddette *reine Vermögensschaden*, cioè le perdite puramente economiche<sup>55</sup>, che però tornano ad interessare l'ambito di applicazione della norma qualora esse consistano nella conseguenza della lesione di uno dei diritti elencati nel § 823<sup>1</sup>.

La norma successiva (§ 823<sup>2</sup>) afferma l'insorgere della responsabilità in presenza della violazione di una norma di legge, sia di diritto pubblico che di diritto privato, il cui scopo è quello di tutelare il terzo, inteso come singolo o come categoria di persone<sup>56</sup>. Risulta però difficile innanzitutto stabilire in quali ipotesi ci si trovi di fronte ad una norma di questo tipo, che intenda tutelare una precisa categoria di persone: infatti, tutte le norme di diritto pubblico mirano – più o meno direttamente – alla tutela della generalità dei cittadini. Inoltre, andando ad analizzare le varie ipotesi in cui è ravvisabile nella norma un tale intento di protezione, si rinviene come nella maggior parte dei casi si tratti di tutelare rispetto a lesioni alla persona, e non certo rispetto a perdite puramente economiche<sup>57</sup>.

Infine, la norma di cui al § 826 BGB chiude il sistema, esaurendo tutte le ipotesi ammissibili con una clausola di portata più generale:

*“Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet”*<sup>58</sup>.

---

*dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.”*

55 Cfr S. MENTSCHIKOFF, E. VON CAEMMERER, K. ZWEIGERT, *Ius privatum gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, Band II, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1969, 672 ss.

56 *“Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein”*.

57 Cfr. C.W. CANARIS, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Monaco, 1983, 45 ss*: *“Bei der Analyse des deliktsrechtlichen Systems ist § 823 II BGB bisher nur beiläufig berührt worden. In der Tat stellt diese Vorschrift eine offene Flanke dar, scheint sie doch im Gegensatz zu § 823 I und § 826 BGB keinerlei konkrete Maßstäbe für die Rechtsfindung zu enthalten. Man hat denn auch von Anfang an ihre «Dunkelheit» gerügt. Gleichwohl hat die Praxis bisher von ihr ersichtlich keinen systemsprengenden Gebrauch gemacht, sondern sie eher zurückhaltend gehandhabt. Offenbar muss es also Kriterien geben, die den auf den ersten Blick so vagen Begriff des Schutzgesetzes inhaltlich erfüllen und begrenzen.,,*

58 Cfr. C.W. CANARIS, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Monaco, 1983, 57 ss*.



Si sancisce così l'obbligo di risarcire il danno cagionato per una qualsiasi violazione del buon costume e, quindi, si potrebbe essere spinti a ritenere che in tale previsione possa rientrare l'ipotesi di danno meramente patrimoniale subito dalla parte; tale apertura è però in parte smentita dalla prassi applicativa della norma, che propende per la ricerca di una lesione particolarmente intensa del *gute Sitte*, che quindi restringe di molto le ipotesi nelle quali tale clausola può essere richiamata.

Per quanto si è visto finora, quindi, il sistema tedesco non appronta una tutela adeguata per la lesione che si estrinsechi in una perdita puramente economica (*reine Vermoegensschaeden*)<sup>59</sup>. Emerge quindi un primo vuoto di tutela, nel quale l'istituto degli obblighi di protezione – nato per rispondere ad una lacuna specifica del BGB – poteva svolgere un ruolo significativo.

Un'altra caratteristica del BGB nel campo della responsabilità extracontrattuale, che verrà però meglio analizzata nella trattazione degli obblighi di protezione rispetto ai terzi, è costituita dalla peculiare disciplina della responsabilità dei padroni e dei committenti.

L'ordinamento tedesco presentava una lacuna di tutela nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per fatto degli ausiliari, disciplinata dal § 831 BGB, "*Haftung für den Verrichtungsgehilfen*"<sup>60</sup>; tale norma consentiva al principale notevoli margini di esonero, qualora avesse dimostrato di aver prestato la dovuta diligenza nella scelta dei propri collaboratori e delle attrezzature, oltre che nel coordinamento dei lavori, oppure se avesse provato che il danno si sarebbe comunque verificato indipendentemente da una tale cura<sup>61</sup>.

Al contrario, il § 278 BGB, che disciplina la responsabilità contrattuale del principale (*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*), offre maggiori garanzie al danneggiato in ordine al soddisfacimento delle proprie pretese, in quanto non prevede alcuna prova liberatoria che il principale possa allegare per esonerarsi da responsabilità.

Anche rispetto all'ipotesi del § 831, quindi, si registrava un livello di tutela inferiore a quello auspicabile, nella soddisfazione del quale l'istituto degli obblighi di protezione poteva ritagliarsi ulteriori spazi di applicazione.

---

59 Su questo punto si rinvia alla sezione III, paragrafo 6 del presente capitolo.

60A questo proposito cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 158 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 241 ss.

61 "*Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde*".



## SEZIONE II – LE OBBLIGAZIONI

### 1. *Premessa: considerazioni generali sulla categoria delle obbligazioni*

La trattazione del tema degli obblighi di protezione è strettamente collegata alla problematica più generale delle obbligazioni, ed è quindi necessario chiarirne le principali tappe evolutive.

Come si è visto nella sezione precedente, infatti, il pensiero di Stoll ha impresso una precisa direzione all'elaborazione della figura degli obblighi di protezione, che inquadra la trattazione del problema in un'analisi più ampia riguardante la struttura del rapporto obbligatorio.

Ciò avviene da una duplice prospettiva. Non solo si supera l'impostazione che limitava l'applicazione dell'istituto all'ambito contrattuale (come faceva inizialmente la riflessione di Staub), ma consequenzialmente si pone automaticamente la questione di cosa possa ritenersi ricompreso nel rapporto obbligatorio, e cioè di come vada intesa la struttura di questo. Solo ammettendo una ricostruzione dell'obbligazione in termini di fascio di rapporti giuridici, distinti e ulteriori rispetto a quello principale di prestazione, si potrà consolidare il ruolo specifico degli obblighi di protezione all'interno dell'ordinamento giuridico e dare loro una giustificazione formale.

Diventa allora necessario fare il punto delle teorie che si sono andate affermando in tema di obbligazioni e, così facendo, si potrà mettere in evidenza un effetto riflesso dell'accoglimento della teoria degli obblighi di protezione sull'ordinamento giuridico nel suo complesso. Infatti, l'impostazione tradizionale in tema di obbligazioni non era già approdata alla concezione dell'obbligazione come rapporto complesso: è proprio in virtù della teoria degli obblighi di protezione che prende avvio una riflessione critica di rielaborazione del concetto di obbligazione dal punto di vista della sua struttura, fino all'affermarsi della stessa come fascio di rapporti.

### 2. *L'obbligazione nel diritto romano: la genesi come assoggettamento personale*

È possibile classificare le obbligazioni all'interno della categoria dei diritti relativi, per il soddisfacimento dei quali è necessaria la collaborazione della controparte; solo attraverso un comportamento (sia attivo che omissivo) del debitore, il rapporto obbligatorio potrà pervenire al risultato utile voluto dal creditore, soddisfacendo così la sua pretesa. È questa caratteristica a distinguere i

diritti relativi, quali appunto le obbligazioni, dai diritti assoluti<sup>1</sup>, i quali, al contrario, per essere pienamente soddisfatti, impongono alla generalità dei consociati non tanto un comportamento positivo o negativo di collaborazione per raggiungere il risultato voluto dal titolare del diritto, bensì richiedono di astenersi dal porre in essere qualunque comportamento che possa turbare il godimento del bene da parte del titolare<sup>2</sup>.

È perfettamente coerente con questa impostazione la definizione di *obligatio* contenuta nel *Corpus iuris civilis* di Giustiniano e, probabilmente, proveniente da un manuale di Istituzioni, diverso però da quello di Gaio:

*“Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura”*,

cioè l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale si può costringere taluno all'adempimento di una prestazione (si aggiunge però, secondo le leggi del nostro Stato)<sup>3</sup>. Con il termine *vinculum* si indicava la relazione creata nel rapporto tra due o più soggetti; infatti, l'espressione deriva dal nodo fatto con la corda per cingere un oggetto<sup>4</sup>.

---

1 Il diritto assoluto per eccellenza è il diritto di proprietà; per un approfondimento del tema nelle sue principali caratteristiche si rinvia, fra la numerosa letteratura al riguardo, ad A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995; M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 6, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999. Per spunti in prospettiva comparata, cfr. A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property: Corso di diritto privato comparato*, Cedam, Padova, 1992.

2 Sulla distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi nel diritto romano cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 67 ss.; G. PUGLIESE, F. STIZIA, L. VACCA (a cura di), *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2012.

3 In merito alla definizione di *obligatio* conservata nelle Istituzioni di Giustiniano, intesa come archetipo per la fissazione del concetto di obbligazione, cfr. G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Giappichelli, Torino, 2003.

4 In merito alle definizioni di *obligatio* che ci sono pervenute, cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 501 ss. L'A. riporta anche un altro passo, questa volta di Paolo e contenuto in D. 44. 7. 3. pr: *“obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum”*; cioè, l'essenza delle obbligazioni non si trova nella circostanza che ci rendano titolari di un diritto di proprietà o di servitù, bensì che vincolino taluno ad eseguire nei nostri confronti una prestazione *in dando, in faciendo, in prestando*. Si noti come anche in questo caso il verbo *obstringere* venga riferito non tanto alla prestazione, quanto piuttosto ad *alium*, cioè al soggetto che si vincola. Sulla medesima definizione di Paolo cfr. anche D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001.

Da questa definizione è possibile individuare gli elementi che compongono il rapporto obbligatorio. Anzitutto si tratta di un vincolo di natura giuridica e non meramente sociale o naturalistica, il quale consente alla parte di costringere l'obbligato ad adempiere la prestazione pattuita; il rapporto in questione viene regolamentato dalle leggi e – quindi – non scaturisce dalla consuetudine, dai *mores*, ma dall'ordinamento della città (*ius positum*).

Inizialmente, forse proprio in ragione delle considerazioni sulla natura relativa del diritto che sottolineano la necessità della collaborazione della controparte, nell'ambito dei rapporti obbligatori si poneva l'accento specialmente sull'assoggettamento personale del debitore; le primissime teorizzazioni in tema di obbligazione, all'interno del sistema di diritto romano, erano pervenute infatti ad una concezione di esso come vincolo riguardante direttamente la persona dell'obbligato e la sua messa a disposizione del creditore per il soddisfacimento della sua pretesa<sup>5</sup>.

Ad esempio, la figura più antica di obbligazione, che si sviluppa nelle forme del mutuo, vedeva il debitore mancipare sé stesso al creditore, offrendo la propria persona come garanzia per la controparte<sup>6</sup>. Il *nexum* veniva cioè a costituirsi non fra prestazioni, bensì con la persona stessa del debitore, il quale faceva di sé "l'ostaggio" del suo creditore in caso di inadempimento dell'opera pattuita<sup>7</sup>.

Si evidenzia così come alle origini del diritto romano fosse secondaria, se non marginale, la prestazione, che invece assurgerà – nei periodi successivi e fino ai giorni nostri – a fulcro caratterizzante l'essenza stessa dell'obbligazione; non un aspetto di essa, ma l'"in sé" stesso del rapporto, la condizione che consente di parlare di obbligazione.

L'evoluzione concettuale che porterà alla rivalutazione della componente della prestazione coincide con lo sviluppo dell'economia romana, che da locale e prevalentemente agricola progressivamente viene a fondarsi su di un fitto

---

5 Cfr. ancora M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 501 ss., il quale a proposito della responsabilità personale del debitore sottolinea come in principio essa si collocasse su di un piano sacrale, consistendo in un giuramento fatto dallo *sponsor* che si sottoponeva al potere di fatto di colui che vedeva frustrata la sua aspettativa.

6 Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1977, 285 ss.

7 Di "ostaggio" parla M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 501 ss., il quale riporta come nella pratica il debitore "*non poteva rimanere nella materiale disponibilità dell'offeso a garantirne l'aspettativa*", in quanto egli "*doveva procurarsi i mezzi*" per il pagamento del suo debito; ecco allora che la persona del debitore veniva sostituita con altra persona, che fungeva appunto da ostaggio.

intreccio di traffici commerciali che abbisognano di contratti semplificati e schemi applicativi più leggeri rispetto a quelli arcaici; ecco allora che – nel nuovo contesto economico e sociale – il sistema basato sul vincolo personale dell'obbligato perde progressivamente la propria utilità pratica<sup>8</sup>. Il rapporto assume sempre di più carattere patrimoniale e l'attenzione si sposta dalla persona del debitore ai suoi beni, e si arriva così alla concettualizzazione del fenomeno obbligatorio, che si astraie dalla fattispecie concreta e contingente per divenire una categoria giuridica astratta, composta dal doppio rapporto di debito-credito.

Per quanto attiene specificamente agli obblighi di protezione, si può osservare che in talune occasioni i giuristi romani ricomprendevano nell'ambito della responsabilità contrattuale per inadempimento le lesioni subite dalla persona o dal patrimonio del creditore.

Si possono a questo proposito richiamare alcuni passi del Digesto, che evidenziano come quella romana fosse una “*tradizione giuridica che tende ad attrarre nell'area della responsabilità contrattuale la lesione dello status quo*”<sup>9</sup>. A venire in considerazione è soprattutto il libro 19 titolo 2 in materia di locazione. Al frammento 13.1 (Ulpiano, libro 32 *ad edictum*) ci si interroga sulla responsabilità del capitano della nave che colpevolmente disperda parte delle merci trasportate durante la navigazione<sup>10</sup>; nel ricercare la soluzione i giuristi romani si sono concentrati innanzitutto sulla valutazione dell'elemento soggettivo della condotta dell'obbligato, così che si afferma come si possa agire per via contrattuale (*ex locato agendum*) quando il conduttore sia rimproverabile – di colpa generica – in ordine ad una sua carenza dal punto di vista della perizia (*si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi*).

---

8 In merito all'evoluzione del diritto romano e alle cause che l'hanno determinata, cfr. S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in P. COLLINET, F. DE VISSCHER (a cura di), *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, Vanderpoorten & Company, 1926.

9 Formula impiegata da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 23 ss.; nel medesimo senso cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, XLIII, 1992, 31 ss., poi ampliato e confluito in un'omonima monografia C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (Materiali per un corso di diritto romano)*, Libreria editrice Torre, Catania, 1996.

10 D. 19.2.13.1 (Ulpiano, *liber 32 ad edictum*): “*Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in Ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum*”.

Il frammento 13.7 (sempre di Ulpiano) tratta invece dell'abbandono da parte del conduttore dell'abitazione locata a fronte dell'avanzare di un esercito<sup>11</sup>; in questo caso si ammette la possibilità di agire in via contrattuale, perché il conduttore sarebbe tenuto, prima della fuga, ad attivarsi affinché la casa subisca il minor danno possibile, apprestando le cautele necessarie.

Oltre alle ipotesi di locazione, anche in altri punti del Digesto si trovano dei riferimenti in merito alla tutela dello *status quo* operata in via contrattuale; un passo di Ulpiano contenuto in D. 13.6.5.9 tratta il caso del soggetto che prende in comodato una cavalla, il quale era tenuto a custodire anche il puledro che seguiva la cavalla oggetto del contratto<sup>12</sup>.

Si evince così che i giuristi romani avevano già preso in considerazione la possibilità di estendere la tutela contrattuale a quelle lesioni subite dalla parte "in occasione" dello svolgimento del contratto, benché non riguardanti direttamente la prestazione. Queste aperture non vanno però sopravvalutate; infatti, il giurista romano non è mai arrivato all'affermazione di una struttura complessa del rapporto obbligatorio, ma si è pur sempre mosso nell'ambito di una visione incentrata sulla prestazione principale: anche la lesione dello *status quo* si riduce alla violazione di un obbligo di prestazione.

Carlo Augusto Cannata sottolinea come i doveri accessori potessero essi stessi venire intesi come obblighi di prestazione, e non come doveri diversi da questa:

*"il debitore può essere gravato oltre che dall'obbligo di eseguire una prestazione principale, da altri doveri accessori, costruibili essi stessi come obblighi di eseguire prestazioni ed il cui inadempimento risulta autonomamente azionabile ovvero concreta una pretesa supplementare"*<sup>13</sup>.

Cioè, si trattava pur sempre di altre prestazioni e non di doveri di diversa natura chiamati ad affiancarsi a questa.

---

11 D. 19.2.13.7 (Ulpiano, *liber 32 ad edictum*): "*Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. Si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. Sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri*".

12 D. 13.6.5.9 (Ulpiano, *liber 28 ad edictum*): "*Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt*".

13 Cfr. ancora C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, XLIII, 1992, 31 ss.

### 3. *La concezione tradizionale dell'obbligazione come dovere di prestazione*

Le codificazioni moderne si sono principalmente preoccupate di fornire al giurista una disciplina completa e dettagliata del rapporto obbligatorio. Se infatti nelle Istituzioni di Giustiniano era possibile rinvenire ben due definizioni generali di cosa sia un'obbligazione, il legislatore italiano del 1942 non si è occupato di questo profilo, lasciando il compito alla dottrina<sup>14</sup> e fissando una disciplina che dà per scontata la nozione (oramai ritenuta consolidata).

Scorrendo la letteratura in materia si evince come in effetti la dottrina sia sostanzialmente unanime nel ritenere l'obbligazione un rapporto di debito-credito limitato alla prestazione. Infatti i giuristi romani erano pervenuti alla massima concettualizzazione del fenomeno e si può notare come la dottrina delle fasi storiche successive non si sia di fatto distaccata da questi risultati, né mettendoli in discussione né arrivando a conclusioni ulteriori. Il giurista in tal modo si distacca dal singolo rapporto concreto per rinvenire un unico schema denominato *obligatio* in ogni situazione di assoggettamento di una parte all'altra in vista dell'ottenimento di una determinata prestazione finalizzata a soddisfare l'interesse creditizio<sup>15</sup>.

Tenendo quindi pur sempre presente che si tratta di un'elaborazione dottrinale, si può prendere come valida la definizione per cui l'obbligazione è un

---

14 Il BGB contiene invece una definizione generale di obbligazione al § 241 BGB: “*Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”. Tale definizione si pone perfettamente in linea con la tradizione romanistica dello *iuris vinculum*.

15 Massimo Bianca osserva come “*pur se la disciplina del rapporto è profondamente mutata, la definizione romana dell'obbligazione risulta fundamentalmente attuale identificandone gli elementi determinanti nella necessità giuridica di un soggetto di eseguire una prestazione a favore di un altro*”; cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 4ss. Questa affermazione ha incontrato tuttavia delle obiezioni anche prima della teorizzazione degli obblighi di protezione (su cui più in dettaglio *infra*); benché la corrispondenza con la figura del diritto romano sia innegabile, si deve pur sempre tenere in considerazione il diverso contesto, sia giuridico, sia economico-sociale, all'interno del quale il giurista moderno si trova ad operare. A questo proposito, cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 1 ss. e 62 ss: l'A. in particolare sottolinea come l'entrata in vigore della Costituzione avrebbe dovuto comportare una riflessione consapevole sul piano dei principi, nella direzione dello sviluppo di un'obbligazione dotata di funzioni sociali oltre che individualistiche.



rapporto che lega due parti, di cui una (il debitore) obbligata a porre in essere un determinato comportamento positivo o negativo (prestazione) a favore dell'altra (il creditore)<sup>16</sup>. L'impostazione tradizionale, comune a gran parte dei giuristi e consolidata nella manualistica, sottolinea quindi come la prestazione si sostanzia nell'elemento qualificante l'obbligazione stessa; la prestazione costituirebbe non solo il contenuto del rapporto obbligatorio, ma fungerebbe più in radice da condizione senza la quale non si potrebbe nemmeno parlare di obbligazione<sup>17</sup>.

A ben vedere però, se da un lato è la prestazione a costituire l'elemento in cui si sostanzia e viene percepito dall'esterno il rapporto obbligatorio, d'altra parte ad essa deve essere sotteso un interesse del creditore che giustifichi l'insorgenza dell'obbligo in capo al debitore e – quindi – dia ragione della stessa messa a disposizione dello strumento giuridico dell'obbligazione. La necessaria presenza di un tale interesse è sancita nell'art. 1174 c.c.: “*la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione ... deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*”<sup>18</sup>. L'obbligazione è lo strumento predisposto dall'ordinamento affinché la parte possa pervenire al soddisfacimento del proprio interesse; la presenza di tale interesse giustifica l'assunzione del vincolo da parte del debitore<sup>19</sup>.

---

16 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, Edizioni scientifiche italiane*, 2007, 557 ss.; l'A. osserva come oggetto dell'obbligazione sia la prestazione dovuta, “*cioè il comportamento che il debitore deve tenere in funzione della realizzazione del diritto del creditore e del sotteso suo interesse a conseguire il risultato finale cui conduce il comportamento stesso*”. In merito all'obbligazione come vincolo fra le parti cfr. R. SACCO, *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1999 fasc. 5, pt. 1, 609 ss.

17 A conferma della sostanziale coincidenza delle tradizionali definizioni in materia di obbligazione, elaborate fino alla seconda metà del secolo scorso, si confronti la definizione ora esposta con quella contenuta in R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, Fratelli Vignozzi e nipote, Livorno, 1841, 53 ss.: “*con la parola obbligazione si intendono le sole obbligazioni perfette, dette altresì obblighi personali, che danno a colui in favore del quale sono contratte il diritto di esigere l'adempimento. Definiscono i giureconsulti queste obbligazioni, un vincolo di diritto che ci obbliga l'uno verso l'altro a dare, a fare o a non fare qualche cosa*”.

18 In merito alla questione della possibile non patrimonialità dell'interesse del creditore, cfr. P. FAVA (a cura di), *Le obbligazioni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, 335 ss.

19 Il problema, impostato da questa prospettiva, evoca l'elaborazione della giurisprudenza degli interessi ricordata nella sezione precedente, per la quale si rinvia per le opere originali a R. VON JHERING (traduzione di Luigi Bellavite), *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Pirotta, Milano, 1855; P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,

4. *Le teorie più recenti: l'obbligazione come rapporto a struttura complessa. La sua teorizzazione in Germania.*

Come si è detto nella sezione I del presente capitolo, la nascita della figura degli obblighi di protezione all'interno del sistema tedesco è stata determinata dalle peculiari caratteristiche dell'ordinamento in questione (dalle sue lacune e dalla sua predisposizione all'impiego di clausole generali); le medesime caratteristiche hanno portato quindi – prima che in altri paesi di tradizione continentale – al ripensamento delle categorie concernenti le obbligazioni.

Il fatto che il successo degli obblighi di protezione in Germania sia strettamente da ricollegare alla disciplina lacunosa in tema di responsabilità extracontrattuale e per inadempimento<sup>20</sup> costituisce, quindi, una delle principali obiezioni al recepimento dell'istituto anche nell'ordinamento italiano<sup>21</sup>. Il codice del 1942 delinea un ambito di applicazione della responsabilità per inadempimento non limitato a singole e determinate fattispecie di lesione<sup>22</sup>, ma impiega una clausola generale che ne consente un'interpretazione abbastanza ampia<sup>23</sup>; inoltre, la responsabilità extracontrattuale non presenta limitazioni assimilabili a quelle dell'ordinamento tedesco in tema di *Enumerationsprinzip*, potendo ricomprendere nel danno ingiusto – ex art. 2043 c.c. – una vasta gamma di lesioni dirette ai beni più diversi<sup>24</sup>.

---

1914. In merito all'integrazione del sistema giuridico sulla base di considerazioni riguardanti la funzione concreta che la legge viene a svolgere nell'ambito sociale, cfr. A. TANZI, P. HECK, *L'integrazione del sistema giuridico e le sue ragioni*, in *Sociologia del diritto*, 2005, fasc.1, 41 ss.

20 Si rinvia al precedente paragrafo 6 nella sezione I di questo capitolo.

21 Fra i principali oppositori della teoria degli obblighi accessori che si affiancano all'obbligo principale di prestazione, cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato del diritto civile e commerciale*, XVI, Milano, 1984, 18 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 14 ss.

22 Cfr. art. 1453 c.c.

23 Per una trattazione generale dell'istituto della responsabilità da inadempimento nell'ordinamento italiano, cfr. fra l'ampia letteratura G. VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2009; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2007.

24 Per una trattazione generale dell'istituto della responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento italiano, cfr. fra la numerosa letteratura P. STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2012; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2001. Ne emerge un ordinamento a responsabilità civile atipica, orientata alla tutela dei beni costituzionali a partire dalla pronuncia della Corte costituzionale 184/1986, e che si connota per un netto favor della tutela del danneggiato, con valorizzazione di voci di danno via via più ampie, anche se si

È anche però vero che l'ingresso in Italia delle teorie concernenti la tutela dello *status quo* mediante lo strumento contrattuale ha fatto sì che nel nostro ordinamento si ponesse (nuovamente) la questione dell'architettura del rapporto obbligatorio, ponendosi all'attenzione dei giuristi come questione ancora attuale e degna di riflessione, indipendentemente da meriti e difetti del sistema.

Gli sviluppi del sistema tedesco costituiscono pertanto la base di partenza per le più recenti riflessioni sulla natura del rapporto obbligatorio, anche come emerse a livello di dibattito italiano.

Con la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni), entrata in vigore nel 2002, sono state eliminate le lacune del sistema tedesco che avevano dato corso alla nascita e allo sviluppo della figura degli obblighi di protezione<sup>25</sup>, riportando quindi la sistematica dell'ordinamento civilistico tedesco ad una condizione non dissimile da quella italiana, in entrambi potendosi discutere della persistente attualità della figura dogmatica degli *Schutzpflichten*.

La riforma legislativa ha per prima cosa eliminato il riferimento specifico alle due ipotesi che costituivano il sistema della responsabilità contrattuale: la mora del debitore e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Queste due norme sono state sostituite con una clausola generale che fa riferimento alla "violazione dell'obbligo", *Pflichtverletzung*. Tale formulazione è così in grado di ricomprendere sia i due istituti soppressi, sia altre e variegate ipotesi di inadempimento non specificamente previste dal legislatore ma – talvolta – nemmeno prevedibili a priori; dottrina e giurisprudenza vi fanno rientrare oggi tutte le categorie elaborate in materia di *Leistungsstörungen*, che trovano così legittimazione formale all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco<sup>26</sup>.

È interessante fin d'ora notare come nel comma 2 del § 241 il legislatore abbia inserito una norma che codifica il dovere dei contraenti di proteggere la propria controparte rispetto agli eventuali danni alla persona e al patrimonio che possono derivare dallo svolgimento del rapporto obbligatorio (obblighi di protezione, *Schutzpflichten*); viene infatti affermato che

---

deve dare conto della più recente giurisprudenza restrittiva in materia di danno esistenziale (Cassazione, Sezioni unite, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975).

25 Per una trattazione delle modificazioni introdotte nel sistema tedesco dalla legge di modernizzazione del BGB del 26 novembre 2001, cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2003; in particolare, a proposito degli obblighi di protezione cfr. 11 ss. e 137 ss.

26 A questo proposito, cfr. A. SCHENK, *Die Pflichtverletzung (Leistungsstörung): Arten und jeweilige Rechtsfolgen nach dem neuen Leistungsstorungsrecht*, Grin, 2007.

*“das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten”*,

cioè il rapporto obbligatorio può – in relazione al suo contenuto – vincolare ciascuna delle parti a prestare attenzione ai diritti, ai beni giuridici e agli interessi dell'altra parte<sup>27</sup>.

Il fatto che tali obblighi di protezione abbiano così perso la loro funzione “sanante” dell'ordinamento, non sussistendo più le lacune rispetto alle quali il loro ruolo risultava determinate, ha consentito però di distaccarli dal dato contingente cui erano stati messi in relazione per più di un secolo, così da poterne invece apprezzare i risvolti sistematici nella prospettiva più ampia del sistema delle obbligazioni<sup>28</sup>. Con la teorizzazione delle *Schutzpflichten* i giuristi tedeschi sono stati costretti ad “un'opera di rivisitazione dell'obligatio romana”<sup>29</sup>, per arrivare all'elaborazione del concetto di obbligazione come *organismus* (o *Gefüge*)<sup>30</sup>, come rapporto complesso che potesse accogliere al proprio interno anche obblighi diversi da quello principale di prestazione.

##### 5. *Le teorie più recenti: l'obbligazione come rapporto a struttura complessa. La situazione in Italia*

Al medesimo risultato raggiunto nel sistema tedesco è pervenuta così anche la dottrina italiana, pur se in un momento successivo. Va notato poi che in Italia quelle cui si è accennato – dell'obbligazione come *organismus* (o *Gefüge*) – sono teorie ancora oggetto di discussione, le cui fortune giurisprudenziali e dogmatiche si scontrano con paradigmi alternativi ben consolidati<sup>31</sup>.

---

27 In merito alla codificazione degli obblighi di protezione in Germania, si rinvia al successivo capitolo IV, sezione II.

28 Distaccandosi dall'originaria impostazione data da Staub e ponendosi quindi sul solo piano della riconducibilità degli obblighi di protezione al contenuto del rapporto obbligatorio, l'elaborazione delle *Schutzpflichten* cessa definitivamente di essere circoscritta all'ordinamento tedesco, per assumere valenza metodologica generale in grado di influenzare anche altri ordinamenti, quale quello italiano.

29 Così L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 59 ss.

30 In merito alla ricostruzione del rapporto obbligatorio come organismo, cfr. D. MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, parla di *weitere Verhaltenspflichten* che si aggiungono all'obbligo primario di prestazione e rendono l'obbligazione un rapporto complesso.

31 In merito al rapporto obbligatorio inteso come *organismus* o *Gefüge*, cfr. D. MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Mona-

Si possono rinvenire due filoni di sviluppo che hanno portato i giuristi italiani alla riconsiderazione della struttura del rapporto obbligatorio, uno incentrato sulle teorizzazioni riguardanti i diversi interessi che si svolgono all'interno del rapporto obbligatorio e l'altro che invece perviene al medesimo risultato basandosi, però, sul dato normativo costituito dall'art 1175 c.c.<sup>32</sup>.

In merito al primo orientamento teorico, si osserva come in corrispondenza dell'esistenza di un interesse del creditore alla prestazione e – quindi – al soddisfacimento della propria pretesa, emerge l'esistenza di un altro interesse, questa volta in capo alla controparte contrattuale: l'interesse all'estinzione del vincolo che lega il debitore al creditore. L'interesse del debitore all'adempimento come mezzo attraverso il quale egli si libera del vincolo che lo lega al creditore (e che limita la sua sfera di libertà) costituisce l'oggetto di studio che ha portato per la prima volta la dottrina italiana ad interrogarsi sulla funzione svolta dallo strumento giuridico delle obbligazioni. Per Carlo Castronovo l'individuazione di tale interesse e la possibilità di attribuirvi rilevanza giuridica deriverebbe proprio dalla teorizzazione degli obblighi accessori, che sottolineano come il rapporto obbligatorio vada condotto “*verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare*”<sup>33</sup>. Il risultato sarà integralmente utile solo considerando, oltre all'interesse del creditore, anche quello del debitore; e sarà interesse comune ad entrambi che lo svolgimento del rapporto non comporti danni alle sfere giuridiche soggettive di ciascuna delle parti<sup>34</sup>.

È mediante l'analisi delle norme che tendono a garantire il debitore nei confronti del creditore che si comincia a rivisitare il concetto di obbligazione. La

---

co, 1999, 2 ss.

32 Questa bipartizione emerge dall'esame delle riflessioni prese in considerazione; essa pare chiaramente delineata ove si consideri la metodologia radicalmente diversa seguita dai diversi autori, gli uni orientati verso il dato normativo e gli altri invece maggiormente verso la funzione svolta dal rapporto obbligatorio per la soddisfazione dei diversi interessi coinvolti.

33 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

34 Ne emerge una concezione concreta del rapporto obbligatorio e della relativa prestazione, non finalizzati all'adempimento come astratta e asettica conclusione del vincolo ma come elemento effettivamente diretto a tutelare il “bene della vita”. Si osservi allora come l'istituto degli obblighi di protezione si inserisca in una tendenza realistica e non formalistica dell'ordinamento giuridico, il quale da mezzo di formale regolamentazione della vita sociale diviene via via mezzo di soddisfazione delle esigenze della società.

mora *credendi*, disciplinata dagli artt. 1206 ss. c.c.<sup>35</sup>, mette perfettamente in luce l'esistenza di un interesse del debitore a liberarsi dal vincolo che lo lega al creditore, il quale infatti viene sanzionato qualora si rifiuti ingiustificatamente di ricevere la prestazione offertagli dalla propria controparte<sup>36</sup>. Ecco allora che se l'obbligazione è strumento principalmente preordinato a soddisfare l'interesse del soggetto attivo, tuttavia il rapporto non viene rimesso interamente nelle mani di questo ed emerge l'esistenza di doveri anche in capo alla parte creditrice (tesi alla tutela dell'interesse del debitore ad adempiere, che viene così autonomamente considerato come compresente all'interno di un "fascio" di interessi che caratterizza l'obbligazione).

Il creditore deve porre il debitore nella condizione di poter adempiere alla propria prestazione e deve quindi collaborare affinché il suo interesse venga soddisfatto; tale collaborazione – presa in considerazione dal punto di vista del creditore – si configura come un onere, perché finalizzata alla soddisfazione di un suo interesse<sup>37</sup>. Tuttavia, tale onere diviene un vero e proprio dovere qualo-

---

35 Le norme in questione delineano il meccanismo attraverso il quale il debitore può liberarsi dal vincolo che lo lega al creditore anche in assenza di una sua collaborazione e, quindi, perseguendo il proprio interesse indipendentemente dalla soddisfazione di quello del creditore. Il debitore deve offrire l'esecuzione della sua prestazione nei termini stabiliti; a fronte al rifiuto ingiustificato del creditore si dovrà procedere ad un'offerta fatta secondo le modalità solenni indicate dall'art 1208 c.c. Solo una volta che il debitore abbia effettuato l'offerta e questa venga rifiutata dal creditore, quest'ultimo potrà essere considerato in mora. Per liberarsi definitivamente dall'obbligazione il debitore, in base all' art. 1210 c.c., deve depositare le cose dovute; solo con la successiva accettazione del deposito da parte del creditore o con il passaggio in giudicato la sentenza a mezzo della quale è ritenuto valido il deposito, verrà meno l'obbligazione. Per una trattazione generale del tema della *mora credendi* cfr. G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, Zanichelli, Bologna, 1974; G. STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fasc. 2, 377 ss. Per un'analisi dei meccanismi attraverso i quali il debitore può liberarsi dal vincolo obbligatorio, nell'ottica del principio di cooperazione del creditore all'adempimento della prestazione e con riferimento alla concreta applicazione dell'istituto nella prassi, cfr. G. STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012 fasc. 2, 377 ss.

36 Per una trattazione dell'istituto della *mora credendi* nell'ordinamento tedesco, cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, Munchen, 1982, 358 ss.

37 Sulla struttura dell'onere come posizione giuridica soggettiva della parte tenuta ad un determinato comportamento al fine di soddisfare un proprio interesse cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto, Biblioteca del foro italiano*, Roma, 1951, 172 ss.

ra il creditore si rifiuti ingiustificatamente di ricevere la prestazione, in quanto in questa ipotesi si sposta il punto di vista ed emerge l'interesse del debitore ad estinguere il rapporto obbligatorio (e viene quindi meno la componente facoltativa della posizione giuridica soggettiva che era in primo piano fino al momento in cui il debitore non ha fatto valere il suo interesse ad adempiere, pure anch'esso rilevante e meritevole di tutela nel fascio degli interessi sottesi al rapporto obbligatorio).

L'obbligazione diventa allora un "*rapporto complesso, composto strutturalmente da due rapporti giuridici, incentrati rispettivamente nella prestazione e nella cooperazione*"<sup>38</sup>, e l'idea dell'obbligazione come organismus (o Gefüge) fa quindi ingresso anche nella dogmatica italiana.

Passando poi al secondo itinerario che ha portato alla rivisitazione del concetto di obbligazione, non ci si interroga sulle teorizzazioni riguardanti i diversi interessi che si svolgono all'interno del rapporto obbligatorio, ma al contrario si parte, appunto, dal dato normativo costituito dall'art 1175 c.c..

Nel precedente paragrafo 3 si è citata l'affermazione di Massimo Bianca per cui l'attuale figura dell'obbligazione non si distaccherebbe – nei suoi tratti essenziali – da quella delineata dal diritto romano<sup>39</sup>; tale impostazione viene criticata da Luigi Lambo, sulla base di una lettura d'insieme di una serie di norme sparse nel libro IV del Codice civile, che sembrerebbero indicare la direzione opposta<sup>40</sup>. L'Autore quindi non parte da considerazioni relative all'impatto che la teoria degli obblighi di protezione ha avuto nell'ordinamento italiano, ma prescindendo da questo fattore ricerca direttamente nella legislazione indici della struttura complessa dell'obbligazione. L'impostazione è diversa, ma il risultato cui si vuole pervenire è il medesimo.

Le norme che vengono principalmente in considerazione sono gli artt. 1173, 1174 e 1175 c.c.. I primi due sono finalizzati a determinare come sia strutturata l'obbligazione, mentre il terzo – rubricato "*Comportamento secondo correttezza*"<sup>41</sup> e posto in posizione accessoria rispetto alle norme precedenti – è rilevan-

---

38 Cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano, 2011.

39 Massimo Bianca osserva come "*pur se la disciplina del rapporto è profondamente mutata, la definizione romana dell'obbligazione risulta fondamentalmente attuale identificandone gli elementi determinanti nella necessità giuridica di un soggetto di eseguire una prestazione a favore di un altro*"; cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 4ss.

40 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, capitolo II, par. 7.

41 "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*". Tale aspetto verrà più ampiamente affrontato nella successiva sezione III, ma nel

te ai fini della ricostruzione di Lambo in virtù della sua collocazione sistematica (e della portata generale della sua formulazione). Dal coordinamento di queste norme emergerebbe come già il legislatore del 1942 avesse superato la concezione dell'obbligazione di diritto romano per cui il rapporto obbligatorio si risolverebbe sostanzialmente nell'obbligo di prestazione<sup>42</sup>.

Il dovere di correttezza espresso nell'art. 1175 c.c. costituisce uno standard valutativo, una regola cogente che può portare a delle integrazioni del rapporto contrattuale indipendentemente dalla volontà espressa dalle parti (qualora queste nulla dicano in merito a quei doveri che incombono su di esse ai fini di un corretto svolgimento dell'obbligazione)<sup>43</sup>. In tal modo si afferma una visione del rapporto improntata al principio costituzionale di solidarietà sociale, per cui in esso non verrebbero in considerazione esclusivamente gli interessi dedotti dalle parti al fine della singola operazione economica, ma anche interessi socialmente rilevanti, che arricchiscono il diritto civile secondo valori costituzionalmente apprezzabili<sup>44</sup>.

In sostanza, si prende così in considerazione non solo l'interesse del creditore, ma anche quello del debitore, non riducendo quindi la disciplina dell'obbligazione alla soddisfazione esclusiva delle aspirazioni della parte atti-

---

frattempo si possono segnalare per approfondimenti in materia E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1980; G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996.

42 Cfr. il precedente paragrafo 2 in questa sezione.

43 In merito all'interpretazione integrativa del contratto, come mezzo di ingresso nell'atto di autonomia privata di valutazioni di bilanciamento fra le esigenze di tutela dell'affidamento e la necessaria ragionevolezza dell'operazione contrattuale, cfr. F. SANGERMANO, *L'interpretazione del contratto, profili dottrinali e giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2007, 131 ss. In merito alla buona fede oggettiva come fonte di integrazione del contratto e alla differenza funzionale tra buona fede oggettiva e diligenza, cfr. G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e correttezza delle prestazioni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1990, fasc. 5-6, 30 ss.; l'A. sottolinea inoltre il legame fra il principio costituzionale di solidarietà sociale e buona fede, differenziando l'operatività dei principi generali e delle clausole generali nell'integrazione del contratto.

44 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 65 ss. Con riferimento alla buona fede come clausola elastica, nell'ottica del diritto civile costituzionalizzato, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1991; l'A. sottolinea come dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale il Codice civile del 1942 è stato letto e reinterpretato attribuendo significato alle numerose clausole in bianco in esso contenute in modo da renderlo compatibile con il nuovo ordinamento repubblicano.



va del rapporto obbligatorio, ma assumendo a posizione degna di attenzione anche quella del debitore ed – in generale – di entrambe le parti; ciò affinché il rapporto fra di esse si compia senza danneggiare le reciproche sfere giuridiche soggettive. In definitiva, si può osservare come anche il taglio che Lambo dà al problema finisca per prendere in considerazione i medesimi aspetti esaminati da Castronovo, giungendo per altra via al medesimo esito pratico di valorizzare la posizione del soggetto debitore, considerando l'obbligazione come composta di una molteplicità di situazioni soggettive meritevoli di tutela.

Ciò, evidentemente fa emergere la perdurante attualità della teoria degli obblighi di protezione come paradigma retorico-dogmatico esplicativo di questo contesto, anche a prescindere dalla presenza di lacune ordinamentali da colmare<sup>45</sup>. Infatti, se preso in considerazione dal solo punto di vista messo in luce dalla teoria di Staub, l'istituto degli obblighi di protezione avrebbe oggi perso tutta la propria rilevanza ed utilità pratica; ma proprio perché la sua funzione non è stata solo quella di colmare le lacune del BGB, esso si presenta come mezzo attuale di rivisitazione e ripensamento dell'architettura del rapporto obbligatorio.

---

45 Cfr. il precedente paragrafo 2 nella sezione I.



## SEZIONE III – ISTITUTI GENERALI DI BASE

### 1. Premessa

Quelle descritte in precedenza costituiscono le condizioni che hanno portato alla nascita della figura degli obblighi di protezione e le conseguenze che – dopo l’elaborazione di essa – si sono prodotte nel sistema delle obbligazioni (nel senso di ripensarne parzialmente la struttura e la funzione)<sup>1</sup>.

Nella presente sezione si passeranno quindi in rassegna le caratteristiche che la figura degli obblighi di protezione è venuta assumendo nella dottrina (e nella giurisprudenza, benché solo in alcuni settori<sup>2</sup>) italiana, per procedere ad un tentativo di definizione che possa descrivere compiutamente i tratti che contrassegnano gli obblighi di protezione nel nostro ordinamento.

L’istituto degli obblighi di protezione, infatti, sebbene costituisca un esempio della circolazione di modelli giuridici nei diversi ordinamenti<sup>3</sup>, ha assunto comunque in Italia caratteristiche proprie, che consentono di mettere in luce un’elaborazione originale del problema che si distacca dall’esperienza tedesca<sup>4</sup>.

---

1 L’analisi affrontata nella sezione II ha permesso di evidenziare come la struttura del rapporto obbligatorio si stia arricchendo di diversi contenuti, quali appunto i doveri di protezione; si tenga comunque sempre presente che in fondo la prestazione rimane l’interesse principale del rapporto, collocandosi in una posizione di preminenza rispetto agli altri interessi reciproci che compongono l’obbligazione.

2 Per quanto riguarda le maggiori applicazioni giurisprudenziali in merito alla figura degli obblighi di protezione, si rinvia al successivo capitolo IV, sezione II.

3 Sulla circolazione dei modelli, cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000; A. ZOPPINI, *Fonti del diritto privato, concorrenza tra ordinamenti giuridici e riforma del diritto delle obbligazioni (note minime)*, in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 123 ss.; in quest’ultimo contributo l’A. sottolinea come l’appartenenza all’Unione europea costituisca un forte incentivo per il legislatore al fine di rendere il nostro ordinamento più efficiente e rispondente agli interessi degli operatori economici; la circolazione dei modelli giuridici è favorita dalla concorrenza fra i diversi ordinamenti, i quali sono incentivati alla ricerca delle migliori condizioni per attirare investimenti nel contesto del mercato unico. Per un’analisi della funzione delle nuove tecnologie come strumento di diffusione dei modelli, cfr. P.E. SAMMARCO, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2008 fasc. 6., 711 ss.

4 Si pensi a questo proposito alla tematica dell’obbligazione da contatto sociale, figura molto dibattuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza; a questa tematica è dedicato il successivo paragrafo 5, ma cfr. fin d’ora A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2012; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004; M.

2. *Concretizzazione delle clausole generali di correttezza e buona fede esecutiva nel rapporto obbligatorio. Integrazione ex lege e problema della limitazione dell'autonomia privata.*

La fonte che consente di affermare la vigenza degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano, dalla quale muovere per la successiva trattazione, è costituita dai principi generali di correttezza e buona fede oggettiva<sup>5</sup>.

Su tali basi generalissime, gli obblighi di protezione si configurano come fattispecie autonoma rispetto all'obbligo principale di prestazione, da un duplice punto di vista. Innanzitutto, come si è visto finora, è diversa la funzione che le due categorie di obblighi sono chiamati a svolgere, essendo l'obbligo di prestazione finalizzato al soddisfacimento dell'interesse del creditore e l'obbligo di protezione – invece – finalizzato a tutelare l'interesse di entrambe le parti (e quindi anche del debitore) affinché la sfera giuridica soggettiva di ciascuno sia mantenuta indenne da eventuali lesioni ricollegabili allo svolgersi della prestazione (o meglio, del rapporto obbligatorio nel suo complesso).

D'altra parte, diversa è anche la fonte che pone a carico delle parti i due diversi obblighi: in merito all'obbligo di prestazione si richiama la norma desueta *ex art. 1173 c.c.*, la cui disposizione sancisce che

*“le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico”*<sup>6</sup>;

---

BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011, 65 ss.

5 La buona fede oggettiva è concetto diverso dalla buona fede soggettiva; la prima sostanziandosi in un canone di valutazione oggettivo in merito alla correttezza dell'altrui comportamento, la seconda nella situazione psicologica di ignoranza di ledere l'altrui diritto e, quindi, nella convinzione di stare agendo in maniera “giusta” (come qualificata giuridicamente nella sfera cognitiva dell'agente). Per approfondimenti cfr. C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 279 ss. (con specifico riguardo alla distinzione buona fede oggettiva e soggettiva nel campo degli obblighi di protezione), 326 ss., 630 ss. (per una trattazione in generale delle differenze fra le due tipologie di buona fede); R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949.

6 Per “ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico” tradizionalmente si intendono le promesse unilaterali, la gestione di affari altrui, il pagamento dell'indebito, l'arricchimento senza causa; tuttavia, trattandosi appunto di una clausola aperta, è da ritenere che vi si debbano ricondurre in generale tutte le ipotesi in cui la legge pone a carico delle parti dei vincoli giuridici. A questo proposito va segnalato che parte della dottrina precisa come la legge sia “sempre e in ogni caso fonte di qualunque tipo di obbligazione”, anche se talvolta mediata da altra fonte indiretta (come il contratto); cfr. P. GALLO, *Le fonti delle obbligazioni*, UTET, Torino, 2008.

in merito invece agli obblighi di protezione, la fonte dalla quale essi scaturiscono è la legge e, quindi, sono classificabili all'interno della sola terza categoria prevista dall'art. 1173 c.c.<sup>7</sup>. L'interpretazione del rapporto sulla base delle clausole generali di correttezza e buona fede permette l'integrazione dello stesso su base legislativa e, pertanto, nuovi effetti vengono ad aggiungersi a quelli previsti dalle parti<sup>8</sup>.

Gli effetti che scaturiscono dall'integrazione *ex lege* dell'atto di autonomia privata possono essere definiti contrattuali, ma solo perché collegati inevitabilmente all'atto sul quale vengono ad innestarsi e in quanto la disciplina applicabile è la stessa degli obblighi di prestazione propri del rapporto obbligatorio. Castronovo sottolinea però come gli obblighi di protezione, pur innestandosi su di un rapporto di fonte consensuale come il contratto, mantengano pur sempre la loro autonomia dal punto di vista della fonte prima da cui originano, restando questa la legge<sup>9</sup>; si tratta quindi di obblighi che vanno ad arricchire il rapporto contrattuale, ma da questo pur sempre distinti, in quanto corrispondenti a valutazioni di ordine generale che prescindono dalla volontà delle singole parti e che quindi vengono inserite nel contratto sulla base della sola opportunità legislativamente apprezzata.

Gli obblighi di protezione concretizzano le previsioni generali *ex art.* 1175 c.c., per cui le parti devono comportarsi secondo correttezza, e *ex art.* 1375 c.c., il quale richiede che il contratto venga eseguito secondo buona fede<sup>10</sup>; no-

---

7 I rapporti obbligatori *ex lege* trovano, così come gli obblighi di protezione, la loro fonte in una norma dell'ordinamento, ma a differenza degli *Schutzpflichten* essi non si pongono come accessori (benché distinti) ad un altro rapporto obbligatorio, comportando la legge la nascita stessa dell'obbligo principale di prestazione. In merito alle obbligazioni *ex lege*, cfr. L. NIVARRA, *Lineamenti del diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, cap. VI ss.

8 In merito al fenomeno generale dell'integrazione degli effetti dell'atto di autonomia privata, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, 775 ss. Si noti però come nella trattazione dedicata agli obblighi di protezione (798 ss.) Gazzoni escluda che tali obblighi nascenti dalla buona fede esecutiva costituiscano fonte di integrazione della regola contrattuale; questa non verrebbe arricchita nei suoi contenuti, bensì gli obblighi di protezione andrebbero collocati sul diverso piano dell'attuazione del rapporto.

9 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI; "la fonte di tali obblighi è solo la legge, che ingerisce nell'atto di autonomia privata arricchendolo di nuovi contenuti che le parti non avevano nemmeno preso in considerazione. Gli obblighi di protezione, quale che sia la fonte cui accedono, su cui si innestano, hanno sempre natura legale".

10 Anche nell'ordinamento tedesco l'integrazione del contratto in merito agli obblighi

nostante l'enunciazione del principio di buona fede riguardi esclusivamente la fase dell'attuazione, è opinione condivisa<sup>11</sup> che entrambi i citati principi abbiano portata generale e siano – quindi – idonei a trovare applicazione in tutte le fasi del rapporto obbligatorio. Sarebbe inoltre erroneo ritenerli privi di valore ove essi non si trovino ad essere concretizzati in specifiche disposizioni di legge<sup>12</sup>; la giurisprudenza, invece, nel ricorrere alla figura degli obblighi di protezione ha via via dato un contenuto cogente al dovere di debitore e creditore di comportarsi secondo correttezza e buona fede oggettiva. Se prima della teorizzazione degli *Schutzpflichten*, infatti, il comportamento scorretto delle parti non veniva preso in considerazione come violazione del rapporto obbligatorio, ora tale comportamento, da mero oggetto di riprovazione, è divenuto destinatario di un vero e proprio obbligo che, se violato, porta alla censura del comportamento in questione.

Il ricorso a queste due clausole generali<sup>13</sup> consente agli interpreti di dare attuazione a statuizioni di natura costituzionale che altrimenti si ridurrebbero a

---

di protezione è stata possibile grazie al ricorso alla clausola di correttezza e buona fede; la formulazione contenuta nel §242 BGB (*Treu und Glauben*) non è però pienamente sovrapponibile alle previsioni contenute nell'ordinamento italiano; se infatti la norma tedesca sembra corrispondere all'art. 1375 c.c., riconducendo la buona fede alla fase dell'esecuzione del contratto, l'art. 1175 c.c. pone invece il dovere di correttezza in capo alle parti a prescindere dalla fase del rapporto obbligatorio di cui si tratta. Giustamente L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 74 ss., osserva come “già da un raffronto del testo si nota che il gap è a vantaggio del sistema italiano, che contiene una formula molto più ampia all'art. 1175 c.c.”. Si noti comunque come l'applicazione delle due norme sia stata di segno opposto, non avendo la limitata previsione legislativa frenato nell'ordinamento tedesco lo sviluppo della teoria degli *Schutzpflichten*, teoria che invece si è affacciata in Italia da molto meno tempo.

11 In riferimento alla portata generale del principio di buona fede, cfr. M BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 472 ss.

12 In merito alle previsioni legislative che pongono espressamente a capo delle parti obblighi di protezione (pur non chiamandoli con questa terminologia), cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, 798 ss. L'A. richiama in particolare le ipotesi ex artt. 15861 (per cui il conduttore è tenuto a dare pronto avviso al locatore delle pretese avanzate da terzi), 1663 (riguardante la denuncia al committente da parte dell'appaltatore in merito ai difetti della materia fornita dal primo), 2015 (che sancisce l'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro), 1805 (che riguarda la responsabilità del comodatario per il perimento della cosa) ed infine 2087 c.c. (che pone a capo del datore di lavoro la tutela delle condizioni in cui il prestatore deve svolgere la propria attività).

13 Parte della dottrina ritiene sostanzialmente coincidenti i due principi di correttezza e buona fede in senso oggettivo; in questo senso cfr. ancora M BIANCA, *Diritto civile*,

mere enunciazioni di principio. La dottrina ha principalmente indicato come fonti di integrazione del rapporto obbligatorio – e quindi disposizioni idonee a giustificare un sacrificio dell'autonomia privata – gli artt. 2, 4, 36, 37 e 41 Costituzione<sup>14</sup>; ciò è stato perseguito attraverso la lettura degli istituti civilistici classici in chiave di correttezza e buona fede. In questo quadro, ciò che maggiormente consente di affermare la vigenza degli obblighi di protezione all'interno del nostro ordinamento, sembra essere il disposto dell'art 2 Cost., nel quale è formulato il principio di solidarietà sociale, in base al quale le posizioni di libertà pur costituzionalmente tutelate devono essere bilanciate con i generici interessi di portata generale o collettiva<sup>15</sup>.

Attraverso le clausole di buona fede e correttezza il rapporto obbligatorio smette di essere semplicemente un atto di autonomia privata, per venire arricchito di contenuti ulteriori che rispondono a principi generali dell'ordinamento, quale appunto quello di solidarietà *ex art. 2 Cost.* In tal modo al contratto vengono conferite finalità aggiuntive di ordine generale e sociale, che fanno in modo che esso si trasformi in uno strumento di attuazione di interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli particolari delle parti<sup>16</sup>.

---

vol. III, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 1984, 472 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffré, Milano, 1968. Di diverso avviso è invece L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007; tale impostazione sembra condivisibile, in quanto la stessa collocazione sistematica dell'art. 1375 c.c. suggerisce la vigenza del principio di buona fede in esso affermato anche in relazione all'attuazione del rapporto obbligatorio, una volta che questo sia stato già formato e integrato secondo il principio di correttezza *ex art. 1175 c.c.* Nei contesti normativi in cui invece i termini correttezza e buona fede sono impiegati in via generale e senza precisazioni in ordine al momento del rapporto obbligatorio in cui vengono in considerazione, essi sarebbero da ritenere pacificamente equivalenti; l'A. porta ad esempio l'art. 1.201 dei principi di diritto europeo dei contratti predisposti dalla commissione guidata da Ole Lando, nel quale appunto si stabilisce genericamente che *“le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza”*.

14 Gli artt. 4, 36 e 37 Costituzione sono dettati in materia di diritti del lavoro, mentre l'art. 41 afferma che *“l'iniziativa economica privata è libera”*, subito dopo però indicandone le limitazioni; *“non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*.

15 Cfr. E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, 38 ss.

16 In merito alla funzione sociale attribuita allo strumento contrattuale, anche in prospettiva comparata con il sistema europeo, cfr. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011 fasc. 2, 365 ss.

Infatti, se da una parte l'autonomia privata è quello strumento posto a disposizione dei privati per dare libera regolamentazione ai propri interessi, dall'altra tale facoltà incontra un limite nella legge, nel momento in cui l'ordinamento consente a determinate fonti, c.d. eteronome, di prevalere sulla volontà delle parti e di ingerirsi nel relativo atto di autonomia. L'art. 1374 c.c. sancisce che

*“il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”.*

Proprio attraverso il combinato disposto di questa norma e di quella sancita nell'art. 1175 c.c., sarebbe quindi possibile affermare la vigenza nell'ordinamento giuridico italiano dell'istituto degli obblighi di protezione.

Le parti, nel momento in cui danno vita ad un rapporto obbligatorio che le lega, si vincolano non solo in merito alla prestazione da esse stabilita, ma automaticamente a questa si affianca tutta una serie di relazioni ulteriori stabilite dalla legge; e di legge è anche la norma che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza, quale standard di condotta che quindi – una volta violato – porterà all'insorgere in capo alla parte della responsabilità per inosservanza dei doveri di protezione<sup>17</sup>.

In conclusione, si può affermare che gli obblighi di protezione costituiscono espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale<sup>18</sup>, filtrato dalla disposizione dell'art. 1175 c.c. in materia di correttezza, letta in combinato disposto all'art. 1374 c.c.; il sacrificio dell'autonomia privata viene quindi giustificato sulla base di interessi costituzionalmente rilevanti che trovano nella teorizzazione degli obblighi di protezione il loro strumento applicativo.

---

17 Spostando l'attenzione al più generale ambito europeo, in merito agli standard di protezione messi in luce dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato, cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009 fasc. 1, 73 ss.

18 Su questo tema, cfr. F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Rivista di diritto civile*, 2011 fasc. 6, pt. 1, 839 ss.; A. SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in *Europa e diritto privato*, 2006 fasc. 2, 50 ss.



### 3. Reciprocità

Tema ulteriore, che deriva logicamente dall'impostazione prima descritta, è quello del carattere reciproco degli obblighi di protezione. L'art. 1175 c.c., sancendo in capo alle parti la vigenza di un dovere di correttezza, fornisce chiare indicazioni in merito alla vigenza degli obblighi di protezione in capo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio. La formulazione dell'articolo in questione pone tale dovere di correttezza chiaramente a carico sia della parte passiva che di quella attiva, parlando espressamente e distintamente di debitore e creditore<sup>19</sup>.

Il fatto che il debitore sia il soggetto vincolato al soddisfacimento dell'interesse della controparte non significa che dal lato attivo l'obbligazione non comporti alcun vincolo in capo al creditore; non si deve quindi pensare che gli obblighi di protezione gravino solo sulla parte passiva dell'obbligazione, la loro *ratio* originaria – come si è visto – essendo stata appunto (anche) quella di tutelare gli interessi pure del debitore (come avviene nella *mora accipiendi*)<sup>20</sup>.

Anche in questo caso è il carattere autonomo di tali obblighi – che ne è una caratteristica fondamentale – a rendere possibile l'affermazione per cui essi si pongono in capo ad entrambe le parti; proprio perché non derivano dalla medesima fonte che dà vita all'obbligo di prestazione, e le rispettive vicende si presentano come indipendenti, è possibile asserire che gli *Schutzpflichten* sono configurabili a carico anche del creditore. Il carattere bilaterale di tale categoria di obblighi accessori va ricercato nella considerazione che essi si pongono oltre la prestazione dovuta, avendo come scopo la tutela dell'integrità delle sfere giuridiche delle parti rispetto ad eventuali danni che queste potrebbero subire nel corso dell'attuazione della prestazione principale<sup>21</sup>.

Va infine precisato come la reciprocità degli obblighi non significhi qui, comunque, affermare che la loro violazione ad opera di una parte possa legit-

---

19 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma, 1990, vol. XXI.

20 Anche tale carattere soggettivamente plurale degli obblighi di protezione è un sintomo della loro autonomia; come si è visto infatti, rispetto alla prestazione principale, questi si differenziano sia dal punto di vista della loro fonte sia da quello degli interessi che sono finalizzati a soddisfare. In merito al carattere autonomo degli obblighi di protezione, si rinvia a quanto affermato nel precedente paragrafo 2 di questa sezione.

21 Cfr. G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1964, 163 ss.; P. FAVA (a cura di), *Le obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 424 ss.

timare l'altra a non adempiere ad essi, provocando a sua volta un danno; essi fanno parte del sinallagma, ma se violati possono solo giustificare l'attivazione dei rimedi posti dall'ordinamento a disposizione delle parti al fine di riequilibrare le posizioni delle parti nel rapporto<sup>22</sup>.

#### 4. *Le trattative precontrattuali: la culpa in contrahendo*

Una trattazione completa dell'istituto degli obblighi di protezione richiede di dare conto anche delle teorizzazioni che li configurano in assenza di un rapporto obbligatorio, o perché esso deve ancora venire posto in essere o quando esso – più radicalmente – non esiste. Ciò consente di sottolineare come gli obblighi di protezione siano autonomi rispetto all'obbligo principale di prestazione (perché la prestazione, appunto, manca) e dà occasione di passare in rassegna le teorie che si pongono a monte (come quella della *culpa in contrahendo*) o a valle (come quelle del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione e del contatto sociale) della teorizzazione degli *Schutzpflichten*.

Secondo parte della dottrina<sup>23</sup>, l'origine dell'insegnamento in tema di obblighi di protezione andrebbe collocata ancora prima dell'opera di Hermann Staub sulle violazioni positive del contratto e, più precisamente, nelle riflessioni di Rudolf von Jhering sulla *culpa in contrahendo*, cioè sulla colpa che viene in considerazione nell'ambito delle trattative precontrattuali<sup>24</sup>. Al pari dell'opera di Staub, anche la teorizzazione della responsabilità precontrattuale è stata suggerita a Jhering dalla constatazione dell'esistenza di una lacuna dell'ordinamento, in questa fase pre-negoziale sprovvisto di adeguate tutele. Infatti, in mancanza di una norma *ad hoc* che sanzionasse comportamenti scorretti nel momento delle trattative, non era nemmeno possibile ricondurre tale violazione alla disciplina della responsabilità contrattuale (mancando, per definizione, un contratto) o della responsabilità extracontrattuale (in virtù della vigenza dell'*Enumerationsprinzip* che riteneva risarcibili solo danni ad “*entità tangibili come l'integrità personale e le cose*”, e non mere perdite patrimoniali)<sup>25</sup>.

---

22 Su questo punto si rinvia al successivo capitolo III.

23 Di tale avviso è C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

24 Per trattazioni generali sulla responsabilità precontrattuale, cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli Roma, 2012; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008.

25 Cfr. R. SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001, 40 ss.

In base a quanto osservato da Jhering, le parti prima della conclusione del contratto hanno il dovere di accertare che siano presenti tutti i requisiti necessari per la validità del rapporto obbligatorio che verrà successivamente ad instaurarsi. In mancanza di un tale accertamento (e della conseguente comunicazione), la controparte danneggiata potrà lamentare la lesione dell'affidamento che era stato ingenerato dal contatto negoziale (*geschäftlicher Kontakt*)<sup>26</sup>.

Grazie a tale teorizzazione, nel sistema tedesco dottrina e giurisprudenza hanno potuto impiegare gli schemi relativi alla responsabilità precontrattuale formulati da Jhering, pur in assenza di una specifica norma che disciplinasse questa forma di lesione; e ciò estendendo l'operatività della clausola di *Treu und Glauben* prevista nel § 242 BGB per la fase di attuazione dell'obbligazione, la quale dispone che il debitore è tenuto ad effettuare la prestazione così come lo richiedono la buona fede e l'uso comune<sup>27</sup>.

La situazione normativa a questo proposito è mutata, ancora una volta, in occasione della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni entrata in vigore nel 2002.

Con la riforma del BGB sono infatti stati introdotti due commi, il 2 e il 3, al § 311, che hanno innovato il sistema della responsabilità nella fase precontrattuale. Con la novella legislativa citata, infatti, la responsabilità che nasce per violazione del dovere di buona fede nel corso delle trattative precontrattuali trova oggi fondamento in una previsione legislativa esplicita e, quindi, anche l'obbligo della cui violazione la responsabilità costituisce la conseguenza si presenta come "obbligo *ex lege*", che prescinde dalle vicende di un possibile successivo contratto<sup>28</sup>.

Il comma 2 elenca le tre ipotesi che portano alla nascita del rapporto pre-negoziale, in cui si esplica il dovere di comportarsi secondo buona fede<sup>29</sup>; vie-

---

26 Nel caso della culpa in contraendo, gli autori che se ne sono occupati preferiscono parlare di contatto negoziale piuttosto che di semplice contatto sociale; a questo proposito cfr. C.W. CANARIS, *Handelsgesetzbuch: 343-382*, De Gruyter, Berlin, 2004, 71 ss.: "*Es muss deshalb genügen, dass dem Bastätigungsschreiben ein (rechts)geschäftlicher Kontakt vorausgegangen ist*". Sull'affidamento nelle trattative, invece, la giurisprudenza italiana fa riferimento sempre al contatto sociale; a questo proposito cfr. F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *I Contratti*, 2012 fasc. 4, 238 ss.

27 Per una trattazione generale sul tema della clausola di *Treu und Glauben*, cfr. K. SCHELLHAMMER, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: Samt BGB Allgemeiner Teil*, C.F. Muller, Heidelberg, 2008, 598 ss.

28 A questo proposito cfr. M. WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2003, 23 ss.

29 "*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die*

ne determinato cioè il momento a partire dal quale si può affermare la sussistenza di un contatto negoziale fra le parti, le quali appunto cessano di essere estranee per porsi l'una nei confronti dell'altra in una posizione differenziata rispetto alla generalità dei consociati.

Il rapporto può nascere alternativamente o con l'avvio delle trattative, o già prima dell'apertura di esse (ad esempio, qualora la parte che si è recata in un esercizio commerciale aperto al pubblico subisca un danno mentre visiona la merce esposta, ancora prima di intraprendere le trattative con il proprietario o il commesso al fine di decidere se acquistare o meno), oppure infine con contatti negoziali simili, categoria residuale, quest'ultima, nella quale si fanno rientrare tutte le fattispecie che non possono essere ricondotte alle formule precedenti.

Anche in Italia la dottrina è arrivata all'affermazione dell'esistenza di un rapporto obbligatorio ancora prima dell'integrazione delle condizioni previste dalla legge per potersi dire esistente fra le parti l'atto di autonomia privata. In particolare è stato Luigi Mengoni ad affermare che "*l'art. 1337 c.c. ... ha esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle trattative e della formazione del contratto*"<sup>30</sup>. Sulla base di tale affermazione Carlo Castronovo sottolinea come in questo modo Mengoni abbia aperto la strada alla concezione di un rapporto obbligatorio svincolato dall'obbligo primario di prestazione. Infatti, esso esisterebbe già prima del vincolo connesso alla prestazione principale, e questo proprio perché il legislatore ha sancito la vigenza del principio di buona fede nella fase delle trattative: laddove si prescrive alle parti il dovere di comportarsi secondo buona fede nei reciproci rapporti, ciò vuol dire che tali rapporti sono da ritenersi giuridicamente rilevanti e, quindi, già assurti al rango di obbligazione<sup>31</sup>.

Quindi diversi sono i momenti in cui gli obblighi che compongono il rapporto vengono ad esistenza: gli obblighi secondari fin dall'apertura delle trattative, quello primario di prestazione solo in un momento successivo, con la stipulazione del contratto. Va inoltre notato come la ragione di questa diversità

---

*Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte".*

30 Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.

31 Cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 693 ss.; "*la previsione dell'obbligo di buona fede è indice sicuro di un rapporto obbligatorio, non di un rapporto che tale è perché si ponga in vista di un contratto; tanto più che il contratto potrà non essere mai stipulato*".

non può che essere ricercata nel carattere autonomo dei primi nei confronti del secondo, essendo indipendenti non solo dal punto di vista della loro fonte (legislativa e consensuale), ma anche dal punto di vista temporale; infatti, se si ammettesse invece un collegamento funzionale fra la prestazione e il dovere di protezione, si dovrebbe concludere che questo non potrebbe esistere in assenza dell'obbligo principale e, quindi, non verrebbe conferita tutela a quelle situazioni di lesione che accadono prima della stipulazione del contratto.

Affrontando la questione da un punto di vista più generale, va dato atto di come in Italia la natura della responsabilità precontrattuale sia molto discussa<sup>32</sup>. Se parte della dottrina ritiene che si tratti di un *tertium genus* fra le due tradizionali classificazioni di responsabilità<sup>33</sup>, altra parte della dottrina si interroga invece sull'opportunità di ricondurla allo schema contrattuale o a quello extracontrattuale.

Per coloro che affermano la natura comunque contrattuale della responsabilità in questione, la norma che viene in considerazione è pur sempre l'art. 1375 c.c. (esecuzione secondo buona fede), in quanto l'art. 1337 che afferma il principio di buona fede nella fase delle trattative precontrattuali non avrebbe fatto altro che riprodurre il contenuto (anticipando l'applicazione di uno standard di diligenza tipico della vicenda negoziale a una fase – precedente – che comunque al negozio è eziologicamente connessa). I fattori che spingerebbero ad abbracciare questa impostazione sono rinvenibili nel fatto che la lesione avviene nell'ambito di un rapporto fra soggetti determinati che entrano in contatto fra loro e che – quindi – non si pongono come estranei già prima dell'evento che determina la lesione; sono parti, e non terzi, già prima dell'insorgere della responsabilità (ciò in quanto il loro rapporto è già qualificato da un comune in-

---

32 A questo proposito cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, 875 ss. Per un'analisi delle diverse posizioni assunte sulla natura della responsabilità precontrattuale, alla luce sia degli orientamenti dell'ordinamento dell'Unione europea, sia delle soluzioni che sono prevalse in altri ordinamenti, cfr. L. VEDOVATO, *Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004 fasc. 2, 400 ss. Per approfondimenti, in generale, cfr. C. CARNICELLI, *Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione*, in *Giustizia civile*, 2011 fasc. 6, pt. 2, 293 ss.; I. TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004 fasc. 3, 724 ss.

33 Nel senso di ritenere la responsabilità precontrattuale un *tertium genus*, cfr. V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1270 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, 142, 160 ss.

tento negoziale). A tale tesi aderiscono Luigi Mengoni<sup>34</sup>, Claudio Scognamiglio<sup>35</sup> e Francesco Benatti<sup>36</sup>.

Nel senso della responsabilità extracontrattuale è invece da segnalare quella dottrina che sottolinea come l'obbligo di buona fede nelle trattative precontrattuali non sia riferito ad un determinato dovere di prestazione gravante in capo ad una determinata persona, ma sia imposto alla controparte delle trattative al fine di tutelare l'interesse al corretto svolgimento della libertà di contrarre (e non – invece – già l'interesse alla prestazione). In tal senso Vincenzo Roppo<sup>37</sup>, Francesco Gazzoni<sup>38</sup> e Domenico Barbero<sup>39</sup>.

Con riferimento al dato positivo, l'istituto della responsabilità precontrattuale è disciplinato dall'art. 1337 c.c., che afferma come “*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”. La buona fede che viene in considerazione è sempre da intendersi nella sua accezione oggettiva, come dovere di comportarsi secondo correttezza, secondo una formulazione così aperta che consente di ricomprendere al suo interno le ipotesi più diverse (quali ad esempio le trattative non serie<sup>40</sup>, il recesso ingiustificato<sup>41</sup>, o la reticenza<sup>42</sup>).

---

34 Cfr. ancora. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.

35 Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La nuova responsabilità precontrattuale ed il danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 1450 ss; l'a. afferma che “*il modello strutturale di rapporto obbligatorio delineato dall'art. 1174 c.c., e dunque la possibilità che la prestazione, oggetto dell'obbligazione, sia funzionale alla tutela di un interesse non patrimoniale, ben può riferirsi anche a quel particolare rapporto obbligatorio che si costituisce, nella fase delle trattative, a seguito dell'operare della regola di buona fede*”.

36 Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.

37 Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

38 Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

39 Cfr. D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, UTET, Torino, 1993.; inoltre cfr. N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008, 120 ss.

40 Le trattative si dicono non serie quando la parte fin dal principio non ha l'intenzione di concludere il contratto; tale atteggiamento può essere giustificato anche da fini ulteriori, quale quello di disturbare le trattative intraprese con un altro soggetto, oppure quello di ricavare informazioni.

41 Si ha recesso ingiustificato quando la parte interrompe le trattative dopo aver ingenerato nella controparte un legittimo affidamento, determinando così a carico di questa un danno (ad esempio perché in questo modo ha trascurato altre opportunità di con-

Il successivo art. 1338 c.c. riporta però un'ulteriore fattispecie specifica che – autonomamente – dà origine a responsabilità, rispecchiando l'ipotesi messa in luce dalle riflessioni di Rudolf von Jhering prima citate. Si dispone infatti come

*“la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”.*

A riguardo va notato che la norma pone a carico del soggetto non solo un obbligo di comunicazione di tali cause di invalidità, ma anche l'obbligo di attivarsi per acquisire informazioni in merito alla possibile esistenza di esse. Ciò perché il dovere di correttezza nelle trattative precontrattuali non può ridursi all'obbligo della parte di astenersi dal provocare danni alla controparte; al contrario – se richiesto dalle circostanze – la parte deve anche attivarsi affinché tali danni possano essere evitati, anche qualora non sarebbero direttamente provocati da un proprio comportamento positivo<sup>43</sup>.

A conclusione delle osservazioni svolte in questo paragrafo, si può quindi osservare come la categoria della responsabilità precontrattuale sia funzionale ad una migliore comprensione dell'istituto degli obblighi di protezione e del suo carattere autonomo.

La responsabilità precontrattuale si configura come l'estrinsecazione positiva nella fase delle trattative della figura dogmatica generale degli obblighi di protezione, quando un contratto ancora non è stato stipulato. La struttura e la *ratio* di tutela è infatti la medesima: in capo alle parti (del contratto o delle trattative) è posto il dovere di comportarsi secondo buona fede, al fine di tutelare l'interesse della controparte a non subire danni alla propria sfera giuridica soggettiva. E tale dovere sussiste indipendentemente dall'esistenza di un rapporto obbligatorio su cui esso possa innestarsi, così che quindi si può affermare come la figura della *culpa in contrahendo* sia sovrapponibile a quella degli obblighi di protezione in tutti i casi in cui appunto il contratto non sia ancora stato ancora stipulato, ma vi sia stato un contatto tra i soggetti connotato da una

---

cludere un contratto, o perché ha posto in essere delle attività finalizzate alla conclusione e allo svolgimento del contratto, come richiedere delle consulenze).

42 Si ha reticenza quando la parte ritarda la conclusione del contratto oppure omette di fornire alla controparte informazioni rilevanti in merito a questo.

43 Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1955, 84 ss.; *“nelle trattative precontrattuali il comportamento secondo correttezza richiede non semplicemente un comportamento negativo, in quanto esso spesso si concreta in doveri positivi di lealtà, chiarimento e informazione verso la controparte”.*

comune volontà negoziale, dal quale gli interessi di entrambi emergono quali – appunto – meritevoli di protezione.

5. *Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht. Teoria del contatto sociale*

Grazie alla constatazione per cui gli obblighi di protezione si delineano come autonomi rispetto all'obbligo principale di prestazione, la dottrina tedesca ha elaborato la definizione *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* per indicare le ipotesi nelle quali essi sorgono, a prescindere dall'esistenza di un vincolo diretto alla realizzazione della prestazione<sup>44</sup>.

Si può prendere in considerazione a proposito il caso appena visto della responsabilità precontrattuale, nella quale per definizione fra le parti non si è ancora instaurato alcun tipo di rapporto cui gli obblighi di protezione dovrebbero affiancarsi. È possibile rinvenire la medesima situazione nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un rapporto obbligatorio nullo, e quindi inesistente *ab origine* fra le parti<sup>45</sup>; qualora però a tale rapporto si sia cominciato a dare attuazione e – in occasione di tale attività – si siano verificati danni ad una delle parti, attraverso la teoria del *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* sarà possibile attrarre la relativa responsabilità nell'alveo di quella contrattuale, negando che si tratti di

---

44 L'espressione è riconducibile a K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, 100 ss. Riferendosi alle trattative precontrattuali, l'A. sosteneva che "*der Grund dafür liegt darin, dass derjenige, der mit einem anderen geschäftliche Beziehungen aufnimmt, regelmässig erwartet, es mit einem redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben, und dass diese allgemeine Redlichkeitserwartung den Schutz der Rechtsordnung verdient, weil ohne sie ein reibungsloser Geschäftsverkehr nicht möglich wäre*". L'A. prosegue affermando che tale situazione di affidamento può sussistere anche in altre circostanze: "*Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen der eine dem anderen aufgrund besonderer Umstände ein gesteigertes Vertrauen entgegen bringt; ein solches Vertrauen kann denjenigen, der es geweckt hat oder in Anspruch nimmt, zu erhöhter Sorgfalt oder Loyalität verpflichten*".

45 Le cause di nullità del contratto sono disciplinate dall'art. 1418 c.c.; si tratta delle ipotesi di contrarietà a norme imperative, mancanza di un requisito essenziale ex art. 1325 c.c., illiceità della causa e gli altri casi stabiliti dalla legge. In presenza di un contratto nullo questi non produrrà i propri effetti, e la realtà giuridica non potrà quindi essere modificata; in tal modo è come se l'atto non fosse mai venuto ad esistenza. In merito alla nullità del contratto, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 733 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008.



un'ipotesi di illecito aquiliano verificatosi fra due soggetti estranei<sup>46</sup>.

Al di là delle elaborazioni della dottrina tedesca, anche in Italia alcuni autori si sono occupati di questo tema, cercando di stabilire se l'ambito di applicazione della figura delle obbligazioni senza obbligo primario di prestazione conosca ipotesi diverse da quella della *culpa in contrahendo* (terreno sul quale si è in principio sviluppata la teoria in analisi).

L'autore che maggiormente ha trattato l'argomento è Carlo Castronovo, il quale ha osservato che anche in altri contesti può dirsi sussistente quella situazione di affidamento che sorge nel corso delle trattative precontrattuali, e che può essere definita come

*"l'aspettativa del comportarsi di un soggetto determinato secondo i dettami della diligenza, prudenza, perizia nelle condotte che possono risultare lesive delle situazione soggettive altrui"*<sup>47</sup>.

Si intende cioè che in presenza di una tale situazione il comportamento della controparte assume concreta rilevanza, benché non sia oggetto di alcun dovere specifico pattuito a favore dell'altra parte; e ciò in quanto il contesto all'interno del quale le parti operano fa sì che esse entrino in contatto e si aspettino reciprocamente che il comportamento dell'una non rechi danno all'altra. Tale aspettativa assume valenza giuridica per il tramite della clausola generale di buona fede, che si è vista essere espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale<sup>48</sup>.

Partendo dalle considerazioni svolte da questo autore, sembra quindi che sia possibile affermare in via generale che gli obblighi di protezione sono invocabili, pur in assenza di un rapporto obbligatorio sottostante, ogniqualvolta ci si trovi in presenza di una situazione di affidamento la quale – per il tramite del combinato disposto degli artt. 1337 e 1173 c.c. (trattative precontrattuali e fonti delle obbligazioni) – assurga a rilevanza giuridica. La portata del principio di

---

46 Per quanto attiene alle problematiche ricollegate all'attuazione di un contratto rivelatosi poi invalido, cfr. D. MAFFEIS, *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizione*, in *Rivista di diritto privato*, 2001 fasc. 3, 653 ss. In generale, cfr. S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fatti-specie giuridica*, Cedam, Padova, 1995.

47 Cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 679 ss.; dello stesso Autore cfr. anche *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 441 ss.

48 Per una trattazione in prospettiva comparata della tematica dell'affidamento, cfr. L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento fra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

buona fede oggettiva viene così estesa al di fuori della fase delle trattative contrattuali e, in tale disposizione, si rinviene quindi la base legislativa che consente di affermare l'insorgere di un'obbligazione in virtù della terza categoria di fonti elencata nell'art. 1173 c.c.: “ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico”<sup>49</sup>.

Se nel corso delle trattative precontrattuali è possibile parlare di contatto negoziale, in quanto le parti intraprendono un reciproco scambio di proposte al fine di raggiungere la stipulazione di un contratto e quindi al fine di porre in essere fra di loro un negozio giuridico, al di fuori di queste ipotesi – invece – il contatto che viene a stabilirsi fra due soggetti potrà essere definito solo come “contatto sociale”, perché non accompagnato dall'intento delle parti di vincolarsi attraverso un rapporto obbligatorio<sup>50</sup>. Il contatto sociale in questione sarà comunque sufficiente affinché nei reciproci rapporti trovi applicazione la regola generale del comportamento secondo buona fede e affinché si ingeneri quel legittimo affidamento che giustifica la tutela in via contrattuale della parte lesa<sup>51</sup>.

Il problema è stato quindi quello di determinare in quali situazioni ci si potesse trovare di fronte ad un legittimo affidamento tutelato attraverso la figura degli obblighi di protezione nella loro particolare veste di *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*.

L'applicabilità della figura del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione è stata vagliata in relazione a diverse ipotesi in cui sarebbe possibile rinvenire un tale affidamento in capo ad un soggetto al di fuori di un rapporto contrattuale in corso, la definizione della ricorrenza o meno di un affidamento giuridicamente qualificabile ponendosi come il punto nodale dell'istituto. Accennando un'elencazione esemplificativa, si può osservare che i principali campi di applicazione sono stati: l'attività di informazione svolta

---

49 In merito alla questione se il contatto sociale possa essere considerato fonte di obbligazione sulla base dell'inciso finale dell'art. 1173 c.c., cfr. A. GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 2012 fasc. 10, 933 ss.

50 Tra la numerosa letteratura in tema di contatto sociale si segnalano A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2012; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004; quest'ultimo sottolinea come la figura della responsabilità da contatto sociale sia stata impiegata soprattutto in quei settori nei quali è discussa la natura della responsabilità “per il suo trovarsi in un'area di interferenza fr il contratto ed il fatto illecito”.

51 Per un approfondimento in merito al passaggio “dall'obbligazione come rapporto a struttura complessa al suo modularsi come rapporto senza prestazione”, cfr. L. GAROFALO (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, vol. III, Cedam, Padova, 2008, 3 ss.

dal professionista al di fuori dell'adempimento di una specifica prestazione; il danno cagionato al paziente da parte di un medico dipendente di una struttura sanitaria; la responsabilità dell'insegnante, dipendente scolastico, rispetto al danno subito dall'alunno; la responsabilità della pubblica amministrazione<sup>52</sup>.

Si nota come in tutti questi casi la situazione di affidamento è accompagnata dalla presenza di determinate competenze professionali in capo ad una delle parti; infatti, è possibile affermare che è proprio tale fattore a motivare l'insorgere di un legittimo affidamento nella controparte, non essendo possibile salvaguardare qualunque affidamento a prescindere da un minimo fattore legittimante di questo<sup>53</sup>.

All'elaborazione fin qui esposta, frutto della ricezione ad opera di Castrovovo delle dottrine tedesche in materia di *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* e alla quale è stato dato seguito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, non sono però mancate delle critiche, che ne evidenziano la presunta carenza dal punto di vista giuridico. Luigi Lambo sottolinea che

*“il vizio di fondo di questa tesi è l'assenza di un valido fondamento giuridico per ipotizzare obblighi di protezione quando si è fuori dall'ambito dell'attività finalizzata alla conclusione di un contratto o all'attuazione di un obbligo di prestazione”;*

dove per fondamento giuridico si intende una fonte che giustifichi formalmente l'affermazione di responsabilità a carico della parte<sup>54</sup>.

Il punto debole di questa teoria sarebbe pertanto rinvenibile proprio nel dato normativo che viene richiamato per giustificare la presenza di un obbligo di buona fede, laddove le parti non sono né legate da un rapporto obbligatorio, né

---

52 Per un'analisi più approfondita di tali fattispecie e della relativa casistica, si rinvia al successivo capitolo IV, sezione I. Si segnala fin d'ora, con particolare riferimento alla responsabilità della Pubblica amministrazione da contatto sociale qualificato, cfr. F. CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Giuffrè, Milano, 2011, 127 ss.; F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *I Contratti*, 2012, fasc. 4, 238 ss., nota a Cass. sez. I civ. 20 dicembre 2011, n. 27648.

53 Molto chiaro al riguardo è S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Utet, Torino, Appendice di aggiornamento V, 346 ss.: *“Il modello del rapporto obbligatorio senza prestazione può quindi trovare valido impiego ogniqualvolta vi sia un «contatto sociale» tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, che sia caratterizzato, come avviene nelle trattative negoziali, dell'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità, in funzione della quale si determinano obblighi di correttezza o di protezione verso chi ha riposto nello status una ragionevole fiducia”.*

54 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Ceadm, Padova, 2007, 385 ss.

intendono esserlo per il futuro. L'autore nega cioè che l'art. 1337 c.c. possa considerarsi valido al di fuori dell'ambito delle trattative negoziali e rinviene la conferma della sua affermazione nella parole di Mengoni che – invece – Castronovo aveva impiegato proprio per avvalorare la propria teoria.

Mengoni aveva affermato che “*l'art. 1337 c.c. .. ha esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle trattative e della formazione del contratto*”<sup>55</sup>. Se Castronovo sottolinea come in questo modo si voleva sancire la vigenza del principio della buona fede nella fase delle trattative e – quindi – l'esistenza di un rapporto obbligatorio ancora prima della stipulazione di un obbligo primario di prestazione<sup>56</sup>, per Lambo la formula impiegata da Mengoni (ed in particolare il termine “*esteso*”) significherebbe che il legislatore aveva inteso semplicemente conferire al dovere di buona fede vigente nel contesto delle trattative precontrattuali la medesima natura di quello sancito dall'art. 1175 c.c., e nulla di più<sup>57</sup>.

In conclusione, sembra potersi affermare che il tema degli obblighi di protezione – nonostante le discussioni ancora aperte in materia – trovi nella figura del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione un'importante conferma in relazione alla loro configurazione come situazioni autonome rispetto alle vicende della prestazione cui il vincolo obbligatorio è preordinato.

Se dal punto di vista sistematico l'analisi svolta dalla dottrina tedesca prima, e da Castronovo poi, ha comportato notevoli sviluppi nell'elaborazione concettuale degli *Schutzpflichten*, sembra però necessario notare come il criterio del contatto sociale così come è stato finora formulato presti il fianco alle obiezioni in tema di certezza delle situazioni giuridiche. Si osservi comunque come gli sforzi di dottrina e giurisprudenza sono convergenti nella direzione di tracciare una sicura linea di confine fra quelle situazioni che fondatamente possono portare ad un legittimo affidamento nella controparte e quelle che – invece – si collocano sul piano dei rapporti meramente sociali (che nulla hanno

---

55 Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.

56 Cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 693 ss.

57 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 385 ss; “*con questo rilievo l'autorevole giurista aveva messo in evidenza lo stretto legame esistente tra questa disposizione (art. 1337 c.c.) e la regola generale dell'art. 1175 c.c., legame che si esprime sia come identità di obblighi scaturenti dall'una e dall'altra norma, sia come intrinseca affinità tra le due fattispecie assoggettate alla buona fede oggettiva*”. L'A. sembrerebbe così voler piuttosto rinserrare il legame della buona fede con il rapporto obbligatorio, piuttosto che separarne le strade (come invece intende la teoria del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione).

a che vedere con il diritto, se non qualificabili – sulla base di parametri normativi – come meritevole di una tutela specifica)<sup>58</sup>.

#### 6. *Il danno risarcibile: Enumerationsprinzip e danno meramente patrimoniale*

Rimane aperta un'ultima questione, già parzialmente affrontata nel corso della trattazione precedente, ma sulla quale sono opportune delle precisazioni. Si tratta in particolare della risarcibilità del danno meramente patrimoniale, rispetto al quale la questione qui rilevante è quella di verificare se lo strumento per ammetterne l'indennizzo di tale tipo di perdita sia costituito proprio dalla figura degli obblighi di protezione.

Si può definire danno meramente patrimoniale quella categoria di passività che si verifica indipendentemente dal pregiudizio subito da un'entità materiale, quale un bene o la persona del danneggiato<sup>59</sup>; manca quindi – a caratterizzare questa figura e a renderla problematica – una lesione che sia la causa della diminuzione del valore del patrimonio della parte. Un esempio emblematico può essere quello del soggetto che, a seguito delle informazioni errate fornite dalla controparte, venda una porzione del proprio patrimonio per un prezzo irrisorio, che determina una diminuzione consistente della propria capacità economica. In questo caso, infatti, il carattere puramente economico della perdita consiste nel fatto che il bene in sé considerato come entità materiale non subisce alcun danno, ma è solo la sua valutazione in termini monetari a risultare pregiudizievole della sfera complessiva delle attività e passività del soggetto.

Una volta chiarito in cosa può consistere il danno meramente patrimoniale, si può ulteriormente procedere ad esaminare le condizioni in base alle quali esso non può essere ricondotto nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.

Come si è visto nella precedente sezione I, in Germania vige il c.d. *Enumerationsprinzip* (principio di enumerazione) in base al quale solo le tipologie di danno espressamente previste per via normativa possono dar luogo al risarci-

---

58 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 385 ss., il quale solleva le maggiori perplessità in relazione alle informazioni date come libero consiglio professionale al di fuori di un ambito di lavoro.

59 Cfr. M. MAGGIOLÒ, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2003; “dal fatto che la diminuzione di valore del patrimonio ha luogo senza che un bene materiale sia stato distrutto, oppure deteriorato, e altresì senza che il soggetto danneggiato abbia patito un danno alla persona”.

mento della perdita<sup>60</sup>. Il BGB basa l'intero sistema della responsabilità civile su tre norme, contenute nel titolo dedicato alle *Unerlaubte Handlungen*, rispettivamente nei §§ 823<sup>1</sup>, 823<sup>2</sup> e 826; tale tripartizione esaurisce i casi in cui il soggetto può essere chiamato a rispondere del danno cagionato per proprio comportamento illecito doloso o colposo. Si tratta – come si era detto – delle lesioni ai diritti assoluti, delle violazioni di leggi che mirano alla tutela del terzo e della violazione del buon costume. In tale sistema non viene invece disciplinata una compiuta forma di tutela per la lesione che si estrinsechi in un danno meramente patrimoniale, *reine Vermoegensschaeden*, se non qualora esso sia riconducibile alla lesione di un diritto assoluto rientrante nella prima categoria<sup>61</sup>.

È anche questa, quindi, una delle ragioni che hanno portato la dottrina tedesca all'elaborazione della figura degli obblighi di protezione, ammettendo che con questi si potesse risarcire una tale perdita. L'irrisarcibilità dei danni meramente patrimoniali secondo gli schemi aquiliani recepiti dal BGB ha cioè reso necessaria – transitoriamente – la figura dell'obbligo di protezione, quale modello le cui potenzialità di circolazione per questa ulteriore esigenza vanno quindi verificate alla luce del trattamento cui le lesioni di carattere esclusivamente economico sono soggette nel nostro ordinamento.

Ed infatti, anche nell'ordinamento italiano – che invece presenta una norma di portata generale disciplinante la tutela aquiliana – le difficoltà di tutela in tali casi si pongono ugualmente, in quanto sono numerose le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali che negano (o hanno negato in passato) l'ingiustizia del danno in ipotesi di danno meramente patrimoniale<sup>62</sup>; ciò perché il sistema non conoscerebbe un diritto al patrimonio, e quello così invocato non sarebbe quindi un interesse giuridicamente rilevante<sup>63</sup>.

---

60 Sempre L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, evidenzia come una clausola generale avrebbe comportato l'apertura “*delle porte della responsabilità civile ad un incontrollabile e pericoloso numero di pretese*”, il che sarebbe stato profondamente in contrasto con l'impostazione data dal legislatore al *Deliktsrecht*, fermamente orientata nel senso di un liberalismo economico che garantisse la libertà di azione di ogni persona.

61 Cfr S. MENTSCHIKOFF, E. VON CAEMMERER, K. ZWEIGERT, *Ius privatum gentium, Festschrift fur Max Rheinstein*, Band II, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1969, 672 ss.

62 Cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2003, 221 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, Cedam, Padova, 1998, 37 ss.

63 Cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2003, 64 ss.; G. SEBASTIO, *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, UTET, Torino, 2005.

Tale categoria di danni sembrerebbe così dover rimanere scoperta qualora si seguano le tradizionali impostazioni sistematiche, che, da un lato, vedono la responsabilità extracontrattuale operare solo ove il danno si verifichi al di fuori di un precedente rapporto obbligatorio fra le parti e, dall'altro, ritengono la responsabilità contrattuale poter agire solo come rimedio all'inadempimento contrattuale strettamente inteso. Il danno meramente patrimoniale, come si è visto, sfugge alla categoria dei danni risarcibili per via aquiliana e, d'altra parte, le parti in questione non sono certamente vincolate fra di loro da un contratto.

Anche nell'ordinamento italiano viene allora in considerazione, quale possibile soluzione alla mancanza di tutela avverso danni meramente patrimoniali, la teoria degli obblighi di protezione (e la relativa elaborazione in materia di rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione come fondamento giuridico); ciò, ancora una volta, attraverso la clausola generale di buona fede, che permette di impiegare la tutela tipica della responsabilità contrattuale anche per il danno meramente patrimoniale<sup>64</sup>.

Si può affermare cioè che la situazione di affidamento ingenerata nella controparte è idonea a giustificare anche il risarcimento di un danno meramente patrimoniale; ciò perché se si sostiene la vigenza fra le parti di un rapporto obbligatorio (benché, appunto, senza prestazione), a tale rapporto andranno applicate tutte le disposizioni ad esso relative, comprese quelle in tema di risarcimento del danno; si può così superare la limitazione imposta nel campo della responsabilità extracontrattuale, in quanto in quella per inadempimento non si sollevano le medesime perplessità in merito al danno risarcibile che escludano il danno meramente patrimoniale.

Anche questo profilo, in conclusione, sembra evidenziare il carattere autonomo degli obblighi di protezione, in quanto il danno non riguarda l'obbligo principale di prestazione e può quindi investire anche diverse situazioni giuridiche soggettive della parte; tali situazioni possono essere le più diverse e, separando le loro vicende da quelle della prestazione, esse non soggiacciono alle limitazioni imposte per la risarcibilità dei danni affermate nel campo della responsabilità per inadempimento ed in quello della responsabilità aquiliana.

---

64 Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 507 ss.





## CAPITOLO II: OBBLIGHI DI PROTEZIONE E TERZI

SOMMARIO: 1. Premessa: gli scopi dello studio degli obblighi di protezione in riferimento a soggetti terzi. 2. In quali ipotesi il terzo può essere toccato dagli effetti di un contratto. 2.1. Perché è necessario prendere in considerazione anche i terzi in riferimento allo svolgersi degli effetti di un contratto. 2.2. I tipi di effetti che possono riguardare il terzo: positivi e negativi. 3. Possibili mezzi di tutela del terzo nell'ipotesi in cui questi venga danneggiato dallo svolgimento di un contratto *inter alios*. 3.1. La soluzione extracontrattuale: il caso del Regno Unito. 3.2. La soluzione contrattuale. 4. I vantaggi per il terzo offerti dall'accoglimento della tesi degli obblighi di protezione anche nei suoi confronti. 4.1. Il particolare contesto normativo all'interno del quale si è sviluppata la teoria degli obblighi di protezione in Germania. 4.2. Differenze di disciplina fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che portano a preferire la prima. 5. La ricerca di un fondamento giuridico che consenta l'estensione degli obblighi di protezione a soggetti diversi dalle parti contraenti. 5.1. Il contratto. 5.1.1. Il contratto a favore di terzo. 5.1.2. Interpretazione integrativa del contratto. 5.1.3. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. 5.1.4. Conclusioni: il mancato superamento dei limiti che la ricostruzione in chiave contrattuale degli obblighi di protezione in riferimento ai terzi può presentare. 5.2. Il superamento del principio della relatività degli effetti del contratto attraverso la giurisprudenza e le relative critiche. 5.3. Il fondamento legislativo degli obblighi di protezione: principio di buona fede e principio costituzionale di solidarietà sociale. 5.4. Conclusioni: conferma del carattere autonomo degli obblighi di protezione rispetto al regolamento contrattuale. La confutazione attraverso i casi del contratto nullo, delle trattative precontrattuali e delle obbligazioni *ex lege*. 6. Il problema dell'individuazione di quali terzi debbano essere tutelati. 6.1. Premessa: la necessità di un rapporto qualificato del terzo con la parte del negozio. 6.2. L'individuazione ad opera della parte: critiche. 6.3.1. La ricerca di criteri materiali di individuazione del terzo. 6.3.2. Conclusioni. 6.4. Casistica: l'esempio dei doveri di protezione conseguenti al contratto ginecologico 7. Natura e quantificazione del danno risarcibile. 8. Conclusioni: l'esclusione del fondamento contrattuale degli obblighi di protezione e gli argomenti a favore di un'estensione degli obblighi di protezione anche ai terzi.

### *1. Premessa: gli scopi dello studio degli obblighi di protezione in riferimento a soggetti terzi*

La trattazione dell'istituto degli obblighi di protezione anche con riguardo ai terzi consente di avvalorare la tesi per cui essi si configurerebbero come auto-

nomi rispetto al regolamento contrattuale<sup>1</sup>.

L'esito dello sforzo dottrinale e giurisprudenziale di giustificare l'estensione di una tutela di tipo contrattuale a soggetti che parte del contratto non sono, infatti, è stato nel senso dell'impossibilità di trovare nell'accordo stipulato fra le parti contraenti il fondamento degli obblighi di protezione. Gli ostacoli che si pongono su questa strada sono costituiti, da una parte, dal principio di relatività degli effetti contrattuali<sup>2</sup> e, dall'altra, dall'impossibilità di ritrovare una lacuna all'interno del contratto che possa giustificare l'impiego di un'interpretazione integrativa dello stesso per fare in modo che sia la stessa volontà delle parti a determinare la tutela anche dei soggetti terzi<sup>3</sup>.

Sorge allora l'esigenza di individuare quale sia il fondamento giuridico degli obblighi di protezione in riferimento al terzo e, nell'ambito di tale ricerca, diventa necessario interrogarsi sulla natura degli obblighi di protezione in generale.

Infatti, se si afferma che fra le parti tali obblighi nascono dal contratto (in quanto accessori e collegati alla prestazione principale), ne consegue che non ci sarebbe modo di estenderli anche a terzi diversi dai contraenti<sup>4</sup>; e ciò in virtù della norma contenuta nell'art. 1372 c.c., per cui "*il contratto ha forza di legge fra le parti*", clausola che nulla dice a proposito di una possibile efficacia nei confronti di altri soggetti, dal che si dedurrebbe la vigenza nell'ordinamento di un principio di relatività degli effetti del contratto.

Al contrario, fondando gli obblighi di protezione riferiti ai terzi su una fonte diversa rispetto a quella contrattuale<sup>5</sup>, non si pongono problemi per la loro

---

1 Per la definizione dell'ipotesi dell'autonomia degli obblighi di protezione, cfr. quanto esposto in premessa (*supra* introduzione a pag. 1).

2 Si tratta di un principio proprio sia dell'ordinamento italiano che di quello inglese (*privity of contract*) e francese: lo stesso Domat aveva sostenuto che "*comme les conventions se forment par le consentement, personne ne peut en faire pour un autre, s'il n'a pouvoir de lui; et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tiers personne*"; tale affermazione è cristallizzata nell'articolo 1165 del code civil: "*les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*", per cui – come avviene in Italia – solo la figura del contratto a favore di terzi è legittimata a produrre effetti (favorevoli) nei confronti del terzo. In Germania il *Vertragsprinzip* è affermato nel § 305 BGB.

3 A questo proposito, cfr. successivamente il paragrafo 5.1.2.

4 Sul carattere relativo delle obbligazioni contrattuali cfr. F. GALGANO, G. VISINTINI, *Art. 1372-1405 cod. civ., Effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, , Zanichelli, Bologna 1993, vol. XXXIV, 388 ss.

5 Cfr. il paragrafo 5.3 di questo capitolo.

ammissibilità; a fronte dei principi dell'ordinamento in tema di effetti del negozio, infatti, questo diverso fondamento permette di estendere gli obblighi di protezione che afferiscono alle parti del rapporto oltre la sfera soggettiva del contratto, così da confermare la loro natura autonoma rispetto alla pattuizione della prestazione.

Sulla base di tale rilievo, la conclusione sembra debba essere nel senso di ritenere che gli obblighi di protezione – a prescindere da quali siano i soggetti da tutelare – debbano avere un fondamento unitario; fondamento che vada oltre il contratto e che sia da esso, appunto, autonomo. Qualora non si ammettesse l'esistenza di un tale fondamento, sarebbe necessario vagliare la possibile operatività di tali obblighi direttamente verso i terzi, andando a coinvolgere apertamente la problematica degli effetti del contratto.

Prima di proseguire è necessaria una precisazione di ordine metodologico. Il problema dell'estensione della tutela offerta dagli obblighi di protezione anche ai terzi verrà affrontato principalmente in relazione ai rapporti di origine contrattuale e ciò in quanto questo è stato l'ambito che ha posto i maggiori problemi di ammissibilità di tale figura. Solo in conclusione della trattazione si prenderanno in considerazione anche altre fonti di obbligazione, per ricercare una conferma ulteriore al ragionamento svolto in tema di contratto e di autonomia degli obblighi di protezione rispetto allo stesso.

## 2. *In quali ipotesi il terzo può essere toccato dagli effetti di un contratto*

### 2.1. *Perché è necessario prendere in considerazione anche i terzi in riferimento allo svolgersi degli effetti di un contratto*

Una tappa obbligata nell'elaborazione del ragionamento sul rapporto tra obblighi di protezione e terzi, è rappresentata dall'esigenza di chiarire perché – trattando di contratto – possano e debbano venire in considerazione anche dei soggetti estranei alla pattuizione, i quali per definizione non sono parti del rapporto e quindi dovrebbero essere estranei e indifferenti al suo svolgimento<sup>6</sup>.

Il contratto è l'atto di autonomia privata con il quale le parti si accordano per regolare i propri interessi patrimoniali reciproci: l'ordinamento pone a di-

---

6 Si fa riferimento al tema della relatività del rapporto contrattuale, come fattispecie originata dalla pattuizione bi- o multilaterale, escludente l'efficacia rispetto a soggetti che non dispongono con atto di volontà delle proprie situazioni giuridiche soggettive; sul valore del rapporto come atto di disposizione, privo di efficacia *ultra partes*, cfr. ad esempio A. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002.

sposizione dei privati uno strumento con il quale essi possono dare attuazione, sul piano giuridico, alle proprie valutazioni concernenti i rapporti con la controparte<sup>7</sup>.

Per sua natura – quindi – il contratto è atto bilaterale o plurilaterale, che coinvolge nella propria struttura più soggetti-parte, e solo tali soggetti possono – attraverso l'accordo reciproco – determinare il contenuto dell'atto. La figura del "terzo", alla luce di ciò, si pone come categoria residuale, potendo definirsi tale chiunque si ponga in relazione al contratto come soggetto che non è parte.

Si evince allora come il contratto costituisca uno strumento principalmente inteso a dare attuazione all'assetto negoziale deciso dalle parti, in relazione ai reciproci rapporti giuridici patrimoniali: è l'atto di autoregolamentazione con il quale la parte dispone dei diritti e degli obblighi relativi alla propria sfera giuridica.

Infatti, il principio di autonomia negoziale può essere inteso secondo due prospettive, una negativa e una positiva<sup>8</sup>.

Rispettivamente si osserva come, da un lato, si tutelino i privati dall'intromissione di terzi nella propria sfera giuridica, impedendo che sia un soggetto esterno a poter determinare delle modificazioni delle posizioni soggettive delle parti, sia conferendo doveri che diritti; una parte modifica la propria sfera soggettiva solo attraverso l'accordo con la controparte.

---

7 Sulla nozione di contratto, contenuta nell'art 1321 cc, si rinvia per ulteriori riferimenti a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, 775 ss.: l'A. colloca l'analisi all'interno di un discorso più ampio, che coinvolge la Carta costituzionale; lontano da una visione ottocentesca della libertà dell'individuo come incoercibile strumento a servizio dell'iniziativa economica privata, si sottolinea comunque come essa possa essere limitata solo per garantire interessi più vasti sanciti dalla Costituzione stessa. A questo proposito cfr. anche R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, 846 ss., che rinviene il fondamento dell'autonomia contrattuale nell'art 41 Cost., che riconosce e garantisce la libertà di iniziativa economica privata. Questi riferimenti al fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale si rivelano funzionali – a sostegno della tesi – per evidenziare come il problema degli obblighi di protezione in riferimento ai terzi coinvolga considerazioni di bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti. L'interesse alla tutela del terzo deve essere costituzionalmente apprezzabile per giustificare il sacrificio dell'autonomia contrattuale che viene di fatto limitata.

8 A questo proposito, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 35 ss; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, 779 ss.

D'altro lato, l'autonomia si declina nell'esperienza privatistica occidentale (e europea in particolare) come libertà delle parti riguardo la decisione di concludere o meno il contratto e di quali contenuti darvi; cioè, nel momento in cui la parte decide di stipulare un contratto, è essa stessa – e sola, assieme alla controparte – a poter determinare i contenuti del regolamento negoziale che andrà poi ad incidere sulla propria sfera giuridica<sup>9</sup>.

E' anche vero, però, che non è possibile che il contratto (o per lo meno la prestazione in esso prevista) si attui come in una bolla, in modo separato dall'ambiente esterno. Anzi, spesso l'esecuzione del contratto (o l'esplicazione dei suoi effetti) si svolge in un contesto economico-sociale dove può entrare in rapporto con soggetti diversi da quelli che hanno posto in essere il regolamento contrattuale e che in vario modo possono essere interessati al suo sviluppo<sup>10</sup>.

Anche se sul piano teorico la questione si presenta come secondaria rispetto alla comunque impregiudicata relatività degli effetti del contratto, in concreto – sul piano pratico – l'evenienza descritta è tutt'altro che rara e pone numerosi problemi applicativi.

## 2.2. *I tipi di effetti che possono riguardare il terzo: positivi e negativi*

Il terzo può venire toccato dagli effetti di un contratto in due diversi ordini di casi, distinti ed opposti.

In primo luogo, il contratto stipulato dalle parti può produrre effetti favorevoli nei confronti del terzo. Ciò – in particolare – è riscontrabile in modo immediato nel caso emblematico del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.)<sup>11</sup>. In questa figura negoziale due soggetti, i contraenti, si accordano affinché la prestazione venga eseguita nei confronti di un terzo, il quale è legittimato a richiedere l'adempimento a suo favore e a far valere alcuni rimedi contrattuali

---

9 In materia di autonomia contrattuale in prospettiva europea e di evoluzione concettuale dell'istituto nella *Western legal tradition*, cfr. G. SICCHIERO (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2005; A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Giappichelli, Torino, 2007; A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale: aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Giuffrè, Milano, 2000.

10 Sulla relazione tra regolamento contrattuale e realtà economico-sociale di riferimento, cfr. G. DE GEEST (a cura di), *Contract Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics*, vol. VI, Elgar, Cheltenham, 2011.

11 Nell'ordinamento tedesco, la norma di riferimento per l'istituto del contratto a favore di terzo è il § 328 BGB.

a tutela del diritto acquisito; perciò, in caso di inadempimento dell'obligato, ci si troverà di fronte ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale<sup>12</sup>.

Peraltro, il terzo è tutelato attraverso gli strumenti messi a disposizione dal regime della responsabilità contrattuale non solo nel caso di inadempimento della prestazione, ma tali mezzi si estendono a suo beneficio anche in ipotesi di lesioni avvenute in occasione dello svolgimento del rapporto, proprio come per le parti di un contratto. Avvantaggiandosi della tutela data dalla responsabilità per inadempimento, sembra logicamente necessario che il soggetto beneficiario della prestazione ricada anche nell'ambito di tutela offerta dagli obblighi di protezione<sup>13</sup>.

E' necessario precisare che il terzo è (e resta) pur sempre terzo, cioè estraneo alla pattuizione. Infatti, bisogna prestare la dovuta attenzione nel distinguere le due posizioni di titolarità che vengono in rilievo all'interno della figura contrattuale in esame. Una cosa è la titolarità del diritto, che è pacificamente in capo al terzo, altra cosa è la titolarità del rapporto contrattuale, rispetto al quale le parti restano quelle che hanno raggiunto l'accordo (mentre il terzo, a favore del quale è prevista la prestazione, nemmeno con l'accettazione<sup>14</sup> diventa parte del contratto).

---

12 Sul tema del contratto a favore di terzo cfr. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 59 ss.; G. LO SCHIAVO, A. MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, Giuffrè, Milano; S. NARDI, *Sul contratto a favore di terzi*, in *Studium iuris* 2009, fasc. 2, 134 ss. Per riferimenti specifici al contenuto della stipulazione come diritto e non mero vantaggio economico per il terzo, cfr. A. PALAZZO, *Contratto a favore di terzo e per persona da nominare*, in *Rivista di diritto civile*, 1991 fasc. 2, 177 ss. Per una ulteriore trattazione generale, attenta anche ai requisiti del contratto a favore del terzo (sub specie di interesse dello stipulante, rilevante come tratto unificante anche negli obblighi di protezione), cfr. G. TRIMARCHI, *Il contratto a favore del terzo*, in *Notariato*, 2000 fasc. 6, 576 ss.

13 L'estensione della tutela offerta dagli obblighi di protezione al terzo si profilerebbe quindi nel contesto del contratto a favore di terzi come conseguenza dell'inclusione di tale soggetto fra i beneficiari della tutela da responsabilità per inadempimento, cioè, parificando il terzo alle altre parti del rapporto; su tale profilo, si consentirebbe di qualificarlo come una quasi-parte e, come tale, sarebbe possibile estendergli l'intero regime applicabile alle normali parti del rapporto (obblighi di protezione inclusi).

14 La funzione svolta dall'accettazione è infatti diversa: come afferma l'art 1411 comma 2 cc, una volta espressa, il beneficiario non potrà più rifiutare la prestazione e questa non potrà nemmeno essere revocata o modificata dallo stipulante. L'atto di volontà del terzo beneficiario opera al di fuori della definizione del rapporto contrattuale, stabilito dalla volontà delle parti contraenti, e si pone solo come mezzo di cristallizzazione di tale volontà, già pienamente formata. Per una trattazione di diritto comparato dell'istituto della accettazione in generale, cfr. R. FAVALE, *La conclusione del contratto: proposta e accettazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011 fasc. 3, 937 ss.

Questa è l'unica ipotesi in cui esplicitamente l'ordinamento ammette che il contratto possa produrre degli effetti (favorevoli) nei confronti di soggetti diversi dalle parti del rapporto contrattuale.

Nella pratica si osserva però che – sul versante opposto – il contratto può produrre effetti sfavorevoli<sup>15</sup> rispetto a soggetti che parti di esso non sono.

Ed infatti il terzo può, anziché ricavare un'utilità dal contratto *inter alios*, subire un pregiudizio ai propri beni o alla propria persona derivante da un comportamento collegato all'esecuzione del rapporto contrattuale altrui<sup>16</sup>. È questa seconda ipotesi quella che interessa maggiormente al fine di analizzare l'applicabilità degli obblighi di protezione anche in capo ai soggetti terzi, diversi dalle parti contraenti.

Al fine di risolvere le problematiche connesse a questa seconda evenienza, la dottrina tedesca ha (dapprima) cercato di ricollegare le fattispecie in questione al contratto a favore di terzi, che, come si è ora osservato, è l'unico meccanismo previsto dall'ordinamento che consenta di tutelare il terzo danneggiato attraverso lo strumento della responsabilità contrattuale. Il risultato cui mirano per tale via dottrina e giurisprudenza, è quello di fare in modo che i terzi che vengono a patire delle lesioni dallo svolgimento del contratto altrui possano essere tutelati attraverso le (stesse) garanzie previste per lo strumento pattizio<sup>17</sup>.

---

15 Gli effetti sfavorevoli possono in realtà derivare anche dal fatto che il terzo abbia un interesse opposto a quello che le parti contraenti esprimono nel regolamento contrattuale; è il caso ad esempio della doppia alienazione di un bene. In questo modo il terzo acquista *a non domino* e quindi verrà pregiudicato dal precedente contratto stipulato fra il dante causa e il primo acquirente; solo a determinate condizioni – quali il possesso del bene mobile o la trascrizione per il bene immobile – il terzo potrà vedere tutelato il proprio diritto. Per quanto riguarda in generale l'ipotesi in cui il contratto sottragga al terzo il suo diritto, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 568 ss.; più in particolare in tema di trascrizione, cfr. N. A. CIMMINO, *La trascrizione immobiliare*, Giuffrè, Milano, 2012; C. CICERO, *Negoziato sul diritto altrui e giusto titolo*, *Rivista del notariato* 2010, fasc. 2, 313 ss.

16 A questo proposito, per il tema generale cfr. M. BIANCA, *Diritto civile, vol. III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 541 ss. Per una trattazione, riferita all'esperienza francese, dei problemi generali della definizione di chi sia "terzo" e della distinzione degli effetti del contratto nei loro confronti in effetto obbligatorio dello stesso o sua opponibilità (che costituisce il profilo giuridico del concetto di "effetto sfavorevole" qui citato), cfr. M.L. IZORCHE, *Gli effetti del contratto sui terzi: l'esperienza francese*, in *Europa e diritto privato*, 2001 fasc. 4, 863 ss.

17 La prima pronuncia giurisprudenziale che ha richiamato la figura del *Vertrag zugunsten Dritter* è stato il famoso caso *Gasuhrfall*, di cui si tratterà più diffusamente in seguito.

Tuttavia, come si vedrà, tale tentativo risulta carente, in quanto le caratteristiche peculiari del contratto a favore di terzo sono tali da impedire una sua generalizzazione ad altre fattispecie<sup>18</sup>.

Questo ed altri modelli per la risoluzione del problema che è stato posto sono riscontrabili all'interno di varie esperienze giuridiche straniere, dalla cui comparazione possono emergere le rispettive criticità e punti di forza. Un'analisi di diritto comparato, in particolar modo confrontando il dibattito che si è svolto in Germania (ordinamento che ha visto nascere gli obblighi di protezione e nel quale maggiormente si è sviluppata la riflessione sull'istituto), può quindi essere rilevante al fine di valutare lo stato dell'ordinamento italiano sul punto<sup>19</sup>.

### 3. Possibili mezzi di tutela del terzo nell'ipotesi in cui questi venga danneggiato dallo svolgimento di un contratto *inter alios*

#### 3.1. La soluzione extracontrattuale: il caso del Regno Unito

Una prima e più intuitiva soluzione al problema di come tutelare il terzo che venga danneggiato dal contratto altrui è, probabilmente, quella della responsabilità extracontrattuale<sup>20</sup>.

Nel tempo i criteri di differenziazione fra le due forme di responsabilità sono stati diversi e hanno avuto tutti l'intento di fornire un indicatore il più certo possibile sul quale gli interpreti e gli operatori del diritto potessero fare affidamento<sup>21</sup>.

---

18 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 269 ss.

19 K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2011, 164 ss. e 206 ss.

20 Per approfondimenti, tra l'ampia letteratura, cfr. P. STANZIONE (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Cedam, Padova 2012; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2001.

21 Su questo tema, cfr. fra gli altri G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, 79 ss. Per spunti critici, cfr. N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *I Contratti*, 2010 fasc. 7, 704 ss., che offre un'interpretazione comunitariamente orientata per superare le rigidità della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Per una trattazione monografica, cfr. anche F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione*



L'attenzione in una prima fase si è incentrata sull'oggetto della lesione, cioè su quale diritto del danneggiato avesse subito pregiudizio; in questo modo, se si trattava di un diritto relativo trovava applicazione il regime della responsabilità contrattuale, mentre in caso di lesione di un diritto assoluto questo veniva tutelato in via extracontrattuale<sup>22</sup>. Tale impostazione risultava però scarsamente precisa: a ben vedere, infatti, un inadempimento contrattuale potrebbe astrattamente comportare la lesione di un diritto assoluto, così come un danno cagionato ai sensi dell'art 2043 c.c. potrebbe compromettere un diritto relativo<sup>23</sup>.

Un'altra impostazione si è quindi mossa dall'osservazione che le due forme di responsabilità mirano a tutelare interessi di diversa natura: con lo strumento della responsabilità extracontrattuale si risarcisce il soggetto terzo al contratto, in quanto è ritenuto meritevole di tutela il suo interesse al mantenimento dello *status quo*, a non subire – cioè – danni alle proprie posizioni giuridiche soggettive; la responsabilità contrattuale, al contrario, è concepita come strumento di tutela dell'interesse della parte ad ottenere la prestazione pattuita, ovvero a conseguire (in modo dinamico) un mutamento dello *status quo*<sup>24</sup>. Si può però osservare come questa concezione della responsabilità contrattuale presupponga una visione restrittiva dell'obbligazione nascente da contratto, escludendo dal suo ambito tutti i rapporti accessori<sup>25</sup>, che i recenti sviluppi tendono invece

---

*tradizionale*, Giuffrè, Milano, 1993.

22 In questa prospettiva cfr. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 12 ss.; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto di vista della giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, vol. 2, 1996, 642 ss.

23 Emblematico a questo riguardo è stato il caso Meroni (Cass. civ. Sez. Unite, 26 gennaio 1971, n. 174), nel quale la Cassazione ha riconosciuto la risarcibilità del diritto di credito. Le fattispecie decise nei casi Superga (Cass. civ. Sez. III, 4 luglio 1953, n. 2085) e Meroni presentano evidenti omogeneità, in entrambi i casi trattandosi di un'azione di risarcimento del danno per la lesione del diritto di credito intervenuta in occasione della morte dell'obbligato; la Corte, tuttavia, solo nel secondo caso riconosce azione extracontrattuale a difesa del diritto relativo, rivedendo così la *ratio decidendi* sottesa alla prima pronuncia. Ciò risulta rilevante ai fini della presente trattazione, in quanto il venire meno del limite della risarcibilità del diritto relativo rende più sfumata l'esigenza di riconnettere alla responsabilità di natura contrattuale generici obblighi di carattere protettivo.

24 Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988.

25 Fra i quali anche gli obblighi di protezione. A questo proposito cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI, il quale evidenzia come la dottrina italiana abbia elaborato una classificazione tripartita degli obblighi accessori rinvenibili nel rapporto obbligatorio; si tratta degli obblighi secondari di omissione (“*il rovescio dell’obbligo positivo di prestazione*”), degli

ad ammettere<sup>26</sup>.

Peraltro, è prospettabile anche una terza ricostruzione del problema, che sembra superare tutte le obiezioni citate e fornire un criterio sufficientemente chiaro e preciso per poter distinguere le due forme di responsabilità. Secondo tale impostazione, l'attenzione si sposta dal campo dei diritti e degli interessi, cioè dal campo delle posizioni soggettive delle parti, a quello del contesto in cui esse entrano in contatto. Si distingue a seconda che fra la parte danneggiante e la parte danneggiata esista già – oppure no – un rapporto obbligatorio che le vincoli giuridicamente: nel primo caso si avrà responsabilità contrattuale, nel secondo extracontrattuale<sup>27</sup>.

Tenendo come valido questo criterio, sarebbe allora naturale applicare alle ipotesi che si stanno analizzando il regime della responsabilità extracontrattuale, perché fra il terzo danneggiato e le parti non intercorre nessun precedente rapporto contrattuale o, per lo meno, non il rapporto contrattuale il cui svolgimento ha dato origine al danno.

Questa soluzione è ben radicata nell'esperienza giuridica del Regno Unito.

Prima di procedere nell'analisi di tale sistema, si deve peraltro notare come il *common law* presentasse una particolarità di non poco conto in tema di con-

---

obblighi integrativi strumentali (finalizzati alla predisposizione delle condizioni necessarie affinché la prestazione possa avere luogo), e infine, appunto, degli obblighi di protezione.

26 Da queste riflessioni emerge una configurazione dell'obbligazione come fascio di rapporti principali ed accessori. Sulla struttura complessa dell'obbligazione come "organismo" complesso (anche riferito ai *Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht*), oltre che sulla necessaria complementarità fra la disciplina generale del rapporto obbligatorio e la regolamentazione dei singoli rapporti obbligatori, cfr. G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Rivista di diritto civile*, 2002 fasc. 4, pt. 1, 491 ss.

27 Tale soluzione, adottata già da L. MENGONI in *Responsabilità contrattuale*, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, è oggi pacifica e riportata nella manualistica, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, 647: "La distinzione quindi si fonda non già sulla natura dell'interesse leso, ma sull'esistenza o meno di una pregressa relazione tra i soggetti e quindi di un programma specifico di comportamento; la responsabilità contrattuale si modella sul programma (di qui il limite della prevedibilità del danno, salvo dolo), mentre quella aquiliana tutela non già le aspettative per l'adempimento, ma lo status quo ante l'illecito, ripristinandolo con l'eliminazione dei danni, anche imprevedibili"; cfr. anche M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2012, 1031 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1997, 546 ss.

tratto a favore di terzo, essendo questo schema contrattuale normativamente sconosciuto fino al 1999, anno in cui è intervenuto il legislatore con il *Rights of Third Parties Act*<sup>28</sup>. Nell'ordinamento giuridico inglese, quindi, la seconda regola della *doctrine of privity* era intesa in modo molto stringente, non consentendo in alcun modo al terzo di trarre beneficio dall'accordo stipulato da altri<sup>29</sup>.

Questa situazione era avvertita con disagio sia da talune corti che da accademici, in quanto si imponeva loro di restare ancorati ad un'interpretazione eccessivamente restrittiva della seconda regola della *doctrine of privity*<sup>30</sup>; si capisce allora come la soluzione alle problematiche di tutela del terzo rispetto alle lesioni subite per causa dello svolgimento di un contratto sia stata ricercata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, senza prendere invece in considerazione la via dell'estensione delle tutele offerte dal contratto stipulato dai contraenti.

Procedendo nell'analisi, si osserva allora come nell'ordinamento inglese la dottrina della *privity of contract*<sup>31</sup> (omologo del principio della relatività degli effetti del contratto<sup>32</sup>) stabilisce che il contratto vincola solo le parti e non può creare diritti o imporre obblighi a terzi estranei. Restando ancorati a questa im-

---

28 Il percorso che ha portato all'introduzione di tale atto è stato molto lungo, tant'è che già nel 1937 era stato proposto un disegno di legge che consentisse ai soggetti terzi i beneficiare della pattuizioni effettuate a loro favore dai contraenti. Il tema venne ripreso negli anni '90 e il *Contracts (Rights of Third Parties) Act* entrò in vigore l'11 novembre 1999.

29 La prima regola della *doctrine of privity* affermava invece che al terzo non possono essere imposti obblighi per il tramite di un contratto stipulato da altri.

30 Cfr. M. DEAN, *Removing a blot on the landscape – the reform of the doctrine of privity*, in *Journal of Business Law*, 2000, 143 ss.; l'A. definisce la situazione vigente prima del 1999 come “*one of the most universally disliked and criticised blots on the legal landscape*”.

31 Per un'analisi della problematica del carattere “*private*” del contratto nel pensiero giuridico inglese, cfr. V. V. PALMER, *The paths to privity, a history of third party beneficiary contracts at English law*, The lawbook exchange, Clark, New Jersey, 2006. H. COLLINS, *The law of contract*, LexisNexis Butterworths UK, 2003. In italiano, e per una comparazione più specifica sulla doctrine of privity, cfr. F. TORIELLO, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nell'esperienza inglese*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2000 fasc. 1, 80 ss.

32 Per un'analisi del problema della *privity* nell'ottica del giurista italiano, cfr. R. DELFINO, *Il “Contracts (Right of Third Parties) Act 1999” nel diritto inglese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001 fasc. 2, 467 ss.; T. MONFELI, *La riforma della privity of the contract nella common law inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2000 fasc. 4, 1102 ss.

postazione, l'unico modo di tutelare i terzi è pertanto quello di accordare loro un'azione in via extracontrattuale, generalizzando gradualmente la figura del *tort of negligence*<sup>33</sup>.

A questo proposito sono particolarmente significativi i casi *White vs Jones*<sup>34</sup>, in materia testamentaria, e *Donoghue vs Stevenson*<sup>35</sup>, in materia di tutela del consumatore nei confronti del produttore.

Nel caso *White vs Jones*<sup>36</sup> si controverteva sulla possibilità che il professionista, in particolare il *solicitor*, potesse essere chiamato in giudizio per il risarcimento del danno anche da un soggetto diverso da quello che gli aveva conferito l'incarico. Il cliente aveva affidato al *solicitor* il compito di redigere una nuova versione del testamento perché – in seguito ad una riconciliazione – desiderava inserire nello stesso un legato a beneficio delle figlie, escluse dal primo documento; il cliente però moriva senza che il professionista avesse adempiuto alla prestazione e, pertanto, senza che il testamento – che nulla prevedeva in merito alle figlie – fosse revocato.

La questione in diritto consisteva quindi nel verificare quale posizione giuridica intercorresse tra le attrici e il *solicitor*, posto che il contratto non era stato stipulato fra questi due soggetti. D'altra parte, si sottolineava come il corretto adempimento dell'obbligazione da parte del professionista avrebbe beneficiato anche le figlie del testatore; sembrava quindi di poter affermare l'esistenza di una posizione di aspettativa al contratto, rispetto alla quale il diritto inglese si interroga – come è tipico del ragionamento di *common law* – in termini di possibilità di tutela/azione.

La domanda delle attrici, che consisteva in un'azione di condanna ad un dare sostitutivo del danno patrimoniale indirettamente subito ed etiologicamente connesso all'inadempimento contrattuale di un rapporto altrui, pur respinta nel primo grado di giudizio, trovava invece accoglimento in appello e – successivamente – conferma di fronte alla *House of Lords*<sup>37</sup>. Rispetto a tale vicenda, ciò che qui maggiormente interessa è verificare quali sono stati i ragionamenti

---

33 Per una trattazione generale del problema, cfr. V.P. HARPWOOD, *Modern tort law*, Cavendish, London 2009, 19 ss.

34 House of Lords, *White vs Jones*, 16 February 1995, [1995] 2 AC 207, [1995] 1 All ER 691.

35 House of Lords, *M'Alister (or Donoghue) (Pauper) v Stevenson*, 26 May 1932, [1932] UKHL 100, [1932] SC (HL) 31, [1932] AC 562, [1932] All ER Rep 1.

36 V.P. HARPWOOD, *Principles of tort law*, Cavendish, London, 2000, 88ss.; B. MARKESINIS, *Five days in the House of Lords: some comparative reflections on White v. Jones*, *Torts Law Journal* 1995, 169 ss.

37 Court of Appeal [1993] 3 W.L.R. 730.

della Corte che hanno consentito di superare i limiti che tale tutela sembrava incontrare nella dottrina della *privity of contract*.

I convenuti si difendevano su due fronti distinti. Dal lato della responsabilità contrattuale, si obiettava che le attrici – non essendo parti del contratto – non potevano beneficiare di esso e, quindi, non avevano a disposizione alcun *remedy*, perché esso appunto si legava in modo inscindibile al rapporto obbligatorio<sup>38</sup>. Sul versante della responsabilità extracontrattuale, invece, le pretese delle attrici non sarebbero state ugualmente tutelabili, in quanto esse non potevano vantare un grado di *proximity* tale da essere in grado di avanzare pretese nei confronti del professionista<sup>39</sup>.

In altri termini, da un lato in generale il diritto inglese non contemplerebbe alcun tipo di estensione dei rimedi contrattuali a soggetti terzi e, dall'altro, nel caso di specie non sussisterebbe nemmeno responsabilità da fatto illecito, perché le attrici non si trovavano in una situazione di affidamento tale da essere considerate delle quasi-clienti.

Le attrici replicavano, su questo punto, allegando come la loro fosse da considerare una posizione di particolare importanza rispetto all'azione del professionista e che, quindi, quest'ultimo avrebbe dovuto essere consapevole del fatto che non adempiendo alla prestazione pattuita con il proprio cliente, avrebbe danneggiato anche le ipotizzate beneficiarie del legato. Inoltre, lasciare la fattispecie priva di qualunque tipo di tutela sarebbe stato contrario al senso comune (secondo un concetto di ragionevolezza parametrato sull'uomo medio)<sup>40</sup>.

Nella sua decisione la Corte si sofferma sull'analisi di diversi ordinamenti<sup>41</sup>, per una preliminare ricognizione di come il problema è stato affrontato in

---

38 Per questo profilo, cfr. i punti 1 e 2 della sentenza citata, redatti da Lord Goff of Chieveley.

39 Sul concetto di *proximity* cfr. V.P. HARPWOOD, *Modern tort law*, Cavendish, London, 2009, 29 ss. L'A. elenca il concetto di *proximity* fra i requisiti che devono sussistere per affermare l'esistenza di un *duty of care* in capo al soggetto al fine di poter agire con un *tort of negligence*.

40 Cfr. House of Lords, *Hedley Byrne vs Heller*, [1964] A.C. 465: “Furthermore, if in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise”.

41 Per quanto riguarda l'uso del diritto comparato da parte delle corti, ed in particolare nel caso di specie, cfr. U. MATTEI, *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 94 ss. Di diverso avviso è G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010,

essi. Tra le soluzioni prese in considerazione viene in questione anche l'esperienza tedesca, dove si era già sviluppata la tematica dell'estensione al terzo della tutela di natura contrattuale; tale opzione viene però respinta e si preferisce ammettere il risarcimento per via extracontrattuale delle attrici<sup>42</sup>.

Più in particolare, l'impostazione seguita in Germania viene scartata perché, in caso contrario – aderendo alla stessa –, si sarebbe dovuto prescindere da quelle che erano le caratteristiche del sistema inglese, importando un istituto completamente nuovo nell'ordinamento del Regno Unito ed estraneo ai principi in esso vigenti.

Nell'argomentare il rifiuto alla soluzione tedesca, i giudici della *House of Lords* osservano come l'estensione della tutela contrattuale al terzo operata attraverso la figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* sia dovuta principalmente alla circostanza che nel sistema in questione non sia giustificato il risarcimento del danno meramente patrimoniale dovuto al comportamento illecito.

In definitiva, si tratta di un rifiuto di recepimento di uno schema non sentito come proprio; la circolazione dei modelli veniva in quel caso scoraggiata (forse) sulla base del timore che l'ordinamento potesse uscirne snaturato.

Peraltro, in un contesto europeo che spinge sempre più verso un'omogeneizzazione dei sistemi e dei rimedi posti a tutela dei soggetti che operano al suo interno<sup>43</sup>, l'argomento della Corte inglese appare particolarmente

---

il quale sottolinea come a fronte di un crescente e proficuo confronto fra le Corti nazionali e quelle sovranazionali e internazionali (quali quelle di Lussemburgo e Strasburgo), si riveli invece inconsistente il rapporto di scambio fra le diverse esperienze nazionali, sia in forma di dialogo diretto che in forma di ricorso al diritto comparato nella soluzione delle controversie (trovando in sedi giurisdizionali apposite una più proficua sede di mediazione). Sul tema generale, cfr. anche il dibattito in cui sono intervenuti i giudici Scalia (critico, sulla base della sua posizione originalista) e Barak (favorevole all'uso della comparazione), e – per riferimenti – anche D.E. CHILDRESS, *Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions*, in *Duke Law Journal*, Vol. 53, 2003, 193 ss.

42 Sulla medesima casistica concorda A. CIATTI, *Responsabilità del notaio e testamento invalido*, *Contratto e impresa/Europa* 1-2010, 26 ss., che pone l'accento su "l'assenza di una relazione obbligatoria originaria nel contratto (che) induce la giurisprudenza forense a ricondurre in ambito aquiliano la responsabilità per i danni arrecati dal notaio a terzi non intervenuti nella redazione dell'atto".

43 A proposito dei progetti di armonizzazione del diritto privato in Europa, cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea*, Cedam, Padova, 2008, 167 ss. L'A. passa in rassegna i sei tentativi ritenuti più significativi per la codificazione di un comune diritto privato europeo: il gruppo pavese, guidato da Giuseppe Gandolfi e che si propone di creare un vero e proprio codice europeo dei contratti; il progetto McGregor, che analizza il problema dal punto di vista delle differenze sistemolo-

te debole senza l'allegazione di altre ragioni che giustifichino il rifiuto di adottare soluzioni che – in ipotesi – si pongano come innovative rispetto al proprio ordinamento. Si dovrebbe cioè verificare quale impostazione sia la più logica ed efficiente, e sulla base di ciò verificarne in seconda battuta le modalità tecniche per renderla compatibile con i diversi contesti ordinamentali nazionali.

Peraltro, sotto tale profilo, sottesa al ragionamento della *House of Lords* si può intravedere una precisa problematica di ordine sostanziale. Ci si domandava, cioè, se l'istituto della tutela dei terzi attraverso gli obblighi di protezione servisse davvero o, piuttosto, se non fossero concepibili altre forme di tutela altrettanto vantaggiose che – però – non mettessero in crisi le caratteristiche dell'ordinamento (*sub specie* del principio di relatività degli effetti contrattuali). Si tratterebbe quindi – così argomentato – non tanto di un rifiuto aprioristico di recepire modelli innovativi, quanto piuttosto della volontà di fornire agli operatori del diritto le soluzioni più coerenti e di facile applicazione, restando ancorati al contesto normativo nazionale di riferimento<sup>44</sup>.

Nella stessa linea di generalizzazione delle applicazioni del *tort of negligence* si colloca il caso *Donoghue vs Stevenson* del 1932<sup>45</sup>. La signora Dono-

---

giche fra *civil law* e *common law*; i principi di diritto europeo dei contratti, elaborati da un gruppo di giuristi facente capo a Ole Lando; *the common core project*, che nasce nel 1993 presso l'Università di Trento ad opera di Ugo Mattei e Mauro Bussani, con l'intento di "fare il punto" sulla situazione del diritto europeo così come risulta dalla comparazione svolta fino a quel momento; *the casebooks project*, che focalizza invece l'attenzione sulla componente giurisprudenziale; ed infine il gruppo *Acquis*, che si sviluppa in direzione opposta rispetto ai progetti finora elencati che intendono ritrovare negli ordinamenti nazionali dei principi comuni che possano portare alla codificazione di un comune diritto europeo: si intraprende invece il percorso che parte dal diritto dell'Unione, come si è finora sviluppato, per arrivare a influenzare quelli nazionali. Cfr. anche U. MATTEI, *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

44 Il problema consiste allora nel verificare se effettivamente la soluzione fornita dalla generalizzazione del *tort of negligence* offra una tutela equivalente a quella offerta dagli obblighi di protezione; con riferimento ai vantaggi che comporta l'estensione della tutela contrattuale anche ai terzi cfr. il successivo par. 4.

45 Il caso è anche chiamato in modo evocativo il caso dello "snail in the bottle". Su questa pronuncia e i problemi che pone, cfr., fra gli altri, V.P. HARPWOOD, *Modern tort law*, Cavendish, London, 2009, 19 ss.; J. COOKE, *Law of tort*, LexisNexis, 2007, 250 ss.; M. CHAPMAN, *The Snail and the Ginger Beer, The singular case of Donoghue vs Stevenson*, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2009. Sul versante della dottrina italiana, cfr. M. BESSONE, *Responsabilità per negligenze e teoria dell'illecito (del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974 fasc. 2, 548 ss., il quale sottolinea come l'esperienza inglese in tema di *negligence* anticipi le condizioni storicamente necessarie per i

ghue lamentava di aver contratto una gastrite dovuta allo shock causato dall'aver rinvenuto in una bottiglia di ginger beer i resti di una lumaca, dopo averla bevuta; considerando che il proprietario del locale dove aveva consumato la bevanda aveva a sua volta acquistato il prodotto da un grossista, la signora agisce in giudizio – bypassando i rapporti contrattuali registrabili lungo la catena distributiva, fino al consumatore – direttamente contro il produttore<sup>46</sup>.

La questione riguarda la risarcibilità da parte del produttore dei danni subiti dal consumatore<sup>47</sup>, fino a quel momento esclusa, in quanto il produttore conclude un contratto di compra-vendita dei propri articoli direttamente con il consumatore finale. Anche in questo caso la soluzione del giudice inglese è costruita in chiave extracontrattuale, perché si esclude che sussista una negligenza che possa giustificare l'opposta impostazione contrattuale<sup>48</sup>. La *House of Lords*, infatti, secondo l'opinione di Lord Atkin<sup>49</sup> ha ribaltato le decisioni pre-

---

progressi in direzione di una generale disciplina dell'illecito. La decisione del caso in questione è ritenuta un passaggio fondamentale per chiarire e ampliare il concetto di *negligence* e – quindi – per la preliminare individuazione dei criteri che comportano l'insorgere del *duty of care* in capo alla parte.

46 Per una trattazione generale della disciplina della responsabilità del produttore, cfr. G. ALPA, M. BESSONE, F. TORIELLO, *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1999; G. ANNUNZIATA, *La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta*, Cedam, Padova, 2008, 301 ss.

47 Anche in Germania si fanno ricadere nell'ambito della tutela extracontrattuale le fattispecie di responsabilità del produttore; a questo proposito cfr. R. Sack, *Produkthaftung fuer reine Vermoegensschaeden von Endabnehmern*, *Versicherungsrecht-Aufsaezte*, 2006, Aufsaezte; Heft 13, 582. Una società di costruzioni aveva acquistato da un intermediario tubi di plastica recanti il marchio del controllo dell'Associazione tedesca dei professionisti del gas e delle acque; dopo un anno dall'impiego, tali tubi cominciarono a rivelarsi difettosi e quindi venne chiamato in causa il produttore per i danni. La Corte suprema tedesca ha respinto la domanda di risarcimento per responsabilità contrattuale, in quanto fra il produttore e la società di costruzioni non sussisteva alcun rapporto contrattuale; ha ritenuto anche non fondata la domanda basata sul *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, perché la società non rientrerebbe nell'ambito di protezione del contratto fra concessionario e produttore. Anche C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 672 ss., ha ritenuto dubbia la ricostruzione in chiave di *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* della responsabilità del produttore.

48 Per una trattazione generale della responsabilità del produttore nel diritto inglese, cfr. fra gli altri V. P. HARPWOOD, *Modern tort law*, Cavendish, London, 2009; J. STAPLETON, *Product liability*, Butterworths, London, 1994; J.S. ALLEE, *Product liability*, Alm, New York, 2011.

49 Per Lord Atkin sarebbe una grave lacuna lasciare l'attrice sfornita di tutela, quantomeno in presenza di danni causati da articoli di comune uso domestico, come ad



cedenti che negavano tutela extracontrattuale all'attrice, affermando il c.d. *neighbour principle*<sup>50</sup>, in base al quale il produttore è tenuto in base al *duty of care*<sup>51</sup> a prestare una ragionevole attenzione per evitare situazioni prevedibili e pericolose per i potenziali consumatori finali (e tale dovere assume rilevanza giuridica – appunto – direttamente in capo a tali soggetti destinatari del prodotto in via contrattuale “mediata”)<sup>52</sup>.

Anche da quest'ultimo caso si evince in definitiva come nell'ordinamento inglese la soluzione preferita dalle corti sia stata quella di tutelare i terzi facendone ricadere le pretese nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (all'occorrenza con un'estensione dei presupposti applicativi), piuttosto che

---

esempio medicinali, sapone e prodotti detergenti; “*I do not think so ill of our jurisprudence as to suppose that its principles are so remote from the ordinary needs of civilized society and the ordinary claims it makes upon its members as to deny a legal remedy where there is so obviously a social wrong*”.

50 “*You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question*”; il principio è stato applicato anche a casi successivi, quale *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* House of Lords – 28 May 1963 [1964] AC 465, riguardante un'ipotesi di negligenza da parte di una banca, che hanno contribuito a specificarne maggiormente i contenuti.

51 Nel campo della responsabilità civile, il *duty of care* è un'obbligazione *ex lege*, la quale comporta che la condotta delle parti debba corrispondere ad uno standard di ragionevole cura nello svolgere qualunque attività collegata al contratto, che potrebbe presumibilmente recare danno ad altri. La sussistenza del *duty of care* è uno dei requisiti necessari per poter avanzare un'azione in *negligence*. Per una trattazione generale del punto, cfr. V. P. HARPWOOD, *Principles of tort law*, Cavendish, London, 2000, 31 ss.; C.R. SYMMONS, *The duty of care in negligence: recently espresse policy elements*, in *The Modern Law Review*, Volume 34, Issue 4, 394 ss., July 1971. Per quanto riguarda invece la specifica applicazione del *duty of care* nell'ambito della responsabilità del produttore, cfr. ancora J. STAPLETON, *Product liability*, Butterworths, London, 1994.

52 La responsabilità del produttore è oggi profondamente mutata a seguito della direttiva comunitaria 85/374, intervenuta sulle diverse legislazioni degli Stati membri al fine di introdurre una disciplina comune di favore per il consumatore danneggiato da prodotti difettosi; l'attuale normativa italiana è contenuta nel codice del consumo, d.lgs. 206/2005. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea*, Cedam, Padova, 2008, 349 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5 *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 739 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, F. TORIELLO, *La responsabilità del produttore* Giuffrè, Milano, 1999; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 232 ss.

avventurarsi sulla diversa strada della responsabilità contrattuale.

### 3.2. *La soluzione contrattuale*

Sul versante opposto si pongono invece quelle ricostruzioni che sostengono che il terzo vada tutelato attraverso il regime della responsabilità per inadempimento, con conseguente riferimento alla figura della “garanzia di cura” offerta dagli obblighi di protezione, come accade nell’esperienza tedesca.

A questo proposito si può analizzare il ragionamento di A. Ciatti<sup>53</sup>, che si sviluppa sulla medesima casistica vista nel caso *White vs Jones*. Nella materia testamentaria, una delle possibili soluzioni prospettate per ammettere la responsabilità del notaio nei confronti degli eredi delusi per mancata redazione del testamento da parte del *de cuius* – alternativa alla responsabilità di tipo extracontrattuale – è infatti quella di concepire il rapporto giuridico notarile come rapporto plurilaterale. In altri termini, si afferma che già *ab origine* il rapporto contrattuale si instaurerebbe, oltre che fra le parti, anche fra soggetti che (per un particolare legame con uno dei contraenti) è verosimile – se non probabile – possano essere coinvolti e interessati dallo svolgimento del rapporto<sup>54</sup>.

In Germania la stessa problematica di tutela delle aspettative dei prospettati futuri beneficiari rispetto all’attività professionale di stesura di clausole testamentarie, è stata affrontata e risolta con la figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* (derivazione concettuale degli obblighi di protezione quando a venire in considerazione è un terzo e non una delle parti). Tale figura contrattuale tende infatti ad estendere al terzo la tutela contrattuale riconosciuta alle parti in caso di lesioni alla persona o al patrimonio, in virtù dell’affermazione della teoria degli obblighi di protezione; per raggiungere questo obiettivo, però, come si vedrà, il percorso si è snodato attraverso forti obiezioni originate dalla vigenza del principio di relatività degli effetti contrattuali e, proprio per tale motivo, in Germania è stato necessario sviluppare una figura di contratto *ad hoc*, anziché estendere semplicemente l’istituto degli *Schutzpflichten* anche ai terzi<sup>55</sup>.

---

53 A. CIATTI, *Responsabilità del notaio e testamento invalido*, *Contratto e impresa/Europa* 1-2010, 26 ss.

54 Cfr. G. DONÀ, voce *Notariato e archivi notarili*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, vol. VIII, p. 1067, n. 57.

55 Caso *Testamentfall*, deciso dal BGH nel senso della responsabilità del professionista anche nei confronti degli eredi per la mancata redazione del testamento prima della morte del *de cuius*; BGH 6 Juli 1965, NJW 1965, 1955.

4. *I vantaggi per il terzo offerti dall'accoglimento della tesi degli obblighi di protezione anche nei suoi confronti*

4.1. *Il particolare contesto normativo all'interno del quale si è sviluppata la teoria degli obblighi di protezione in Germania*

La questione in esame probabilmente non avrebbe avuto alcuna ragione d'essere se la responsabilità contrattuale non offrisse al soggetto danneggiato non trascurabili vantaggi sul piano pratico; si potrebbe anzi dire che l'intera tematica ha avuto origine in Germania proprio in virtù della notevole differenziazione di tutela che caratterizzava i due regimi di responsabilità e che rendeva estremamente conveniente azionare i propri diritti in campo contrattuale (per i profili afferenti ai termini della prescrizione, al regime della prova, alla valutazione del danno e alla mora)<sup>56</sup>.

L'esame dell'origine della figura degli obblighi di protezione nell'ordinamento tedesco può quindi essere condotto a partire dall'esame delle esigenze contingenti a cui l'istituto intendeva rispondere, per ricostruire dalla sua funzione "storica" la ratio tutt'oggi attuale dello stesso.

Si osserva infatti – innanzi tutto – che l'ordinamento tedesco presentava particolari lacune di tutela nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per fatto degli ausiliari, come disciplinata dal § 831 BGB, "*Haftung für den Verrichtungsgehilfen*"<sup>57</sup>; tale norma consentiva al principale notevoli occasioni di esonero da responsabilità, qualora avesse dimostrato di aver prestato la dovuta diligenza nella scelta dei propri collaboratori (*culpa in eligendo*) e delle attrezzature e nel coordinamento dei lavori (*culpa in vigilando*), oppure che il danno avrebbe comunque avuto luogo indipendentemente da una tale cura<sup>58</sup>.

---

56 Si è indicata tale ragione giustificativa usando il passato perché – in realtà – nell'evoluzione dell'ordinamento il regime di maggior favore per la responsabilità contrattuale è andato attenuandosi (pur senza annullarsi). Uno dei temi toccati dalla riforma del diritto tedesco delle obbligazioni è stato proprio quello della prescrizione; prima dell'intervento del legislatore, la disciplina della responsabilità contrattuale consentiva al danneggiato di azionare il proprio diritto fino a trenta anni dalla lesione, mentre in campo extracontrattuale tale termine si riduceva fino a tre anni. Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2003; anche in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, vol. III, 88 ss.

57 A questo proposito cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 158 ss; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 241 ss.

58 "*Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung*

Al contrario, il § 278 BGB, che disciplina la responsabilità contrattuale del principale (*Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*), offre maggiori garanzie al danneggiato in ordine al soddisfacimento delle proprie pretese, in quanto non prevede alcuna prova liberatoria che il principale possa allegare per esonerarsi dalla responsabilità<sup>59</sup>. L'esigenza di ricorrere a tale diversa disposizione è quindi alla base dell'impiego della figura dell'obbligo di protezione nei confronti dei terzi nella più risalente dottrina tedesca.

Giustamente, muovendo da questo punto si potrebbe obiettare che una tale esigenza non si dovrebbe riscontrare all'interno dell'ordinamento italiano, in quanto la normativa in tema di responsabilità per fatto degli ausiliari non pone differenze in tema di prova liberatoria<sup>60</sup>.

Tale osservazione può essere superata in un primo momento rilevando come la diversità di disciplina fra gli articoli 1228 e 2049 c.c. si ponga su di un altro piano, che ugualmente porta a preferire la soluzione contrattuale. Infatti, la norma *ex art* 1228 c.c. si riferisce genericamente al principale che “*nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi*”, cioè un qualunque collaboratore non meglio specificato; l'art 2049 c.c. parla invece di domestici e commessi, restringendo così il campo a quei soli ausiliari che siano legati al principale da un rapporto di lavoro. Ecco allora che sembra preferibile per il danneggiato ricorrere alla responsabilità contrattuale, perché in questo modo verrà sollevato dall'onere di dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra committente e ausiliario<sup>61</sup>.

Come si è detto, però, questo è solo un primo ordine di ragionamento che consente di superare indenni le obiezioni relative alle (diverse) caratteristiche degli ordinamenti tedesco ed italiano. Infatti, è importante notare come l'estensione degli obblighi di protezione anche ai terzi, giustificata in Germania – in un primo momento – dalle lacune della disciplina della responsabilità per fatto degli ausiliari, abbia poi assunto nello stesso sistema tedesco una rile-

---

*die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde”.*

59 Con riferimento alla responsabilità del principale nell'ordinamento del BGB; cfr. C. RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte: nach gemeinem Recht*, Kessinger, Whitefish, 2010. Per una trattazione riferita alla responsabilità extracontrattuale del principale come forma di responsabilità per comportamento di terzi, cfr. W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, de Gruyter Lehrbuch, Berlin, 1997, 235 ss.

60 Per una trattazione generale del tema, cfr. G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Cedam, Padova, 1965; G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari: clausole di esonero*, Giuffrè, Milano, 2003.

61 Cfr G. VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, vol. 1, 2009, 94 ss.

vanza più generale ed autonoma dalla specifica fattispecie citata: la giurisprudenza ha ampliato l'area della responsabilità contrattuale anche ad altre situazioni, quali quelle derivanti dal rapporto di lavoro nell'impresa<sup>62</sup>, dalla locazione<sup>63</sup> o dal trasporto<sup>64</sup>.

Da ciò si deve desumere che con la figura degli obblighi di protezione si è sviluppato in realtà un nuovo modo di concepire l'obbligazione, non più limitata alla prestazione principale, ma configurabile come un fascio di rapporti accessori e distinti, che possono riverberare i propri effetti anche nei confronti di soggetti terzi rispetto al contratto<sup>65</sup>.

La corrente giurisprudenziale che ha ravvisato l'esigenza di tutelare determinati terzi sulla base della normativa di natura contrattuale è stata etichettata da parte della dottrina come "*Rebellion des Rechtsempfinders*"<sup>66</sup>; ciò in virtù del fatto che tale giurisprudenza si pone come obiettivo quello di fornire al terzo una tutela adeguata a prescindere dalle rigide tipizzazioni che una schematica distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale implica. Quello che secondo tale impostazione più generale dell'idea di estensione degli

---

62 Ciò è avvenuto ad esempio ammettendo la domanda di risarcimento del lavoratore che aveva subito danni dal cattivo funzionamento di un macchinario, rivolta direttamente al fornitore dell'imprenditore datore di lavoro, *Bundesgerichtshof* (B.G.H.), 7 november 1960, J.Z., 1961, 169. In dottrina italiana, dallo specifico punto di vista della responsabilità solidale di committente e appaltatore, cfr. V. SPEZIALE, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lg. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006 fasc. 1, 3 ss.

63 Responsabilità contrattuale del gestore del locale nei confronti dei partecipanti ad un raduno, terzi rispetto agli organizzatori che avevano stipulato il contratto con il gestore, *Reichsgericht* (RG) 4 April 1939, 160 RGZ 153. Dal punto di vista dell'efficacia di eventuali clausole di esonero della responsabilità contrattuale verso terzi inserite nel contratto di locazione, cfr. E.A. D'ALBERTIS, *Brevi note sull'efficacia nei confronti dei terzi delle clausole di esonero della responsabilità contrattuale inserite nel contratto di locazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 1973 fasc. 2, 221 ss; nota a sentenza, App. Napoli 24 gennaio 1969.

64 Si è ammessa ad esempio la domanda di risarcimento per via contrattuale da parte dei partecipanti ad una gita organizzata.

65 Sull'idea del "fascio di rapporti" si può citare da subito G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti (Relazione svolta al Convegno di studio in onore del prof. A. Falzea "Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia", Messina, 4-7 giugno 2002)*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, fasc. 4, 491 ss.

66 C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 161 ss.; l'espressione è da ricondurre a GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1958, 250 ss.

obblighi di protezione ai terzi realmente conta sarebbe, allora, il raggiungimento del fine, e non invece la mera constatazione dell'esistenza o meno di un rapporto obbligatorio; ciò perché non tutti i terzi sono ugualmente distanti da esso, ed alcuni anzi si pongono su di un piano di interesse tale da dover essere avvicinati alle parti<sup>67</sup>.

#### 4.2. *Differenze di disciplina fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che portano a preferire la prima*

Anche nell'ordinamento italiano è possibile individuare notevoli differenze di trattamento fra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, benché taluni aspetti siano comunque disciplinati secondo un'impostazione comune, come avviene per l'individuazione del risarcimento dovuto: esso si determina in base agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., dettati in tema di responsabilità contrattuale, ma estesi anche a quella extracontrattuale<sup>68</sup>.

I piani di differenziazione concernono essenzialmente quattro aspetti distinti: l'onere della prova, la prescrizione, la valutazione del danno e la mora. Solo i primi due profili costituiscono un netto incentivo per il terzo<sup>69</sup> ad accedere a

---

67 In altri termini, il significato che va assumendo la generalizzazione dell'istituto dell'obbligo di protezione rispetto ai terzi fuori della responsabilità per fatto degli ausiliari riveste valenza sistematica nella misura in cui denota il carattere plurale dell'obbligazione; ci si riferisce alla ricostruibilità dell'obbligazione come un complesso (fascio) di relazioni di diversa natura, ma tutte accomunate dal fine di portare a corretto compimento il rapporto obbligatorio (che non si riduce alla semplice prestazione). La diversa natura di tali relazioni può sostanziarsi anche nella diversità dei soggetti che vengono in considerazione: non solo le parti del rapporto, ma anche tutti coloro che entrano in contatto con esso, così influenzando o venendo influenzati dal suo svolgimento.

68 L'art 2056 primo comma c.c. infatti così dispone: "*Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227*". La prima norma a venire in considerazione comprende all'interno del risarcimento dovuto "*così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*"; la norma successiva riguarda invece il caso in cui non si possa determinare il danno nel suo preciso ammontare, ed allora il giudice procederà in via equitativa; infine si disciplina l'ipotesi di concorso colposo del danneggiato alla produzione del danno, che determina la diminuzione del risarcimento dovuto.

69 Per il profilo attinente la valutazione del danno, in regime di responsabilità contrattuale vengono risarciti solo i danni prevedibili (come anche sostiene F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007); per la mora invece in ambito contrattuale si ritiene possibile la tolleranza del creditore (essendo necessaria una costituzione in mora *ex art 1219 cc*), mentre in ambito extracontrat-

forme di tutela contrattualmente fondate, e interessano quindi ai fini di questa analisi.

Dal punto di vista dell'onere della prova, al danneggiato viene offerto un regime maggiormente semplificato al fine di ottenere il risarcimento del danno subito. Infatti, nel sistema della responsabilità extracontrattuale spetta a questi dimostrare la sussistenza di tutti i fattori che integrano il fatto illecito, ivi compresi la colpa o il dolo della controparte; si tratta cioè di un elemento soggettivo di norma di non facile dimostrazione, a differenza dei fatti materiali ed estrinseci che integrano la condotta. Nella responsabilità contrattuale il danneggiato è invece sollevato da questo *onus probandi* e, una volta allegato l'inadempimento dell'obligato, si presumerà che ciò sia da imputare quantomeno a sua colpa; si tratta di una presunzione relativa, in quanto se il debitore dimostrerà che l'inadempimento è dovuto a fatto a lui non imputabile non sarà tenuto al risarcimento del danno verso il creditore<sup>70</sup>.

L'altro elemento di differenziazione significativo per la tutela del danneggiato consiste nei diversi termini di prescrizione previsti per i regimi extracontrattuale e contrattuale: nel primo caso, l'art 2947 c.c. prevede in via generale una prescrizione di cinque anni, ridotti a due qualora si tratti di danni causati dalla circolazione di veicoli; nel secondo caso – invece – la norma di riferimento è l'art 2946 c.c., che sancisce un termine decennale (salvo eccezioni per particolari tipi di contratti)<sup>71</sup>.

Per capire l'importanza della questione, si può prendere in considerazione la sentenza 26 febbraio 2001, n. 12198 della Cassazione, nella quale uno dei punti maggiormente controversi era proprio quello della qualificazione del danno e dell'applicazione della relativa prescrizione, che avrebbe comportato il rigetto o meno della domanda risarcitoria. La parte chiamata in causa eccepiva la prescrizione del diritto fatto valere una volta decorsi più di cinque anni dal fatto, mentre la parte attrice – qualificando la responsabilità come contrattuale – aveva sostenuto la proponibilità della domanda perché sottoposta al più lungo termine prescrizione di dieci anni. In quel caso la Suprema Corte decideva

---

tuale essa opera *ex re*.

70 A questo proposito cfr. M. MAGGILOLO, *Inadempimento e oneri probatori. (Intervento al convegno per il cinquantenario della Rivista sul tema: "Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?"*, Treviso, 23-25 marzo 2006), in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 165 ss. Per una trattazione generale dell'onere della prova dal punto di vista processuale, cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942.

71 Con riferimento al differente regime di prescrizione di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, cfr. L. VIOLA (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova 2009, 499 ss.

nel senso che il contratto che viene ad instaurarsi con la gestante ha ad oggetto solo la prestazione medica e non la tutela della futura relazione che sarebbe venuta ad instaurarsi fra madre e figlia; in questo modo, se i danni subiti dalla madre per violazione del contratto di cura medica avranno ripercussioni su tale relazione, essi non potranno essere risarciti con tutela in via contrattuale, bensì extracontrattuale. L'azione risarcitoria relativa ai danni riflessi subiti dalla neonata andrà proposta entro i termini di prescrizione relativi all'illecito extracontrattuale<sup>72</sup>.

A conclusione delle considerazioni svolte fino a questo momento è necessario notare che, tuttavia, il solo fatto che la responsabilità di natura contrattuale presenti maggiori vantaggi pratici a favore del terzo danneggiato dallo svolgimento della prestazione non è, di per sé solo, sufficiente a giustificare l'estensione di questo strumento di tutela. È invece necessario rinvenire un fondamento positivo-formale che consenta di superare le perplessità concernenti l'applicazione di strumenti negoziali a soggetti che parte del negozio non sono.

Infatti, il percorso che gli ordinamenti continentali prediligono nella creazione del diritto non è tanto quello che parte dal fatto per arrivare alla norma, bensì quello inverso che va dalla norma al fatto: riscontrata una lacuna di tutela e un possibile strumento per colmarla, il giurista deve domandarsi se le norme di diritto positivo ammettano tale soluzione, perché se così non fosse la mera constatazione che essa si presenti come opportuna e adeguata non sarebbe sufficiente a giustificare l'impiego. E' necessario individuare un fondamento positivo che – anche per via di interpretazione estensiva o sistematica – giustifichi l'impostazione che si vuole adottare in concreto<sup>73</sup>.

## 5. *La ricerca di un fondamento giuridico che consenta l'estensione degli obblighi di protezione a soggetti diversi dalle parti contraenti*

### 5.1. *Il contratto*

Una prima ricostruzione che possa giustificare l'estensione dello strumento della responsabilità contrattuale anche per la tutela del terzo può basarsi – appunto – sullo stesso contratto che si è instaurato fra le parti; ciò implica che il terzo verrebbe tutelato sulla base di un atto di volontà negoziale che non ha

---

72 Cfr. A. BATÀ, A. SPIRITO (a cura di), *Osservatorio di legittimità, Rassegna di giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Danno e responsabilità*, 2002, fasc. 2, 201 ss.

73 Sul ruolo del positivismo giuridico nella soluzione dei problemi nuovi che si prospettano all'operatore del diritto cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2011.



concorso a formare.

### 5.1.1. *Il contratto a favore di terzo*

In origine la soluzione al problema fu ricercata nell'unico strumento previsto dall'ordinamento che consentiva di coinvolgere un terzo all'interno dello svolgimento del contratto: il contratto a favore di terzo. Come si è già visto, tale figura prevede che due parti si accordino affinché la prestazione venga svolta a favore di un altro soggetto, estraneo alla stipulazione e terzo rispetto al rapporto contrattuale.

In un'analisi di diritto comparato, questo in particolare è lo schema richiamato da dottrina e giurisprudenza francesi, che ravvisano nel contratto a favore di terzi una "*stipulation pour autrui implicite*"<sup>74</sup>.

Il vantaggio insito in tale soluzione sta nel fatto che il terzo, a fronte dell'inadempimento della prestazione prevista a suo favore, può azionare dei rimedi di natura contrattuale a sostegno della sua pretesa e – in caso di lesione – rientra concettualmente nello stesso ambito di tutela offerto dagli obblighi di protezione, proprio perché il terzo può vantare una posizione molto simile a quella delle parti del rapporto. È questo – quindi – il medesimo risultato a cui si vorrebbe pervenire con la teoria degli obblighi di protezione a favore di terzi, ma ottenuto con quella che nel nostro ordinamento è la specifica figura contrattuale prevista all'art. 1411 c.c.

La soluzione che si basa sulla figura del contratto a favore di terzi ha il vantaggio di non incorrere nell'obiezione riguardante il principio di relatività degli effetti contrattuali<sup>75</sup>, in quanto il terzo viene investito di effetti esclusivamente

---

74 Sul tema, in particolare, per maggiori approfondimenti cfr. F. TERRÈ, Y. SIMLER, P. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 1999, 509 ss.

75 L. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2012, in cui – proprio nell'introduzione – l'Autore affronta la questione del principio di relatività degli effetti contrattuali e lo ritiene superato per quanto attiene alla figura negoziale in questione; ciò nel momento in cui si ammette che il terzo possa rifiutare la prestazione a suo favore. A questo proposito, cfr. anche S. NARDI, *Sul contratto a favore di terzi*, in *Studium iuris* 2009, fasc. 2, 134 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3 *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 536 ss.; l'Autore sostiene che sia erroneo ritenere di dover conferire al contratto a favore di terzi carattere di eccezionalità; esso "*conferma piuttosto che il nostro ordinamento ha abbandonato una rigida delimitazione del principio di relatività del contratto ammettendo che il contratto possa produrre effetti favorevoli in capo al terzo. Questa possibilità non assoggetta il terzo all'arbitrio altrui in quanto l'effetto si produce solo se favorevole e salva comunque la facoltà di rifiuto*".

favorevoli<sup>76</sup> e può pur sempre rinunciarvi (non vedendo così intaccata la propria sfera giuridica se non in presenza di un suo silenzio, che equivale ad un consenso implicito a beneficiare della prestazione).

Questa tesi si presta però a due ordini di obiezioni.

In primo luogo, ci si può chiedere se la volontà della parte debba essere espressa o possa anche solo desumersi implicitamente dalle circostanze, dallo scopo del contratto. In quest'ultima direzione sembra rivolgersi il § 328 BGB: la norma fa espresso riferimento alle circostanze (*Umstände*) e allo scopo (*Zweck*) del contratto. Ma il vero problema sorge se la volontà non è nemmeno desumibile dalle circostanze: in tal caso, più che dal contratto, l'estensione della tutela al terzo deriverebbe da una *fictio*, cioè da un'innovazione pretoria giustificata dal fatto che ciò risponde ad un senso comune di giustizia<sup>77</sup>.

Su queste argomentazioni sembrerebbe basato il *leading case* che in Germania ha aperto la strada alla risarcibilità per via contrattuale dei danni causati ai terzi; si tratta del c.d. *Gasuhrfall*, del 1930, che poneva la questione della tutela di una donna di servizio rimasta ferita sul posto di lavoro da una fiammata della caldaia<sup>78</sup>. Viene richiamato proprio il principio di giustizia materiale che porterebbe a ritenere ingiustificata la differenza di trattamento fra il danno subito dalla donna di servizio (tutelato in via extracontrattuale) e quello che potenzialmente avrebbe potuto subire nelle medesime circostanze la sua datrice di lavoro (tutelato in via contrattuale)<sup>79</sup>; proprio tale consapevolezza giustificerebbe l'affermazione secondo cui si deve ritenere che la datrice di lavoro non potrebbe non volere per la propria dipendente una tutela di intensità minore rispetto a quella a lei accordata e, quindi, si dovrebbe presumere che nella

---

76 Ad esempio, si ritiene inammissibile che con il contratto a favore di terzi si possa attribuire al terzo un diritto di proprietà o di usufrutto, in quanto al terzo verrebbero così posti a carico anche oneri; vedi a questo proposito M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984.

77 In relazione alla "*fictio iuris*" come rimedio all'imperfezione del sistema, cfr. A. LA TORRE, *La finzione nel diritto (Lezione svolta per l'inaugurazione dell'anno accademico 1999-2000 nel "polo didattico" di Reggio Calabria, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catanzaro, 8 novembre 1999)*, in *Rivista di diritto civile*, 2000 fasc. 3, pt. 1, 315 ss.; su natura e funzione della *fictio*, cfr. E. MACCHIARELLI, *Concetto razionale e positivo della fictio iuris*, Vallardi, Milano, 1984.

78 *Bundesgerichtshof* (BGH) 10 febbraio 1930, in RGZ 127.

79 Sulla correttezza quale canone di valutazione della condotta delle parti di un rapporto obbligatorio e quindi strumento di integrazione cogente del contratto, cfr. F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, Wolters Kluwer Italia, 2010. Sulla centralità della necessità di garantire la correttezza materiale del contratto, cfr. U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, Milano, 2005, 230 ss.

stipulazione del contratto debba ritenersi rientrante anche una clausola non espressa in tal senso. Il problema viene così risolto attraverso lo schema formale del contratto a favore di terzo<sup>80</sup>.

Passando al secondo e più pregnante punto di perplessità, si può eccepire che la funzione del contratto a favore di terzo non è normalmente quella di proteggere tale soggetto, bensì quella di determinare in suo favore lo svolgimento di una prestazione (*Versprechen der Leistung an einen Dritten*, promessa della prestazione per un terzo<sup>81</sup>). Gli obblighi di protezione nel contratto a favore di terzo sono configurabili anche in riferimento a tale soggetto, perché questi già è beneficiario della prestazione principale e, a maggior ragione, verrà tutelato come le normali parti del rapporto (per le quali sono sempre configurabili gli obblighi di protezione). Diventa tuttavia problematico giustificare l'estensione degli obblighi di protezione a terzi la cui posizione non è "rafforzata" dalla circostanza di avere a proprio favore la pattuizione della prestazione contrattuale; percorrere questa strada non sembra infatti possibile<sup>82</sup>.

### 5.1.2. Interpretazione integrativa del contratto

Altra corrente interpretativa, sempre nell'ambito della riconduzione al contratto stesso della tutela del terzo, aveva invece preferito una diversa impostazione per fondare gli obblighi di protezione anche a favore dei terzi; si tratta della strada dell'interpretazione integrativa del contratto (*ergänzende Vertragsauslegung*)<sup>83</sup>. È importante sottolineare che anche in questo caso la questione

---

80 Schema che, va ribadito, viene qui però inserito come clausola tacita e presunta, secondo un'operazione pretorea che finisce quindi inevitabilmente per connotarsi come una finzione giuridica.

81 Tale è la formulazione del titolo III contenente la disciplina del contratto a favore di terzo.

82 La problematica si ricollega quindi alla constatazione che i terzi estranei al contratto si trovano in una situazione di diverso tipo rispetto ai terzi beneficiari di un contratto a favore di terzi: questi ultimi possono vantare il diritto a pretendere la prestazione principale, e ciò come si è visto può giustificare l'estensione anche a loro della tutela offerta dagli obblighi di protezione. Tuttavia, in presenza di altre tipologie contrattuali non sembra possibile applicare il medesimo ragionamento, proprio perché in questi casi il terzo non ha nessun rapporto qualificato con il contratto.

83 Per una trattazione generale dell'interpretazione, anche nella sua accezione di volontà ipotetica delle parti indirizzata all'interpretazione integrativa del contratto, cfr. F. GSCHNITZER, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Recht*, Springer-Verlag, Wien, 1992, 461 ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin, 1995, 299 ss.

fa perno sull'elemento volontaristico (anche se presunto) delle parti; infatti, il diritto del terzo ad essere tutelato in via contrattuale si evince dall'intenzione delle parti, così come emerge (o presumibilmente emerge) dal testo dell'atto<sup>84</sup>.

Le critiche si incentrano sul fatto che il contratto non ha bisogno di alcuna integrazione perché in sé è perfetto, non ha lacune. Affinché si possa parlare di lacune, sarebbe necessario dimostrare che le parti, nelle trattative che hanno poi portato alla stipulazione del contratto, avevano preso in considerazione la fattispecie in cui un terzo sarebbe potuto risultare danneggiato dallo svolgimento della prestazione, ma non avevano poi stabilito nulla al riguardo<sup>85</sup>.

Quanto appena osservato è confermato dal fatto che la dottrina<sup>86</sup> distingue nettamente l'interpretazione dall'integrazione del contratto. Si tratta di fenomeni distinti, in quanto corrispondenti a funzioni differenti e non sovrapponibili: attraverso l'interpretazione l'operatore giuridico è chiamato ad accertare quale sia l'effettiva portata del contenuto del regolamento contrattuale posto in essere dalle parti, mentre l'integrazione è quel fenomeno che determina l'estensione del rapporto anche a quanto non è stato stabilito dal contratto, in virtù di determinate fonti, quali la legge, gli usi o l'equità<sup>87</sup>.

Diventa perciò una contraddizione il fatto stesso di parlare di interpretazione integrativa del contratto; se l'effetto che si vuole raggiungere è quello di inserire nel regolamento negoziale una previsione non prevista, si dovrebbe denotare il fenomeno solo come integrazione. L'interpretazione può avvenire solo su quanto nel contratto già stabilito dalle parti e, tutt'al più, si potrà chia-

---

84 Sui profili di ricostruzione oggettiva e non soggettiva della volontà, con inferenza di clausole contrattuali presunte come tacitamente stipulate tra le parti, cfr. M. CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, Cedam, Padova, 2006.

85 Inoltre, in definitiva, interpretando integrativamente il contratto in questo senso si finirebbe con il costruire un contratto a favore di terzo, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 275 ss.: “la ricerca di una volontà implicita tesa ad includere i terzi nell'area di protezione creata dal contratto e l'oggettivo intento contrattuale di proteggere i soggetti terzi desunto attraverso il § 157 BGB rappresentano esempi di una medesima figura generale, disciplinata dai §§ 328 ss BGB”.

86 Cfr. in particolare M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 382 ss.

87 Per una trattazione generale del tema dell'interpretazione, cfr. F. SANGERMANO, *L'interpretazione del contratto*, in *I Contratti*, 2011 fasc. 11, 102 ss.; P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2010 fasc. 3, pt. 1, 31 ss. Per quanto riguarda invece l'integrazione, un'analisi in chiave comparatista con la Germania e il diritto comunitario si rinviene in N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 21 ss, e in S.M. MORO, *Integrazione del contratto*, in *Studium iuris*, 2000 fasc. 9, 989 ss.

rirne il significato, ma nei limiti di ciò che effettivamente vi emerge. Applicando tali chiarimenti al problema della tutela dei terzi mediante obblighi di protezione, ne consegue che affermare l'estensione della tutela contrattuale anche nei loro confronti costituirebbe una vera e propria immissione di nuovi contenuti all'interno del rapporto contrattuale (così come formato dalle parti); ciò a meno che non si possa evincere dal testo contrattuale una volontà in tal senso, anche se meramente implicita.

### 5.1.3. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

Non potendo ritenersi quindi logicamente ammissibili le ricostruzioni che si basano sulle figure del contratto a favore di terzo e dell'interpretazione integrativa del contratto, anche la giurisprudenza tedesca si è concentrata sull'elaborazione di una figura *ad hoc*, il *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*<sup>88</sup>, cioè il contratto con effetti protettivi verso terzi. Esso determina in capo al terzo non il diritto a pretendere la prestazione, ma solo il rispetto del dovere di protezione, che la parte contrattuale è tenuta a svolgere nei confronti della sua controparte, ma esteso anche nei confronti del terzo.

Karl Larenz, per mezzo della la figura del contratto con effetti protettivi verso i terzi, intese congegnare una sottocategoria all'interno di quella più generale del contratto a favore di terzi<sup>89</sup>, ma che non presentasse tutti gli inconvenienti di quest'ultima<sup>90</sup>. Si creò in tal modo una figura atipica di contratto, che ricollegava l'estensione dello *Schutzbereich* alla constatazione che le parti contraenti sentirebbero come ingiustificata una diversità di trattamento fra loro e determinati soggetti terzi.

Si può sostenere che nel già citato caso *Gasuhrfall* il ragionamento che svolge il giudice tedesco solo apparentemente si appoggia all'elemento volontaristico; già in questa pronuncia, anzi, si può notare l'intenzione di prescindere dalla volontà dei contraenti e di sviluppare in modo autonomo una figura

---

88 Espressione coniata per la prima volta da LARENZ nel 1956 e invece impiegata in giurisprudenza a partire dal 1959 (BGH, 15 maggio 1959, in NJW, 1959, 1676)

89 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Verlag C. H. Beck, München*, I, 1982, 208 ss.: l'A. parla di uno *schwächerer Typus* del *Vertrag zugunsten Dritter*. L'A. sottolinea che non si tratta di un contratto che consente al terzo di richiedere la prestazione principale (*Primärleistung*), bensì solo di essere tutelato attraverso lo strumento contrattuale: "... sondern auch nur dadurch, dass durch das Vertragsverhältnis zu seinen Gunsten Schutzpflichten begründet werden. Es handelt sich nicht um einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten im Sinne des § 328, sondern um einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte".

90 Cfr. quelli citati al precedente paragrafo n. 5.1.2

contrattuale che espliciti i propri effetti protettivi anche nei confronti di terzi<sup>91</sup>.

L'esistenza dello schema generale di un contratto con effetti protettivi verso i terzi è oggi positivamente cristallizzata all'interno del § 311 BGB, comma 3<sup>92</sup>, in cui si afferma che un obbligo ai sensi del § 241 comma 2 BGB può sussistere anche in riferimento a persone che parte del contratto non sono; tale obbligo sorge in particolar modo quando il terzo si trova in un determinato rapporto di fiducia (*Vertrauen*) rispetto alla prestazione prevista dal contratto o alle trattative fra le parti.

La figura del contratto con effetti protettivi verso terzi costituisce l'anello di congiunzione fra le teorie che si basano sulla ricostruzione contrattuale e quelle che ne prescindono: si tratterebbe infatti pur sempre di un contratto, integrato però su base legislativa attraverso l'impiego del principio di buona fede<sup>93</sup>. In questo caso, cioè, l'interpretazione integrativa del contratto non sarebbe giustificata da una presunta lacuna di questo, ma avverrebbe in virtù di un principio generale dell'ordinamento giuridico.

Il contributo della dottrina alla costruzione del sistema si ferma a questo punto, ritenendo che con la positivizzazione di questa particolare figura contrattuale (accessoria) si sia risolto il problema del principio della relatività degli effetti contrattuali; la soluzione della legge sembra tuttavia essere ulteriormente superata dall'opera della giurisprudenza, alla quale, come si vedrà nel paragrafo successivo, viene conferita autorità sufficiente per derogare ai principi dell'ordinamento.

---

91 Cfr. *Bundesgerichtshof* (BGH) 10 febbraio 1930, in RGZ 127.

92 “*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertrags Partei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst*”.

93 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Verlag C. H. Beck, München, I, 1982, 210; “*Diese findet ihre gesetzliche Grundlage...letztlich nur in dem Prinzip von Treu und Glauben*”. In virtù di questa considerazione l'A. ritiene che sia necessario l'elemento della prevedibilità, conoscibilità (*Erkennbarkeit*) della posizione del terzo, perché altrimenti sarebbe ingiustificato chiamare a rispondere il debitore in ragione della buona fede.

#### 5.1.4. *Conclusioni: il mancato superamento dei limiti che la ricostruzione in chiave contrattuale degli obblighi di protezione in riferimento ai terzi può presentare*

Alla luce di quanto si è affermato in questi paragrafi, sembra corretto sostenere che il maggiore ostacolo per giustificare l'estensione degli obblighi di protezione ai terzi che sia fondata sul contratto consista, in definitiva, sempre nel principio di relatività degli effetti contrattuali, non superabile né per la via del contratto a favore di terzi e nemmeno per quella dell'interpretazione integrativa del contratto.

La base per un superamento di un limite che è intrinseco e connaturato al contratto non potrebbe cioè essere logicamente rinvenuta nel contratto stesso.

L'art 1372 c.c., infatti, afferma che “*il contratto ha forza di legge fra le parti*” e che “*non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”<sup>94</sup>. Attraverso tale disposizione si ribadisce che il contratto incontra il limite dell'intangibilità della sfera giuridica dei soggetti che non hanno concorso con il proprio consenso a determinarne il contenuto; e tale intangibilità è affermata in relazione a eventuali conseguenze, sia dannose così come favorevoli, che potrebbero interessare il terzo. L'atto negoziale non può determinare effetti di alcun genere sulla sfera giuridica dei terzi, in quanto il consenso è elemento imprescindibile.

A conclusione di queste considerazioni, seppure parziali, sul problema dell'estensione degli obblighi di protezione anche in capo ai terzi, appare evidente che la ricostruzione che si basa su di un contratto è insufficiente e presta il fianco a tutta una serie di obiezioni difficilmente superabili. Ecco allora che è necessario ricercare altrove il fondamento della figura in questione, in modo tale da aggirare i problemi emersi in questa prima trattazione.

#### 5.2. *Il superamento del principio della relatività degli effetti del contratto attraverso la giurisprudenza e le relative critiche.*

Come si è detto in precedenza, il superamento della ricostruzione contrattuale avviene innanzitutto all'interno del diritto pretorio.

L'estensione dello strumento degli obblighi di protezione anche ai terzi risponde ad una funzione di giustizia materiale; il senso comune avverte come ingiusto il diverso trattamento riservato alle parti ed ai terzi nel caso di danni

---

94 Il caso previsto dalla legge è proprio quello del contratto a favore di terzo *ex art 1411 cc.*

subiti dalla persona o dal patrimonio nel corso dello svolgimento della prestazione. Il giudice, quindi, per sentimento di *bonum et aequum*<sup>95</sup> appresta quegli strumenti che consentono di superare la lacuna normativa, in questo caso attraverso l'estensione della disciplina della responsabilità contrattuale.

Così facendo la giurisprudenza pone in essere un'attività innovativa di sviluppo dell'ordinamento, che oltrepassa i confini della legge. L'art 1372 comma 2 c.c. sancisce infatti che “*il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*” (cioè l'art 1411 c.c., contratto a favore di terzi<sup>96</sup>); ammettendo che la giurisprudenza sia in grado di determinare effetti (di protezione) anche nei confronti dei terzi, potrebbe allora sembrare che si finisca per derogare alla riserva legislativa posta dalla norma.

Le obiezioni concernenti il principio di relatività degli effetti del contratto in questo modo verrebbero superate esclusivamente facendo affidamento sulla forza del diritto pretorio. Esso si fa carico di rispondere alle istanze di tutela prospettate nella pratica, prescindendo dai limiti posti dalle norme.

Ma sorge immediatamente un problema che non è possibile tralasciare: ci si domanda infatti se sia ammissibile che nel nostro sistema la giurisprudenza crei diritto, o per lo meno crei diritto al di là dei limiti concessi dall'interpretazione estensiva o sistematica di norme già presenti nell'ordinamento<sup>97</sup>. Se la risposta dovesse essere negativa, non si vedrebbe su quale presupposto la giurisprudenza possa applicare lo strumento degli obblighi di protezione all'interno del nostro sistema e resterebbe aperta la questione del fondamento giuridico da assegnare all'istituto.

---

95 Questa ricostruzione affonda le sue radici nell'attività del pretore a Roma, il quale adeguava la rigidità del diritto romano alle nuove esigenze che sorgevano nella realtà sociale e dei traffici giuridici, sia concedendo nuove azioni, sia ampliando quelle esistenti in modo da ricomprendervi anche gli stranieri. Ecco allora che al *ius civile* si affianca il *ius honorarium*. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 58 ss.; D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001, 18 ss. Per una trattazione del ruolo dell'equità nel diritto civile odierno, cfr. R. CALVO, *L'equità nel diritto privato, individualità valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffré, Milano, 2010.

96 O comunque altre ipotesi normativamente previste; infatti, nell'attuale formulazione dell'art 1372 è richiamato esclusivamente l'art 1411 cc, ma nulla esclude che altre previsioni di legge anche extra codicistiche possano contenere ulteriori ipotesi di efficacia del contratto nei confronti dei terzi.

97 Sull'ampio tema del ruolo della giurisprudenza come formante di diritto, cfr. tra i molti L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffré, Milano 1975, nel quale si ricostruisce l'evoluzione del ruolo che il *case law* inevitabilmente assume nella costruzione di qualunque ordinamento giuridico, anche di matrice romanistica.



Per affrontare la questione da questo punto di vista è necessario comunque tenere sempre presente la funzione svolta dal giurista: egli infatti si pone come collegamento fra legge e realtà, fra la disposizione normativa così come viene cristallizzata nelle fonti e il precetto legale così come viene in questione nella pratica quando si presenta il momento di svolgere la sua funzione regolatrice del vivere sociale. E' innegabile allora che al giurista in ogni sistema, a prescindere che si tratti di *common law* o *civil law*, viene conferito il compito di perfezionare il sistema giuridico – proprio attraverso la complessa attività di interpretazione-applicazione che porta dalla disposizione alla norma –, al fine di colmarne le lacune e correggerne le imperfezioni rispetto alle esigenze della realtà fattuale.

### 5.3. *Il fondamento legislativo degli obblighi di protezione: principio di buona fede e principio costituzionale di solidarietà sociale.*

La soluzione che meglio sembra soddisfare l'esigenza di ritrovare una giustificazione formale per l'estensione al terzo dell'ambito di tutela offerto dal regime della responsabilità contrattuale sembra essere quella che rinviene tale fondamento nella legge.

Gli obblighi di protezione, secondo parte della dottrina tedesca, fra cui Claus-Wilhelm Canaris, trovano origine appunto nella legge, ed in particolare nel § 242 BGB<sup>98</sup>, che sancisce il principio di buona fede (*Leistung nach Treu und Glauben*), intendendolo come clausola generale che indirizza l'intero sistema. Le esigenze di giustizia materiale che vengono raccolte dalla giurisprudenza sono così soddisfatte attraverso un principio di portata generale che è in grado di fornire all'interprete uno strumento sufficientemente flessibile<sup>99</sup> per risolvere gli innumerevoli problemi che la realtà giuridica presenta<sup>100</sup>.

---

98 “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

99 Con riferimento alla buona fede come clausola elastica, nell'ottica del diritto civile costituzionalizzato, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1991; l'A. sottolinea come, dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, il codice civile del 1942 sia stato letto e reinterpretato attribuendo significato alle numerose clausole in bianco in esso contenute in modo da renderlo compatibile con il nuovo ordinamento repubblicano.

100 Con riferimento al rapporto di protezione *ex lege* originato dal principio di buona fede, cfr. C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen “positive Vertragsverletzungen” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen*, Claus-Wilhelm Canaris *gesammelte Schriften*, de Gruyter, Berlin, 2012, 669 ss.

Questa linea interpretativa è praticabile in quanto il contratto non vincola le parti esclusivamente in relazione a quanto in esso è stabilito, ma esistono invece determinate fonti normative che comportano un'integrazione del suo contenuto, prescindendo da una volontà espressa in tal senso<sup>101</sup>. La buona fede costituisce una di queste e tale principio viene richiamato più volte all'interno del codice civile nella parte in cui detta la disciplina del contratto.

È necessario però precisare che anche questa impostazione ha subito delle critiche e che alcuni autori prospettano una soluzione più radicale del problema. Carlo Castronovo, infatti, obietta che il principio in questione, tanto nell'ordinamento tedesco quanto in quello italiano (art 1175 c.c.), è dettato con riguardo alla vicenda contrattuale e, in particolar modo, al momento esecutivo di essa<sup>102</sup>. All'autore non sembra comprensibile il salto logico in base al quale Claus-Wilhelm Canaris lo estende anche nei riguardi dei terzi; si tratterebbe di un principio previsto al fine di tutelare le parti del rapporto e nulla lascerebbe intendere che esso possa venire in questione anche riguardo ad altre parti.

Tuttavia, il principio di buona fede in realtà sembra essere percepito dagli operatori del diritto come un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico<sup>103</sup> e, di conseguenza, si ritiene riduttivo relegarlo a svolgere un ruolo forte solo all'interno dello svolgimento della prestazione contrattuale<sup>104</sup>.

---

101 È interessante osservare come le clausole normative integrative del contratto siano diffuse in particolare nell'ambito del diritto del lavoro o dei consumatori, cioè in settori dove, come nel caso di specie, si pone con particolare rilevanza l'esigenza di tutelare una parte del contratto che si presenta più debole rispetto all'altra. Con particolare riferimento al settore del diritto del lavoro, cfr. E. GHERA, *Il contratto tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012 fasc. 2, pt. 1, 195 ss. Per una trattazione invece più generale dell'istituto dell'integrazione del contratto ad opera della legge, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

102 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 170 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 285 ss.

103 Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 472 ss.

104 A questo proposito cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 473; "Pur se riferita al momento esecutivo la buona fede rileva come fonte primaria di integrazione del rapporto, prevalente anche sulle determinazioni contrattuali. In tal senso depone il suo valore di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume".

Castronovo auspica comunque una “*revisione dell’autonomia privata sotto il profilo dell’efficacia soggettiva anche alla luce dei nuovi equilibri introdotti dalla carta costituzionale, la quale sul punto non è stata ancora attivata dagli studi privatistici*”<sup>105</sup>; l’Autore cioè considera errato continuare a ritenere che l’autonomia privata si spinga fino ad affermare un inderogabile principio di relatività degli effetti contrattuali, non essendo al contrario in contrasto con detta autonomia il fatto che il contratto possa avere taluni effetti (quantomeno positivi) nei confronti di soggetti diversi dalle parti<sup>106</sup>.

Viene in questione allora la Costituzione come particolare previsione legislativa, contenente principi più che regole<sup>107</sup>, in particolare nel momento in cui all’art. 2 la stessa si occupa di solidarietà sociale. A tale affermazione – per quanto qui interessa – può essere attribuito un diverso valore, più o meno intenso: o si tratta di un principio generale che consente al giudice un’interpretazione costituzionalmente orientata del contratto e che quindi consente di integrarlo sul punto specifico della tutela dei terzi (si torna allora alla tesi della dottrina tedesca, giustificando l’intervento in chiave di solidarietà sociale invece che di buona fede); o si tratta invece di una vera e propria disposizione di dettaglio – una regola – che direttamente modifica il regolamento contrattuale, prescrivendo a tutti i soggetti che agiscono “economicamente” di tenere conto di un’obbligazione generale di solidarietà (che, si potrebbe ipotizzare, finisce per essere simile a una generalizzazione del principio del 2043 in ambito contrattuale)<sup>108</sup>.

---

105 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 175 ss.

106 In realtà, gli studi privatistici si muovono proprio in questa direzione (nel più ampio quadro dell’affermazione della giustizia sostanziale “nel” contratto). A tal proposito cfr. ancora P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1991; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012. Inoltre, ricollegato al tema precedentemente citato a proposito dei settori lavoristico e consumeristico, per spunti cfr. anche E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 411 ss.

107 Famoso a questo proposito è il dibattito svoltosi fra Alexy e Habermas, il primo ritenendo collegati principi e valori, il secondo invece evitando ogni commistione ai fini della riflessione giuridica; a questo proposito cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012; R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010.

108 Se inteso in questo secondo modo l’orientamento espresso da Castronovo viene però criticato da alcuni Autori che sostengono che l’applicazione delle norme della Carta costituzionale debba sempre avvenire attraverso la mediazione di altre norme di rango subordinato, non volendo collocare i principi fondamentali su un altro livello a loro non proprio. Cfr. F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto discipline. priva-*

5.4. *Conclusioni: conferma del carattere autonomo degli obblighi di protezione rispetto al regolamento contrattuale. La confutazione attraverso i casi del contratto nullo, delle trattative precontrattuali e delle obbligazioni ex lege.*

Poter prescindere dalla costruzione degli obblighi di protezione verso terzi che si fondava sul contratto consente di superare le obiezioni legate al principio di relatività degli effetti contrattuali.

Solo prendendo atto della natura autonoma degli obblighi di protezione rispetto alla fonte del contratto è possibile ammettere l'applicazione di questo istituto al terzo senza andare contro uno dei principi caratterizzanti il nostro sistema normativo in materia contrattuale. E, così facendo, si evidenzia come anche concepire gli obblighi di protezione in maniera indipendente consenta, in linea generale (e non solo in riferimento ai terzi), di ricostruire tale istituto in maniera coerente e lineare.

Prescindendo dalle teorie contrattuali, è possibile ricercare un fondamento unitario per gli obblighi di protezione; in caso contrario si dovrebbe invece necessariamente separare la trattazione delle diverse tipologie di obblighi, potendo ammettere la fonte contrattuale in caso di obblighi riguardanti le parti del contratto, ma dovendola invece escludere per quelli riferiti ai terzi, alle parti delle trattative precontrattuali o delle obbligazioni *ex lege*.

È quindi preferibile, anche in presenza di un contratto, affermare che gli obblighi in capo alle parti presentano diversa fonte: il dovere di prestazione ha origine nel contratto, mentre quello di protezione origina dalla legge. Ciò consente di affermare l'azionabilità autonoma degli obblighi di protezione a fronte di una lesione che riguardi esclusivamente tale dovere e non invece la prestazione, correttamente eseguita<sup>109</sup>.

Inoltre, in caso di mancata emancipazione degli obblighi di protezione dal contratto quale (loro) fonte, si finirebbe per ammettere l'estensione della protezione solo a quei terzi che entrano in contatto con lo svolgimento di un rapporto contrattuale, e non quelli che si trovano di fronte ad un rapporto obbligatorio non derivante da illecito ma comunque di altra natura, come avviene in caso di contratto nullo, di trattative precontrattuali e di obbligazioni che sorgono *ex lege*<sup>110</sup>. In tutti questi casi il contratto non esiste o – quantomeno – non è

---

*tistiche, Sezione civile, VII, Torino, 1991, 227 ss. e C. SALVI, Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), Seminario in onore di Stefano Rodotà, Napoli, 2005, 241 ss.*

109 Su questo punto cfr. il capitolo III.

110 Istituti affrontati in via generale nel capitolo I, sezione III, paragrafi 4 e 5; qui inte-

produttivo di effetti e, perciò, se si adottasse la tesi che fonda gli obblighi di protezione su di esso si dovrebbe negare – in presenza di queste situazioni – una loro applicazione sia alla parte che al terzo danneggiato<sup>111</sup>.

Se si vuole prescindere dall'esistenza di un contratto per tutelare il terzo, la soluzione non può che essere ricercata nella legge (nel principio di buona fede, oppure, in alternativa, nel principio di solidarietà *ex art 2 Costituzione*).

## 6. *Il problema dell'individuazione di quali terzi debbano essere tutelati*

### 6.1. *Premessa: la necessità di un rapporto qualificato del terzo con la parte del negozio*

Altro tema, di centrale importanza nella trattazione dell'estensione dell'ambito di applicazione degli obblighi di protezione ai terzi, è quello dell'individuazione di quali terzi rientrino nella sfera di protezione che offre il rimedio qui analizzato.

Innanzitutto, si pone l'esigenza di una premessa. L'efficacia degli obblighi di protezione non si esplica nei confronti di qualunque soggetto sia terzo rispetto al contratto, ma è condizione essenziale che il terzo abbia un rapporto qualificato con le parti del negozio o con lo svolgimento della prestazione stessa e che, quindi, emerga nella propria individualità all'interno della generica categoria dei terzi<sup>112</sup>. In caso contrario, non avrebbe più senso la figura stessa della responsabilità extracontrattuale, che verrebbe svuotata di significato qualora si concedesse alla parte di scegliere a proprio piacimento se attivare gli schemi della responsabilità aquiliana o di quella per inadempimento<sup>113</sup> (così

---

ressano solo come conferma del ragionamento svolto fino a questo momento.

111 Per una panoramica degli obblighi di protezione in riferimento alle fonti di obbligazione diverse dal contratto, cfr., fra gli altri, L. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Cedam, Padova, 1977; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, *Temi*, 1965, 458 ss.; G. GRECO, *Formazione di contratto nullo e responsabilità extracontrattuale*, *Temi*, 1952, 467 ss.; V.E. CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1956, 470 ss.

112 Il terzo cioè deve vantare una posizione giuridica differenziata e qualificata, in ciò sostanziandosi tale "individualità".

113 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 166; "La cerchia di coloro che sono protetti *ex contractu* non può ovviamente essere indefinita, pena l'eliminazione ingiustificabile e perciò arbitraria della differenza normativa fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale".

che – come si era accennato in precedenza – l’obbligo di protezione avrebbe potuto finire per essere interpretato come una generalizzazione del 2043 anche alla sfera del contratto).

A questo punto nasce l’esigenza di fornire un criterio rigoroso che sia in grado di individuare quali siano i terzi che è possibile equiparare alle parti dell’obbligazione a fini di protezione, affinché tale selezione del terzo avvenga in virtù di un suo particolare e qualificato rapporto con le parti e non – invece – in virtù di scelte di prossimità o di opportunità non controllabili (di fatto rimesse al giudizio, talvolta arbitrario, dell’interprete)<sup>114</sup>.

## 6.2. *L’individuazione ad opera della parte: critiche*

Riemerge ora la questione, trattata più sopra<sup>115</sup>, del fondamento contrattuale o meno dell’estensione della tutela per inadempimento anche ai terzi. Ci si domanda se si possano e si debbano prendere in considerazione solo quei terzi a cui in concreto hanno fatto riferimento le parti, o cui presumibilmente le stesse potevano aver pensato al momento della stipulazione del contratto; la questione è cioè se il terzo da tutelare sia individuato in base ad una scelta in tal senso della parte del rapporto contrattuale<sup>116</sup>.

Questa impostazione pare da rifiutare. Infatti, basandosi sulle stesse argomentazioni che hanno spinto in precedenza a concludere per l’inammissibilità della ricostruzione in chiave contrattuale degli obblighi di protezione, affermare che i terzi tutelati sono solo ed esclusivamente quelli a cui hanno pensato le parti del rapporto costringerebbe ad escludere la tutela di quei soggetti in riferimento ai quali le parti nulla hanno stabilito. Ciò risulterebbe profondamente iniquo al senso comune, nella misura in cui nelle concrete circostanze della vita spesso il terzo si può invece venire a trovare in una particolare posizione, qualificata rispetto alla generalità dei terzi, che lo rende distinguibile da questi e che spinge a ritenere auspicabile (se non dovuta) una sua più intensa tutela.

Ricorrere allo strumento dell’interpretazione integrativa del contratto sarebbe sempre una forzatura, perché, come già visto, questo in realtà non presenta nessuna lacuna e il terzo ben poteva non essere stato preso in considera-

---

114 Si pensi ad un caso deciso dalla Corte di Francoforte nel 1986 (LG Frankfurt 18 febbraio 1986, in NJW-RR, 1986, 966), che ha accordato tutela contrattuale al fidanzato della figlia del padrone di casa che aveva ordinato delle pizze da asporto; il ragazzo aveva agito in giudizio per il risarcimento dei danni (macchie di unto) subiti ai propri abiti al momento della consegna delle pizze.

115 Cfr, più sopra il paragrafo 5.1.

116 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 271 ss.

zione per nulla dalle parti – né esplicitamente né implicitamente –, in quanto il suo futuro incorrere nel rapporto contrattuale poteva essere del tutto imprevedibile al tempo della stipulazione.

### 6.3.1. *La ricerca di criteri materiali di individuazione del terzo*

In alternativa alla ricostruzione che richiede l'individuazione dei terzi tutelabili in una prospettiva contrattuale (di loro esplicita o implicita volontaristica presa in considerazione), si è delineata una chiave di lettura che privilegia l'elemento materiale e che da esso fa discendere una serie di requisiti che – di norma – fanno sì che il terzo si trovi in una posizione ontologicamente qualificata (tale da giustificare la sua tutela per via del rimedio di natura contrattuale costituito dagli obblighi di protezione).

La dottrina tedesca ha individuato progressivamente tre criteri di ordine differente che, anche integrandosi reciprocamente, concorrono a risolvere la questione.

In un primo momento si era teorizzato solo il c.d. criterio della prossimità (*Leistungsnahe*)<sup>117</sup>. La prossimità sta ad indicare una situazione di particolare vicinanza che si instaura fra la parte contrattuale e un determinato terzo, che così si distingue dal gruppo indefinito e generale dei soggetti estranei al contratto.

Tale prossimità andrebbe valutata non in relazione alla natura del contratto, bensì alla natura specifica e concreta della prestazione<sup>118</sup>; di fronte ad un contratto dello stesso tipo ben potrebbe darsi dunque che l'obbligo di protezione sussista in un caso, e non nell'altro, perché diversa potrebbe essere la natura della prestazione<sup>119</sup>. Si sottolinea ulteriormente come si tratti di un criterio strettamente connesso alle circostanze del caso concreto, non inquadrabile *a priori* all'interno di categorie che lo ricolleghino al contratto formalmente posto in essere dalle parti<sup>120</sup>.

---

117 Cfr. J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnahe*, *Festschrift für Nikisch*, 1958. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, 85 ss.

118 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 264 ss.

119 Ad esempio *Bundesgerichtshof* (BGH) 10 maggio 1951 NJW, 1951, 596 ha escluso la responsabilità contrattuale in capo ad una clinica nei confronti del parente di uno degli ospiti che si era infortunato nella struttura in questione.

120 In altri termini, si intende dire che il criterio della prossimità poco si presta ad una sistematizzazione operata *ex ante*, che anche partendo dai casi concreti possa portare ad una generalizzazione di strutture e requisiti che siano idonei ad indicare con certezza (sebbene nell'ambito di un giudizio prognostico) i terzi tutelabili. Tale criterio

La prossimità giustifica l'estensione della tutela anche al terzo perché egli, in ragione di questa sua condizione, si ritrova in una posizione assimilabile a quella della parte contrattuale (sotto il profilo dell'aspettativa di un'attenzione specifica nei rapporti che possano insorgere). Alla luce di ciò è tutelato solo il terzo che si trovi in una condizione tale per cui il pericolo da lui corso sia dello stesso tipo di quello che può gravare sulla parte del contratto.

Nel caso concreto si dovrà quindi verificare che il terzo si venga a trovare in una condizione analoga a quella della parte, in virtù proprio di una sua "prossimità" o "vicinanza" ad essa; il rischio che il terzo risulti danneggiato dal contratto deve essere pari al rischio che danneggiata sia la parte stessa, e l'omogeneità di tale rischio tanto più si accresce quanto più il terzo si trova in una relazione di stretta prossimità rispetto alla parte<sup>121</sup>.

A tal proposito sorgono però delle questioni: la dottrina<sup>122</sup>, infatti, non si è limitata ad indicare il criterio di una generica prossimità ma, in relazione ad esso, ha posto ulteriori condizioni che contribuiscono a specificarne il contenuto.

È necessario che la prossimità del terzo rispetto alla prestazione sia conosciuta o conoscibile dall'obbligato, cioè da colui che in futuro potrebbe essere tenuto a risarcire il danno anche nei confronti del soggetto diverso dalla propria controparte contrattuale; tale conoscenza determina nell'obbligato (anche solo presuntivamente) la consapevolezza che con il contratto egli non assume rischi solo nei confronti del soggetto che con lui concorre a formare il contenuto del regolamento negoziale, ma anche nei confronti di determinati terzi che si pongono in stretta relazione con esso. Per il sorgere dell'obbligo di protezione nei confronti del terzo sarebbe quindi necessaria la consapevolezza della condizione di rischio che la stipulazione del contratto fa sorgere in capo a tale soggetto estraneo (consapevolezza che è in effetti precondizione logica per l'apprestarsi delle condotte protettive che formano oggetto dei predetti obblighi).

---

al contrario sembra sfuggire a simili tentativi, per ricollegarsi strettamente ed imprescindibilmente alle caratteristiche che di volta in volta la fattispecie concreta presenta.

121 La prossimità di alcuni soggetti rispetto alla prestazione oggetto del contratto va determinata di volta in volta secondo le circostanze del caso concreto; ad esempio, in BGH, 2 novembre 1983, la Corte ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno a tutti gli interessati all'acquisto di un immobile cui era indirizzata una relazione di stima, commissionata però da uno solo di essi.

122 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Verlag C. H. Beck, München I, 1982, 211: "*Die Einbeziehung des Dritten kann ferner dann geboten sein, wenn dieser an der Erfüllung der verletzen (primär dem Gläubiger gegenüber bestehenden) Pflicht erkennbar ein eigenes Interesse hat, und die verletzte Pflicht gerade auch sein Interesse mit schützen soll*".



Tale conoscenza o conoscibilità deve essere a sua volta di un certo tipo: la si deve accertare in concreto e non sulla base di valutazioni di tipo astratto, fondate su ciò che per lo più accade<sup>123</sup>; inoltre, non è sufficiente sapere che una generica categoria di terzi può essere coinvolta nello svolgimento del contratto, ma tali terzi devono essere individuati o quantomeno individuabili (cioè devono appartenere ad un gruppo facilmente delimitabile e riconoscibile).

Alcune critiche sostengono però che tale criterio risulterebbe nella pratica molto vago, perché non fornirebbe un indirizzo chiaro all'interprete che si trovi a dover determinare se tale situazione di prossimità sussista o meno<sup>124</sup>; inoltre, una delle questioni rimaste aperte è quella del definire se la prossimità debba consistere in una relazione stabile oppure no.

Per superare le obiezioni sollevate in relazione al criterio della prossimità, una diversa ricostruzione viene affiancata a questa, impiegata talvolta come parametro integrativo rispetto alla prossimità o, in altri casi, come criterio autonomo e alternativo.

Essa si basa sulla sussistenza di un dovere di cura in capo alla parte del contratto, che la pone in una condizione di garanzia per il terzo (*Wohl und Wehe*<sup>125</sup>, del bene e del male del terzo). Si sposta cioè l'attenzione dal terzo alla parte del contratto: a fronte della prossimità di determinati soggetti, in capo alla parte contrattuale è ravvisabile un corrispondente "dovere di cura" che fa sì che essa non sia indifferente alle posizioni di interesse di questi<sup>126</sup>.

Parentela, convivenza, lavoro sono le situazioni che determinano l'esposizione del terzo al pericolo e che fanno sorgere il relativo dovere di cura in capo alla parte contrattuale.

---

123 Per un'analisi critica dell'applicazione delle massime di esperienza, al fine di precisare se sia sufficiente l'integrazione dell'"*id quod plerumque accidit*", o se invece sia necessario un maggior grado di certezza insito nel criterio dell'"*id quod semper necesse*", cfr. P. DI RONZA, *Elemento probatorio, indizio e massime di esperienze (Nota a Trib. Roma 7 dicembre 1977)*, in *Giurisprudenza di merito*, 1979 fasc. 1, 116 ss.

124 A questo proposito cfr. A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 1 ss.

125 Cfr. U. HUBNER, *Vertrag mit Schutzwirkung für dritte und Ersatz von Vermögensschäden*, in *VersR* 1991.

126 Cfr. D. MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, Heymann, Berlin, 2007; J. GERNHUBER, *Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis*, Mohr, Tübingen 1989, 460 ss. Si noti peraltro la similitudine esistente fra la figura del dovere di cura in questa sede delineato e il *duty of care* proprio dell'ordinamento inglese, quale dovere sussistente in capo alla parte affinché questa adotti uno standard di ragionevole cura nello svolgere atti che potrebbero presumibilmente cagionare danni a dei terzi.

Un'evidente omogeneità di fattispecie è a proposito rinvenibile con riferimento ai delitti omissivi impropri nel diritto penale.

In questi casi non viene sanzionata la mera condotta omissiva, che da sola non è sufficiente ad integrare l'elemento oggettivo del reato, come invece avviene per i reati omissivi propri, ma da tale condotta omissiva deve derivare un determinato evento che il soggetto era tenuto ad evitare attivandosi. Il problema è allora quello di individuare il nesso di causalità fra l'omissione e l'evento, stabilendo cioè se quest'ultimo non si sarebbe verificato se il soggetto si fosse attivato (attraverso un procedimento di sostituzione mentale di tipo ipotetico).

Ai fini dell'analisi che qui si sta svolgendo, interessa confrontarsi con i criteri elaborati dalla dottrina penalistica per individuare il soggetto obbligato ad impedire l'evento. Sono ravvisabili tre orientamenti distinti: la teoria formale, la teoria sostanzialistico-funzionale e la c.d. teoria mista. La prima ricostruzione risponde a maggiori esigenze di certezza, sostenendo che l'obbligo di impedire l'evento può derivare esclusivamente da una fonte formale, quale la legge, il contratto o l'ordine dell'autorità giudiziaria; all'opposto si pone invece la teoria sostanzialistico-funzionale, che sposta l'attenzione verso la posizione di garanzia del soggetto, comunque originata, sia essa assunta contrattualmente e volontariamente, oppure derivante dalla situazione fattuale in cui si trova il soggetto (che così la subisce, contro o indipendentemente dalla sua volontà). La teoria mista – infine – integra fra loro le due tesi precedentemente esposte, ritenendo non rinunciabile il rispetto del principio di riserva di legge e di tassatività imposto dall'ordinamento penale<sup>127</sup>.

Evidenziata l'analogia strutturale con questo ordine di fattispecie penali (relative ai c.d. obblighi di protezione), e tornando invece ai profili più strettamente di diritto civile, il citato criterio del dovere di cura presta però il fianco alla considerazione che, talvolta, il terzo che necessita di essere tutelato non presenta un interesse aderente a quello della parte, bensì opposto.

Si pensi al caso del proprietario di un immobile che lo fa stimare da un perito. L'attività svolta dal perito interesserà certamente il terzo acquirente, benché questi si trovi ad essere collocato all'esterno del rapporto di prestazione professionale instauratosi fra proprietario e perito; tuttavia, è facile comprendere come l'interesse del proprietario e quello del terzo siano contrapposti, essendo il primo maggiormente beneficiato da una valutazione alta del valore

---

127 Cfr. per approfondimenti G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983. Tra i numerosi articoli in materia, si veda anche in particolare F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004 fasc. 4, 984 ss.

dell'immobile e il secondo al contrario da un minor valore ad esso attribuito in stima<sup>128</sup>.

Un'ulteriore diversa ricostruzione sostiene che il terzo debba poter vantare un affidamento (*Vertrauensverhältnis*) sul corretto svolgimento della prestazione<sup>129</sup>: sarebbero proprio la prossimità e il dovere di cura della parte contrattuale – quindi – a far insorgere nel terzo una tale aspettativa, che porterebbe al riconoscimento della tutela in caso di sua mancata soddisfazione.

### 6.3.2. Conclusioni

Se i criteri della prossimità e del dovere di cura risultano più facilmente riscontrabili, quello dell'affidamento presenta maggiori problemi in ordine al suo accertamento.

Infatti, in questo modo si rischia di spostare eccessivamente l'attenzione sulla componente soggettiva (psicologica) del terzo da tutelare, rimettendo in definitiva alle sue proprie affermazioni di interesse (sotto specie di aspettativa di un bene della vita, dipendente in modo diretto o indiretto dalla parte del contratto) l'effetto di definire l'estensione dell'ambito di protezione<sup>130</sup>.

È invece necessario fare ricorso ad un'impostazione che consenta di fornire indicazioni quanto più possibile precise ed oggettive, al fine di individuare in modo certo la categoria dei terzi in esame<sup>131</sup>; d'altro lato, però, si deve fuggire il rischio di restringere eccessivamente la fattispecie e di rinserrare i margini all'interno dei quali si può muovere l'interprete, facendo in modo che questi possa rispondere al meglio agli imprevedibili problemi che la realtà può presentare. Si deve cioè fuggire, anche in questo ambito, dai difetti tipici di una

---

128 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 267 ss.

129 Va notato come nella dottrina italiana la civilistica valorizzi questo profilo sub specie di clausola di buona fede; dalla stessa, la dottrina amministrativistica invece ha proceduto a parlare esplicitamente di "affidamento", attribuendo a tale nozione un ruolo sempre più centrale (cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970).

130 Cfr. a questo proposito A. DI MAJO, *La protezione del terzo fra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 1 ss.

131 Per una trattazione generale del tema della certezza del diritto, cfr. G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005. Per la trattazione classica del tema in Italia, cfr. F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968.

tipizzazione troppo rigida<sup>132</sup>.

#### 6.4. *Casistica: l'esempio dei doveri di protezione conseguenti al contratto ginecologico*

Sul tema dell'individuazione di quali terzi possano essere tutelati nelle forme degli obblighi di protezione, il settore nel quale la giurisprudenza italiana si è trovata più spesso a cimentarsi riguarda i contratti di assistenza medica o, più precisamente, il c.d. contratto ginecologico<sup>133</sup>.

Nella sentenza 12 maggio 1993, n. 11503<sup>134</sup>, la Cassazione ha affrontato la questione del contratto con effetti protettivi verso terzi in relazione alle diverse situazioni che si erano venute profilando nella fattispecie concreta<sup>135</sup>. Il medico aveva omesso di diagnosticare delle gravi malformazioni del feto e, quindi, successivamente al parto si poneva la questione del risarcimento dei danni<sup>136</sup>.

---

132 Rispetto al tema della rigidità del civil law strettamente inteso e sulla virtù di maggior flessibilità del common law, peraltro, vanno segnalate le riflessioni che tendono a stemperare nella realtà degli ordinamenti tale distanza. In questo senso parla di tinte forti della contrapposizione common law-civil law A. DI ROBILANT, U. MATTEI, *International style e postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001 fasc. 1, 89 ss., che definisce retorica la netta distinzione dei due modelli.

133 S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2008, in particolare per quanto riguarda la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente 474 ss. Sempre restando nell'ambito della responsabilità del medico, la giurisprudenza tedesca ha esteso la tutela contrattuale ai danni subiti a causa dell'impotenza del partner provocata da un intervento chirurgico, costruendo la fattispecie in termini di contratto con effetti protettivi verso i terzi; cfr. H. B. ZIEGLER, J. PHILLIP, *Impotenz durch Behandlungsfehler - geht der Partner leer aus? Aufsätze*; Heft 4; S. 181.

134 Altra pronuncia che parla espressamente di *Schutzpflicht* è la sentenza 14488/2004, che si è espressa sul caso di due coniugi affetti da talassemia.

135 Per un commento dottrinale alla sentenza citata, che da conto del suo revirement (con approfondimento in merito ai profili di analisi della struttura dell'illecito civile e problemi della soggettività del concepito), cfr. G.P. MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana ovvero della possibile diacronia di condotta illecita ed avveramento del danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998 fasc. 4-5, 1120 ss., dove si commentano anche le successive sentenze Trib. Monza 8 maggio 1998 e Trib. Monza 28 ottobre 1997.

136 Il tema è quello della *wrongful live*, cioè – letteralmente tradotto – della vita ingiusta; si intende l'azione proposta non tanto per il risarcimento dovuto a causa della nascita del feto affetto da grave handicap, ma della domanda giudiziale con cui si lamenta piuttosto la lesione del diritto di decidere in merito all'interruzione della

In tale fattispecie, con riferimento alla madre è pacifico che essa possa agire in via contrattuale contro l'ente ospedaliero ed il sanitario<sup>137</sup>, in quanto principale destinataria del contratto di cura medica; la questione si complicava con riguardo al padre e al bambino nato disabile, posizioni specifiche che la Corte affronta una per volta<sup>138</sup>.

Secondo l'impostazione tradizionale il padre non potrebbe vantare alcuna pretesa risarcitoria in quanto – non essendo parte del contratto – il danno che egli eventualmente si trovasse così a patire non lo riguarderebbe direttamente, ma sarebbe invece di carattere mediato<sup>139</sup>. La giurisprudenza sembra però progressivamente abbandonare questa impostazione, per configurare nel contratto che la gestante stipula con la casa di cura un contratto con effetti protettivi verso terzi<sup>140</sup>; infatti, il contratto non obbligherebbe il professionista (o l'impresa)

---

gravidanza per evitare la nascita stessa del feto. Tale tema è stato oggetto di numerose pronunce in diversi paesi, che ne hanno portato in evidenza profili molteplici, quali l'interesse del nato a non nascere, e l'interesse invece proprio dei genitori. Per spunti sul tema cfr. tra l'ampia letteratura B. STEINBOCK, *Life before birth, the moral and legal status of embryos and fetuses*, Oxford University Press, New York, 2011. Cfr. anche A. FERRARIO, *Il danno da nascita indesiderata*, Giuffrè, Milano, 2011.

137 Sul ruolo della responsabilità da contatto sociale rispetto agli obblighi di protezione, cfr. il capitolo IV.

138 “Con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza - qualsiasi possibile danno. Il contratto, intercorso tra la partoriente e l'ente ospedaliero, si atteggia come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nei confronti del nato, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in parte, anteriormente alla nascita; ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse”. Cfr. il punto 3 dei motivi della decisione.

139 A proposito di tali fattispecie, qualificate dalla dottrina come “danno da rimbalzo”, cfr. F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, fasc. 4, 1003 ss.

140 A riguardo è peraltro fondamentale interrogarsi su quale sia la causa del contratto; in questo caso il contratto sarebbe proprio per sua natura ontologicamente esteso a tutelare l'aspettativa di entrambi i genitori, andando a fondare questa operatività nella sua funzione economico-sociale tipica. Per approfondimenti sulla causa del contratto, cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008; T. DALLA MASSERA, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004.

esclusivamente a quanto in esso concordato, ma anche a delle prestazioni supplementari che arricchiscono il contenuto del negozio e lo obbligano anche a salvaguardare la controparte e i soggetti che – rispetto ad essa – si pongono in una situazione di particolare vicinanza. Ciò sarebbe desumibile da norme quali gli artt. 1175, 1374 e 1375 c.c., che costituiscono fonte di etero integrazione del contratto stesso.

In questo caso il padre<sup>141</sup> rientrerebbe nel novero dei terzi che possono vantare un certo grado di *proximity* con la parte contrattuale, in ragione del diritto della coppia a programmare la propria vita familiare<sup>142</sup>.

Sempre secondo la Cassazione<sup>143</sup>, anche il concepito è tutelato dal contratto stipulato dalla gestante<sup>144</sup>, nel senso che questi ha il diritto a nascere sano, così

---

141 Cassazione 6735/2002: anche il padre è uno dei soggetti protetti dal contratto che, quindi, può essere tutelato sulla base di esso; questa pronuncia però non si richiama esplicitamente alla figura del contratto con effetti protettivi verso i terzi.

142 A questo proposito viene in considerazione anche l'articolo 8 CEDU, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare": "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Tale norma è finora venuta in considerazione in particolare in due giudizi della Corte EDU, con riferimento alla legislazione polacca e a quella irlandese; a questo proposito cfr. F. CONSORTE, *Intervento della Corte EDU sull'interruzione della gravidanza: legislazione Polonia, (Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. IV 26 maggio 2011 (R.R. c. Polonia))*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2012, fasc. 1, 291 ss.; A. OSTI, *Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legalizzazione dell'aborto in Irlanda?*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, fasc. 1, 156 ss.

143 Cassazione Sezione III, 20 ottobre 2005, n. 20320.

144 Con riguardo al concepito, un'altra questione molto discussa riguardava il problema di configurare il nesso di causalità fra due soggetti dei quali uno non ancora venuto ad esistenza; l'art 1 cc infatti subordina l'acquisto di personalità giuridica alla nascita e, quindi, prima di tale evento non sarebbe possibile la sussistenza di diritti in capo al nascituro. La giurisprudenza tradizionale (fra cui ad esempio Cassazione 3467/1973) non riconosceva azione in capo al bambino nato con disabilità, mentre la soluzione fornita dalla giurisprudenza più recente è nel senso di ritenere che il nascituro sia titolare di una legittima aspettativa a nascere sano, la quale – al momento della nascita – si trasforma in un vero e proprio diritto. A sostegno di tale teoria si pone la pronuncia della Corte costituzionale (27/1975, in materia di aborto) che afferma che nella categoria "individuo" di cui parla l'art 32 Cost. in tema di diritto alla salute, rientra anche il nascituro.

come si può desumere dall'art 32 Costituzione, che afferma il diritto alla salute come diritto inviolabile di ogni persona<sup>145</sup>.

Per quanto interessa ai fini del tema trattato, uno dei problemi che sono sorti nel riconoscere al neonato azione nei confronti del medico, è stato quello di stabilire se quest'ultimo rispondeva solo per i danni da lui causati per un comportamento diretto e positivo, oppure se fosse da addossare allo stesso anche il danno cagionato da mancata diagnosi di malformazioni o malattie gravi; l'orientamento che è prevalso è nel senso di ammettere in ogni caso la responsabilità del medico che cagioni al nascituro un danno mediante un contegno attivo od omissivo<sup>146</sup>.

Sempre in riferimento alla questione delle omissioni, la Cassazione, nella sentenza 28 dicembre 1973, n. 3467, si era soffermata sul problema della causalità<sup>147</sup>. Al fine di affermare se il comportamento del medico abbia determinato l'evento della nascita del feto afflitto da handicap non è strettamente necessario che fra i due eventi rilevanti (nascita e insorgenza della malattia) si instauri una relazione diretta, ma è sufficiente fare ricorso al criterio del *quod plerumque accidit*, cioè della causalità adeguata. In altri termini, per aversi responsabilità è sufficiente che il comportamento del medico abbia determinato in qualunque modo, sia commissivo che omissivo, una maggiore probabilità

---

145 Che è cosa diversa dall'affermare il suo diritto a non nascere se non sano, diritto non riconosciuto dalla nostra giurisprudenza; cfr. Cassazione 14488/2004: “*Il nostro ordinamento positivo tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui se di diritto vuol parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere*”.

146 Per una panoramica degli orientamenti in materia di colpa del professionista e del relativo problema di individuazione della sussistenza del nesso causale, cfr. G.A. NORELLI, *Indeterminatezza scientifica e ragionevole dubbio: una identità costante nella causalità omissiva?*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009 fasc. 1, 3 ss.; F. ZAULI, *Intervento di routine: il giudice esige che sia infallibile*, in *La Responsabilità Civile*, 2008 fasc. 6, 550 ss., Nota a Cass. sez. III civ. 26 giugno 2007, n. 14759.

147 In tema di causalità in ambito medico, cfr. L. DI TRAMONTANO, R. BORDON, S. ROSSI, *La nuova responsabilità civile. Casualità. Responsabilità oggettiva. Lavoro*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010, 245 ss.; A. FERRARIO, P. MARIOTTI, A. SERPETTI, *La responsabilità medica. Questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2010. È interessante osservare come il problema si ponga anche in ambito penale; a questo proposito si prenda in considerazione la nota sentenza Franzese (Cassazione penale Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328), in cui si afferma che ai fini della responsabilità penale del medico può venire in considerazione solo “*la condotta umana, attiva o omissiva, che si pone come condizione «necessaria» — condicio sine qua non — nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato*”.

per il feto di non nascere sano<sup>148</sup>.

La questione si era posta anche in Francia, dove la Corte di cassazione (*arrêt Perruche*), aveva ritenuto ammissibile la domanda di risarcimento del bambino nato con handicap. Nel 1996 la Corte di Cassazione francese si era pronunciata una prima volta sul caso Perruche, censurando la decisione della sentenza di appello che aveva rifiutato il risarcimento accordato invece in primo grado; la Cassazione con tale pronunzia sancì che: “*Attendu qu’en se déterminant ainsi, alors qu’il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l’enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d’appel a violé le texte susvisé*”.

La causa veniva a questo punto rinviata alla Corte di appello di Orléans per essere nuovamente decisa nel merito, e i giudici del rinvio affermarono che il pregiudizio subito dal bambino non era dovuto agli errori medici, bensì all’infezione e negava nuovamente il risarcimento. I genitori, sulla base di tale esito negativo, ricorrevano per una seconda volta in Cassazione, dove la controversia veniva discussa a Sezioni unite il 17 novembre 2000, decidendo nel senso

*“que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l’exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d’exercer son choix d’interrompre sa grossesse et ce afin d’éviter la naissance d’un enfant atteint d’un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”.*

L’impostazione giurisprudenziale così affermata veniva però fatta oggetto di un intervento del Parlamento. Con la legge 303/2002 si ammette il risarcimento del danno solo in presenza di malformazione dovuta ad un comportamento positivo, e non semplicemente per il caso di riconducibilità della menomazione alla mera mancata diagnosi della stessa (e conseguente mancata interruzione volontaria della gravidanza)<sup>149</sup>.

---

148 Alla problematica del nesso di causalità nel diritto penale è stata data soluzione attraverso l’elaborazione di diverse teorie, dalla teoria della causalità naturale, adeguata, umana, fino ad arrivare alla teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche; per un approfondimento di questo tema cfr. G.E. NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2012; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità dalla teoria condizionalistica alla responsabilità proporzionale*, Cedam, Padova, 2012.

149 Si tratta della c.d. *loi Kouchner*, n.303, del 4 marzo 2002 in materia di “*droits des malades et à la qualité du système de santé*”.



Una diversa fattispecie è quella affrontata dalla Cassazione nella sentenza 21 gennaio 2009, n. 10741<sup>150</sup>. In questo caso il problema non concerneva infatti la mancata diagnosi di malformazioni del feto, ma l'erronea (o nulla) informazione fornita alla coppia in riferimento a determinati medicinali, che avevano provocato in un secondo momento l'insorgere di gravi patologie nel feto<sup>151</sup>; la Corte afferma che i medici sono tenuti all'indennizzo se hanno violato il dovere

*“di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine alla terapia prescritta alla madre (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro) sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso”.*

Particolarmente interessante per comprendere i limiti applicativi della figura del contratto con effetti di protezione verso i terzi è la sentenza della Cassazione 26 febbraio 2001, n. 12198<sup>152</sup>. Nel caso di specie il padre chiedeva il risarcimento dei danni patiti dalla figlia in ragione dello stato vegetativo della madre, provocato da un errore medico commesso durante il parto. L'attore sosteneva che il contratto di cura non tutelasse solo madre e figlia nel momento della prestazione delle cure mediche, ma che fosse volto anche a consentire l'instaurazione della relazione fra le due; tale relazione era stata interrotta o comunque pregiudicata dai danni provocati alla madre in virtù dell'errore medico, compromettendo conseguentemente le prospettive di crescita della neonata<sup>153</sup>.

---

150 In commento a questa sentenza, cfr. A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *il Corriere giuridico*, 2010 fasc. 3, 369 ss.; M. FEOLA, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il "diritto a nascere sano")*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2010 fasc. 1, 9 ss.

151 Sulla problematica del consenso informato come dovere del medico di fornire al paziente tutte le indicazioni necessarie per una scelta consapevole in merito al se sottoporsi o meno ad una determinata terapia, cfr. fra gli altri i più recenti G. CASCIARO, P. SANTESE, *Il consenso informato*, Giuffrè, Milano, 2012; N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2012; S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010 fasc. 7-8, pt. 1, 790 ss., Nota a Cass. sez. III civ. 9 febbraio 2010, n. 2847.

152 Si dà conto di questa pronuncia in A. BATÀ, A. SPIRITO, *Osservatorio di legittimità, in Danno e responsabilità*, 2002 fasc. 2, 201 ss.

153 In merito al danno da mancata relazione parentale conseguente alla omessa diagnosi di gravissime malformazioni come forma di danno esistenziale, cfr. G. CASSANO, *Danno esistenziale, e così sia!*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2001 fasc. 3, 1052 ss.; P. CENDON (a cura di), *Il quantum nel danno esistenziale: giurisprudenza e tabelle*, Giuffrè, Milano, 2003, 99ss.

La Corte respinge questa impostazione, ritenendo il motivo privo di fondamento e “*meramente assertivo*”. Sarebbe infatti necessario distinguere la prestazione medica, unico oggetto del contratto che impone al professionista “*obblighi di diagnosi, cura e assistenza*”, da un preteso ulteriore obbligo alla tutela della relazione madre-figlia; solo la violazione del primo ordine di obblighi darebbe vita a responsabilità contrattuale. Nel caso di specie il padre avrebbe fatto valere non tanto la violazione dell’obbligo di cura medica, ma (direttamente)

*“la lesione della situazione soggettiva della minore, che, quale terza qualificata dal rapporto con il soggetto danneggiato, chiede il ristoro dei danni riflessi subito, anche di natura non patrimoniale”*,

cioè il risarcimento di un danno extracontrattuale<sup>154</sup>.

La Corte nel caso citato affronta comunque anche il punto relativo al contratto con effetti protettivi verso i terzi, che il ricorrente aveva richiamato fondando le sue pretese sulla ricostruzione operata in una precedente pronuncia (Cassazione, 11503/1993<sup>155</sup>); il giudice eccepisce però che le circostanze del precedente citato erano del tutto diverse rispetto a quelle del caso di specie, non potendosi quindi prospettare un’estensione della *ratio decidendi* costruita sulla figura dell’obbligo di protezione anche a una fattispecie concreta come quella descritta.

La Cassazione ha, infatti, affermato che

*“col ricovero della gestante l’ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita, evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza... – qualsiasi possibile danno”*<sup>156</sup>.

Il contratto che si instaura fra le parti è quindi inteso anche al fine di mantenere indenne il nascituro dal rischio di eventuali lesioni prodotte in conseguenza della prestazione medica;

*“è stato posto in rilievo, tuttavia, come numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Si parla di “contratti con effetti pro-*

---

154 Nel caso di specie prescritto, perché il diritto è stato fatto valere a più di cinque anni di distanza dal fatto.

155 In commento a questa sentenza cfr. G.P. MIOTTO, *Il nascituro e la responsabilità aquiliana ovvero della possibile diacronia di condotta illecita ed avveramento del danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998 fasc. 4-5, 1120 ss.

156 Cfr. punto 3 del considerato in diritto della sentenza 11503/1993.

*tettivi a favore dei terzi”, nell’ambito dei quali, in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale perman- ga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del qua- le è posta quella previsione”<sup>157</sup>.*

In questa ipotesi è ritenuta pacifica la configurabilità del contratto con effetti protettivi verso i terzi, ma la Cassazione precisa immediatamente – come si era anticipato – che il caso in questione non rientra nella stessa categoria:

*“diverso è il caso di specie in cui, andando oltre il principio della relatività de- gli effetti del contratto proprio del nostro ordinamento, viene richiesto un risar- cimento quale conseguenza dell’inadempimento dell’obbligo di prestazione me- dica nei confronti del terzo. In tal caso, come si è detto, non rileva la violazione di un obbligo ma la lesione della situazione soggettiva della minore, la cui pro- spettazione è inquadrabile nella responsabilità aquiliana”<sup>158</sup>.*

## 7. *Natura e quantificazione del danno risarcibile*

Anche in riferimento alla questione dell’applicazione degli obblighi di prote- zione rispetto ai terzi si è posto il problema – in caso di violazione – di quale fosse il danno risarcibile; la questione è comune alla trattazione generale dell’istituto, ma anche in questa sede vanno ricordate le tappe di sviluppo della problematica per evidenziarne le specificità in relazione ai terzi<sup>159</sup>.

Si evidenzia – in particolare all’interno della giurisprudenza tedesca – una linea di evoluzione che sembra avere tendenza espansiva. In Germania si è vi- sto come il caso che aveva originato lo studio dell’estensibilità degli obblighi di protezione verso i terzi fosse stato il c.d. caso *Gasuhrfall*: il risarcimento del danno subito riguardava la lesione dell’incolumità della persona<sup>160</sup>.

---

157 Cfr. punto 3 del considerato in diritto della sentenza 11503/1993.

158 Cfr. punto 2.2 del considerato in diritto della sentenza 12198/2001.

159 Per il tema generale del danno e evoluzione della sua concezione, cfr. M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale: danno ingiusto e danno non pa- trimoniale*, UTET, Torino, 2011 (in particolare pagine 225 ss. per il profilo della ti- picità o atipicità delle possibili lesioni, particolarmente importante per una compara- zione con la Germania: *Enumerationsprinzip*).

160 Questa pronuncia è considerata in Germania il *leading case* in tema di obblighi di protezione. Si trattava del risarcimento dei danni subiti dalla donna di servizio a cau- sa dell’esplosione della caldaia dell’abitazione in cui lavorava; il caso venne deciso affermando l’estensione della tutela della responsabilità contrattuale nei confronti della donna, in quanto legata da un particolare rapporto di vicinanza alla datrice di lavoro (questa, sì, parte del contratto con la ditta chiamata a rispondere del danno).

Il fatto che in principio si ritenessero risarcibili solo i danni alla persona o alle cose (patrimonio), era dovuto probabilmente alla circostanza che il sistema tedesco si basa su di una tutela tipizzata dei beni; infatti, secondo l'*Enumerationsprinzip* solo determinati beni sono tutelati in via aquiliana e, perciò, sorgeva la necessità di non lasciare sfinite di tutela altre fattispecie che non rientrassero in questo ambito.

Progressivamente si è arrivati ad ammettere anche il risarcimento del danno meramente economico<sup>161</sup>, come è avvenuto nel caso *Testamentfall*<sup>162</sup>, o – comunque – come è stato riconosciuto in generale nei contratti che riguardano la prestazione di un professionista o la precisione e la veridicità delle informazioni fornite dal professionista (quale contenuto della prestazione contrattuale a suo carico).

A questo proposito si possono prendere in considerazione diverse fattispecie<sup>163</sup> che si sono prospettate nella pratica. Una di queste riguarda la ricostruzione in termini di contratto con effetti protettivi verso terzi del negozio con il quale il veterinario si obbliga a certificare lo stato di salute di un cavallo in vista del successivo acquisto; si è affermato che nel caso di scorretto svolgimento della prestazione, il terzo potrà far valere rimedi di natura contrattuale, pur non essendo parte del rapporto, purché sia sornito di tutela e purché la sua posizione sia conoscibile dal veterinario<sup>164</sup>.

---

161 Un caso deciso dal *Bundesgerichtshof* (BGH) 28 febbraio 1977, in BGHZ, 69, 82, riguardava un contratto di fornitura corredato da una procedura di addebito bancario; a fronte della mancata copertura del conto la banca del debitore ometteva di comunicare il fatto alla banca del creditore, determinando così la continuazione della prestazione. L'impresa fornitrice ottiene il risarcimento del danno per le ulteriori forniture che si sarebbero potute evitare se la banca avesse adempiuto al suo dovere di informazione, in quanto il terzo rientra nell'ambito di tutela del contratto e deve essere preservato il suo interesse ad evitare il danno economico derivante dalla continuazione della fornitura.

162 Come in *White vs Jones*, House of Lords, 16 February 1995, [1995] 2 AC 207, [1995] 1 All ER 691; anche in questo caso si poneva la questione del risarcimento al mancato erede danneggiato dall'inadempimento del professionista incaricato di redigere il testamento.

163 Un altro caso deciso dal *Bundesgerichtshof* (BGH) 13 novembre 1997, in NJW, 1998, 1059, riguardava un mutuo concesso dalla banca a fronte della garanzia offerta da un immobile; la valutazione che di questo era stata compiuta non conteneva però valutazioni veritiere e quindi la banca si vedeva riconoscere il diritto al risarcimento del danno su base contrattuale, perché rientrante nel suo ambito di protezione.

164 J. ADOLPHSEN, *Haftungsrechtliche Aspekte der veterinärmedizinischen Kaufuntersuchung von Pferden Versicherungsrecht-Aufsätze*, 1. September 2003, Aufsätze; Heft 25; Pg.1088. "Tierarzt und Besteller sind bei der Kaufuntersuchung wie auch vor

Analoghe considerazioni sono state svolte per affermare la responsabilità dell'architetto nei confronti dell'acquirente del condominio circa le certificazioni da questo effettuate in relazione all'adempimento del proprio contratto e sulla base delle quali il terzo aveva ottenuto un finanziamento da parte della banca<sup>165</sup>.

Si pensi infine alla responsabilità dei revisori dei conti rispetto all'affidamento ingenerato negli investitori sulla base delle valutazioni da loro espresse; se infatti nell'ambito delle contrattazioni gli investitori fanno affidamento su quanto affermato dal professionista-revisore, questi sarà responsabile qualora non abbia adottato la dovuta diligenza nel rilevare (e comunicare agli investitori) le discrepanze fra le dichiarazioni rese nel prospetto di investimento e quanto da lui accertato<sup>166</sup>.

Tutto ciò riguardo l'esperienza giuridica tedesca, che anche sotto tale profilo costituisce un modello di riferimento per la riflessione sull'istituto analizzato.

La casistica del diritto comparato può quindi essere letta alla luce delle indicazioni citate<sup>167</sup>.

---

*der Schuldrechtsreform durch einen Werkvertrag verbunden. Im Gegensatz zu der sonstigen Tätigkeit der Heilbehandlung schuldet der Tierarzt im Rahmen der Kaufuntersuchung die Erstellung eines Gutachtens über den Gesundheitszustand des Pferdes zum Zeitpunkt der Untersuchung. Es besteht dabei die Pflicht des "Werkunternehmers Tierarzt", dem Besteller das Werk (Gutachten über Gesundheitszustand) frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (Par 633 Abs. 1 BGB). Dieser Werkvertrag wird in vielen Fällen als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anzusehen sein, sodass es für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Tierarzt nicht darauf ankommt, ob Käufer oder Verkäufer Besteller des Werkvertrags sind. Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte erhält der Dritte zwar keinen eigenen Leistungsanspruch auf die Erbringung der Leistung. Er kann aber, wenn der Tierarzt die Leistung schlecht erbringt, eigene vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen, obwohl er selbst nicht Vertragspartei ist. Dies setzt voraus, dass die Partei des Kaufvertrags, die nicht als Besteller des Werkvertrags mit dem Tierarzt auftritt, (1) bestimmungsgemäß mit der Leistung des Tierarztes in Berührung kommt, (2) dass der Besteller ein Interesse der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hat, (3) dass die Drittbezogenheit für den Tierarzt erkennbar ist und (4) der Dritte schutzbedürftig ist, also keine eigenen vertraglichen Ansprüche gegen den Tierarzt hat".*

165 *Schutzwirkung des Architektenvertrags zugunsten der Erwerber einer Eigentumswohnung Versicherungsrecht-Rechtsprechung*, 5. März 2010, Heft 8; S. 350.

166 *Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Kapitalanlegern bei Vertrauen erweckenden falschen Prüftestaten Versicherungsrecht-Rechtsprechung*, 5. Januar 2002, Heft 2; Pg. 72.

167 Per la valutazione dell'utilizzabilità del paradigma della giurisprudenza tedesca nella

A conferma del successo di questa ricostruzione si può infatti evidenziare il fatto che anche in altri ordinamenti, come quello del Regno Unito, si è ammessa la risarcibilità di questo tipo di danno (vedi *White vs Jones*<sup>168</sup>). Castronovo a questo proposito non ritiene giustificata la imitazione dell'ambito di applicazione degli obblighi di protezione alla persona del terzo, ma si deve invece “*ri-conoscere la contrattualità dei danni alle cose del terzo che risultino implicate nel vinculum iuris tra creditore e debitore*”<sup>169</sup>.

8. *Conclusioni: l'esclusione del fondamento contrattuale degli obblighi di protezione e gli argomenti a favore di un'estensione degli obblighi di protezione anche ai terzi*

In ragione delle osservazioni svolte fino a questo momento, sembrano possibili due ordini di riflessioni di sintesi.

In primo luogo, la ricerca di un fondamento unitario degli obblighi di protezione spinge ad escludere la loro origine contrattuale, in quanto con riferimento alla loro applicabilità anche ai terzi risulta insormontabile l'ostacolo rappresentato dal principio di relatività degli effetti contrattuali. Ecco allora che l'estensione dello strumento contrattuale per la tutela del terzo trova la sua giustificazione nella legge e, più precisamente, nel principio di buona fede o in generale in quello di solidarietà sociale.

Da questo punto di vista, come si è visto, la trattazione si è incentrata sulla figura del contratto come atto di volontà delle parti contraenti e su come (e fino a che punto) tale espressione di volontà possa influenzare soggetti che non hanno concorso a formarla.

Il contratto, però, come fonte di obbligazione, va contestualizzato all'interno del più ampio discorso relativo alla struttura del rapporto obbligatorio, ed è in questo modo che si riescono a superare le obiezioni relative al principio di relatività degli effetti contrattuali. Se la prestazione da un lato costituisce il punto focale della pattuizione delle parti, d'altro lato il loro rapporto non

---

lettura della giurisprudenza italiana in punto di qualificazione e quantificazione del danno provocato a terzi in violazione di obblighi di protezione, si rinvia al successivo capitolo IV.

168 La pronuncia della *House of Lords* ribalta anche su questo punto le decisioni dei gradi precedenti, in cui il danno era stato ritenuto eccessivamente “*speculative and uncertain in extent to be recoverable*”; su questo punto cfr. l'intervento di Lord Goff of Chieveley, *House of Lords*, 16 February 1995, [1995] 2 AC 207, [1995] 1 All ER 691, *White vs Jones*.

169 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 162 ss.

si esaurisce in essa e vengono a crearsi altre diramazioni di tale rapporto, che trovano la loro origine direttamente nel principio generale di buona fede.

Il contratto, cioè, come fonte di obbligazione, porta alla formazione di un rapporto complesso, i cui contenuti sono determinati anche dal concorso di altre fonti: se il primo fattore determinante del contenuto del rapporto è costituito quindi dalla volontà delle parti, che determina la condizione necessaria affinché si possa parlare di contratto, accanto a tale componente si deve ammettere la presenza di ulteriori “fattori regolativi”, che ampliano i confini del rapporto obbligatorio, qualora ciò corrisponda ad apprezzabili esigenze di politica legislativa<sup>170</sup>. Una di queste esigenze è stata appunto ravvisata nella tutela di determinati terzi, danneggiati dallo svolgimento della prestazione, e che si trovino in particolari posizioni di vicinanza rispetto al contratto.

Tutto ciò porta a rivalutare (a monte) la più ampia questione della struttura delle obbligazioni. Esse infatti assumono sempre più le sembianze del rapporto complesso, capace di determinare effetti che le parti nemmeno avevano preso in considerazione nello stabilirne il contenuto. Nell’atto di autonomia privata fanno ingresso elementi ad esso estranei e determinati dall’ingerenza della legge, che vede anche nel contratto lo strumento per il perseguimento di fini socialmente rilevanti, quale quello di garantire l’attuazione della Costituzione<sup>171</sup>. Tutto ciò, come si è visto, spiega perché sia possibile estendere anche ai terzi l’ambito di applicazione della tutela contrattuale (*sub specie* della figura particolare degli obblighi di protezione).

In secondo luogo, si deve concludere che il contratto con effetti di protezione per i terzi inserisce anche nel nostro ordinamento un rafforzamento della tutela di determinate situazioni che altrimenti risulterebbero sfornite di protezione o – comunque – scarsamente protette se si dovesse confidare esclusivamente sulla disciplina della responsabilità extracontrattuale; conferma ne sono le recenti aperture della giurisprudenza in questo senso, che sembrano ritrovare negli obblighi di protezione la risposta a nuove istanze di tutela che si presentano nella prassi<sup>172</sup>.

---

170 Tali esigenze devono prefigurarsi come costituzionalmente conformi e – talvolta – costituzionalmente necessarie alla luce del principio di solidarietà; a questo proposito cfr. per spunti i contributi in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Giappichelli, Torino, 2007.

171 Per riferimenti alla “giustizia nel contratto” si veda ancora, C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

172 Con particolare riferimento alla tutela dei terzi, si è visto come sia stato soprattutto nel campo dei contratti di cura medica che il tema si è maggiormente sviluppato; cfr. il precedente paragrafo 6.3.

Una volta superate le obiezioni relative al fondamento formale dell'estensione della tutela offerta dagli obblighi di protezione anche ai terzi, sembra allora possibile affermare che l'accoglimento di tale teoria in realtà non porta con sé pregiudizi particolari all'impianto teorico fondato sulla relatività del contratto, ma che – anzi – si possa incoraggiare una loro più aperta utilizzazione all'interno della giurisprudenza italiana, al fine di verificarne la funzionalità per la risoluzione dei problemi che si presentano nella pratica (spesso risolti in modo crittotipico sulla base di schemi di ragionamento analoghi agli obblighi di protezione, ma non esplicitati dal giudice)<sup>173</sup>.

Infine, a conferma della chiave di lettura che si è voluta seguire nella tesi, va ribadito che l'estensibilità ai terzi della figura degli obblighi di protezione si presenta come una (forte) dimostrazione del carattere “autonomo” di questi, rispetto alle pattuizioni negoziali cui accedono. Infatti, come si è visto, solo ammettendo una loro fonte legislativa – e più in particolare riconducibile al principio di buona fede – è possibile ammettere la sussistenza di obblighi di protezione anche in riferimento ai terzi. Rimanendo invece ancorati all'impostazione contrattuale della tematica, tale affermazione di tutela risulterebbe inammissibile alla luce del principio di relatività degli effetti contrattuali.

---

173 Sul ruolo dei crittotipi, come modelli impliciti non verbalizzati, cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2005, 125.



## CAPITOLO III: RISVOLTI PROCESSUALI E APPLICATIVI DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE

SOMMARIO: 1. Onere della prova e prescrizione: il contesto tedesco. 2. Onere della prova e prescrizione: la comparazione con il contesto italiano. 3. La prescrizione e gli obblighi di protezione. 4. Azionabilità autonoma dei rimedi sinallagmatici dell'eccezione di inadempimento e della risoluzione del contratto a fronte della lesione degli obblighi di protezione. 5. Clausole di esonero dalla responsabilità (o clausole di deresponsabilizzazione).

### 1. *Onere della prova e prescrizione: il contesto tedesco*

Come si è già osservato nel capitolo II, attrarre nell'area della responsabilità contrattuale le lesioni alla persona e al patrimonio riconducibili alla violazione degli obblighi di protezione comporta un duplice vantaggio, in ordine all'onere della prova e alla prescrizione.

Alcuni autori sostengono che questa sia la ragione stessa della teorizzazione della categoria degli obblighi di protezione, in quanto in assenza di un simile vantaggio le analisi in materia si trasformerebbero in un mero esercizio logico<sup>1</sup>. Di diverso avviso è invece altra parte della dottrina che si è interrogata in proposito, la quale ritiene che lo studio degli obblighi di protezione consentirebbe in ogni caso di mettere ordine nelle categorie sistematiche con le quali l'interprete si trova ad operare<sup>2</sup>; tale ordine porterebbe ad una maggiore chiarezza nell'applicazione degli istituti alle fattispecie che vengono in considerazione nella prassi, potendosi utilizzare un medesimo regime giuridico per tutte le violazioni che possono verificarsi nel "contesto" di un contratto, sia che riguardino la prestazione, sia che concernano altri aspetti del rapporto giuridico<sup>3</sup>.

Ancora, si è già più volte sottolineato come la genesi dell'istituto di cui si sta trattando si giustifichi in gran parte per le caratteristiche dell'ordinamento

---

1 Questa sembra essere in particolare l'impostazione di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

2 Di tale avviso è L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 195 ss., il quale afferma: "Non sembra esatto ritenere che, se non vi sono profili di convenienza nel regime applicabile, la costruzione della categoria in discorso si riduce ad un mero esercizio logico per l'interprete. Si può facilmente osservare che l'elaborazione degli obblighi di protezione risponde anche ad un'esigenza di natura sistematica".

3 In merito al rapporto obbligatorio come rapporto complesso, si rinvia al capitolo I, sezione II.

giuridico tedesco, che presentava particolari lacune in materia di responsabilità extracontrattuale, tanto in merito al danno risarcibile (*Enumerationsprinzip*) quanto in merito all'onere della prova. La tendenza era quindi quella di estendere i confini della responsabilità contrattuale, al fine di ricompredervi anche le ipotesi che risultavano sfornite di tutela, in quanto non era possibile ricondurle neppure nell'ambito di applicazione della disciplina aquiliana<sup>4</sup>.

La dottrina tedesca ha a lungo dibattuto se il regime applicabile agli obblighi di protezione in tema di onere della prova dovesse essere quello della responsabilità aquiliana, oppure quello proprio della responsabilità per inadempimento<sup>5</sup>.

Inizialmente Heinrich Stoll (il quale, partendo dall'opera di Hermann Staub, diede all'istituto degli obblighi di protezione la fisionomia con cui lo si conosce oggi) negava che agli obblighi in questione fosse applicabile il § 282 BGB, in base al quale in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione spettava al debitore dimostrare l'assenza dell'elemento soggettivo della colpa<sup>6</sup>.

Si tratta di un regime probatorio di favore per l'attore, che trova applicazione nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione (*Unmöglichkeit*) e di mora dell'obbligato (*Verzug*); ciò in quanto il legislatore ha ritenuto che sarebbe stato eccessivamente gravoso attribuire alla parte attrice l'onere di dimostrare, oltre al mancato adempimento, anche la colpevolezza della controparte, in situazioni nelle quali una simile prova può risultare oggettivamente difficile<sup>7</sup>.

Escludendo quindi gli obblighi di protezione dal campo di applicazione di questa normativa di favore, essi sarebbero stati assoggettati alla disciplina ge-

---

4 Per la trattazione completa di questi profili si rinvia al precedente capitolo I, sezione I, paragrafo 6.

5 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, 341 ss.: "*Streitig ist die Frage, welche Umstände der Gläubiger, der Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung verlangt, im Falle des Bestreitens durch den Beklagten zu beweisen hat*,,.

6 Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1932.

7 Uno dei criteri impiegati dalla dottrina processual-civilistica per ripartire fra le parti l'onere della prova è infatti quello della prossimità alla fonte dalla quale dovrebbe scaturire la prova; tale vicinanza comporterebbe una maggiore facilità nel reperire gli elementi di prova del fatto controverso e – perciò – risulterebbe più ragionevole attribuire l'onere della prova a quella delle parti che possa con minor sforzo fornirne la dimostrazione. A questo proposito cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2011, 121 ss.

nerale in tema di onere della prova<sup>8</sup>, la quale prevedeva fosse invece l'attore a dover dimostrare la fondatezza della sua pretesa.

In altre parole, per Stoll gli obblighi di protezione non rientravano nella sfera di vigenza delle norme in materia di responsabilità contrattuale e venivano ricompresi in quella propria della responsabilità extracontrattuale<sup>9</sup>. Alla parte danneggiata, quindi, sarebbe spettata la prova non solo del danno, ma anche della colpa della controparte.

Questa impostazione è stata fortemente criticata da Leo Raape, il quale a riguardo ha sostenuto che per la parte lesa sarebbe stato sufficiente lamentare il danno subito, spettando poi alla controparte la dimostrazione dell'assenza di colpa nella sua condotta<sup>10</sup>.

L'autore basa le sue considerazioni su di un'interpretazione sistematica delle norme *ex* §§ 282 e 285 BGB, considerate espressione di un principio generale; esse sancirebbero il principio per cui in tutte le situazioni nelle quali ci si trova di fronte all'inadempimento di un obbligo che trova la sua origine in un rapporto contrattuale, è il debitore a dover fornire la prova della propria mancanza di colpevolezza<sup>11</sup>.

Nell'esperienza della giurisprudenza tedesca è comunque sembrata prevalere l'impostazione di Stoll, e la ragione di tale prevalenza è fatta risalire da Castronovo<sup>12</sup> alla circostanza per cui l'originaria formulazione delle *positive Ver-*

---

8 Cfr. ancora K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, 341 ss.: “*Nach allgemeinen Grundsatzes musste er beweisen, dass sein Schaden ursächlich auf einem Verhalten des Beklagten beruht, dass objektiv die Verletzung einer im Schuldverhältnis begründeten Leistungs- oder Verhaltenspflicht darstellt und überdies als schuldhaft zu werten ist,*”.

9 In relazione alla posizione di Stoll, cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI, il quale sottolinea come il giurista tedesco si sia basato nella sua affermazione in particolare sul profilo contenutistico degli obblighi di protezione (assimilabile alla clausola generale dell'*alterum non laedere* propria della responsabilità aquiliana), e non sul profilo formale (che li vede come parte del contenuto proprio dell'obbligazione); nel fare ciò, quindi, l'A. avrebbe ricondotto tali obblighi verso un regime analogo a quello proprio delle lesioni dello *status quo* verificatesi al di fuori di un rapporto obbligatorio.

10 A questo proposito cfr. L. RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1942.

11 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1982, 341 ss.: “*Immer dann, wenn eine im Vertragsverhältnis begründete Pflicht nicht erfüllt worden ist, der Schuldner hierfür einzustehen habe, sofern er nicht beweist, dass ihn und seine Gehilfen hieran kein Verschulden trifft,*”.

12 Cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milano,

*tragsverletzungen* richiedeva ai fini della risarcibilità del danno la presenza della colpa della parte danneggiante. Non si trattava cioè di una forma di responsabilità oggettiva, ma si richiedeva anche la presenza dell'elemento psicologico nella misura minima della colpa. Staub, infatti, affermava che qualora la parte fosse venuta meno al vincolo obbligatorio che aveva instaurato con la controparte sarebbe stata tenuta a risarcire i relativi danni<sup>13</sup>; in tal modo la colpevolezza diveniva elemento costitutivo della pretesa dell'attore, il quale per far valere le proprie ragioni avrebbe dovuto estendere il tema di prova anche ai fatti riferiti all'elemento soggettivo della controparte.

Secondo Karl Larenz, invece, la debolezza della tesi di Raape starebbe piuttosto nel fatto che l'Autore parte dall'errata premessa per cui il creditore, dimostrando l'impossibilità della prestazione, avrebbe anche già fornito una prova obiettiva della violazione del dovere (*Pflichtwidrigkeit*)<sup>14</sup>. Ma, nell'opinione di Larenz, questo sarebbe un errore logico, in quanto l'impossibilità della prestazione non può assorbire le valutazioni in merito alla colpevolezza o meno del debitore, essendo invece necessario riferire l'analisi anche al comportamento di questo<sup>15</sup>.

Un'altra ricostruzione, riconducibile invece a Lambo, giustifica la prevalenza della tesi di Stoll osservando come la norma sulla responsabilità contrattuale si riferiva specificamente all'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione e alla relativa imputabilità al debitore, evidenziando quindi come si trattasse di una previsione speciale derogatoria del regime generale, non suscettibile di applicazione analogica. Inoltre, Stoll optava per la scelta del regime extracontrattuale al fine di giustificare la distinzione delle diverse specie di

---

1979.

13 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001; “*chi viola colpevolmente un vincolo obbligatorio con un comportamento positivo deve risarcire all'altra parte i danni provocati di conseguenza*”.

14 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1982, 341 ss.: “*Sie beruht zunächst einmal auf der irrigen Voraussetzung, mit der vom Gläubiger bewiesenen Unmöglichkeit der Leistung sei auch schon eine objektive Pflichtwidrigkeit bewiesen. Objektive pflichtwidrig kann jedoch niemals die Unmöglichkeit der Leistung als solche, sondern nur ein Verhalten des Schuldners oder seines Erfüllungsgehilfen sein, das sie bewirkt hat*”.

15 L'impossibilità della prestazione si collocherebbe infatti su di un diverso piano logico, risolvendosi in un elemento oggettivo che non può assorbire in sé le valutazioni soggettive relative all'imputabilità di un fatto (appunto, dell'elemento oggettivo); perciò, trattandosi di componenti ontologicamente differenti, sarebbe necessaria una prova specifica per entrambe (anche se pur sempre collegata, costituendo parte di una medesima fattispecie).

violazioni, quelle degli obblighi di protezione da una parte e quelle dell'obbligo principale di prestazione dall'altra, con una scelta che quindi si presentava come fondata su un'esigenza teorica.

Si noti, comunque, come l'assoggettabilità al regime extracontrattuale sia divenuta pacifica in Germania non tanto per la prevalenza di una tesi piuttosto che dell'altra, quanto in forza delle concrete opzioni applicative seguite dalla giurisprudenza, essendo questo istituto spesso utilizzato per affermare un ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale all'interno del territorio proprio della responsabilità contrattuale; ciò, in particolare, al fine di colmare eventuali vuoti di tutela che la disciplina dell'inadempimento lasciava scoperti e che non era possibile eliminare semplicemente interpretando estensivamente tale complesso normativo.<sup>16</sup> Ecco allora che riemerge il ruolo correttivo e creativo della giurisprudenza come fattore di collegamento degli istituti normativi alla realtà, in modo che questi rispondano nel modo più adeguato alle istanze di tutela che emergono di volta in volta nella prassi.

A porre ordine fra le molte impostazioni, è intervenuta nell'ordinamento tedesco la già citata legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, che ha codificato la figura degli obblighi di protezione, collocandola all'interno della disciplina del rapporto obbligatorio; in tal modo, anche a questa categoria di obblighi si applicherà la disciplina contrattuale, in forza di un'espressa opzione in tal senso dell'ordinamento positivo<sup>17</sup>. Il legislatore, cioè, operando una scelta di sistema in ordine alla collocazione degli *Schutzpflichten* nella struttura del BGB, ha così anche evidenziato – in via indiretta ed implicita – la sua preferenza per il collocamento della nuova figura nel regime della responsabilità contrattuale.

---

16 Cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1073 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 199 ss.; “come un'enclave della responsabilità per fatto illecito nel territorio della responsabilità contrattuale, destinata a compensare o correggere lacune o difetti della disciplina dell'altra specie di responsabilità”.

17 Cfr. § 2801BGB: “*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat*”; al creditore spetta l'onere di dimostrare il danno e la violazione dell'obbligo che scaturisce dal rapporto obbligatorio, è a carico invece del debitore la prova dell'assenza di colpa.

## 2. *Onere della prova e prescrizione: la comparazione con il contesto italiano*

Le considerazioni in tema di onere della prova sono completamente diverse se riferite alla configurazione degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano.

Se infatti la genesi in Germania della figura degli *Schutzpflichten* è strettamente legata alle lacune che presentava il relativo ordinamento in tema di responsabilità extracontrattuale, in Italia risulta al contrario da subito prevalente la prospettiva degli obblighi di protezione quale contenuto ulteriore del rapporto obbligatorio, come – cioè – fattore di ripensamento in ordine alla struttura delle obbligazioni e in ordine alla centralità del ruolo della prestazione<sup>18</sup>. Il discorso è parzialmente diverso se riferito al regime di responsabilità che viene in considerazione quando gli obblighi di protezione siano stati violati in relazione a terzi; come si è visto, infatti, dal punto di vista dell'onere della prova, proprio ricorrendo alla responsabilità contrattuale al terzo danneggiato verrebbe offerto un regime semplificato al fine di ottenere il risarcimento del danno subito.

Intendendo gli obblighi di protezione come parte integrante del rapporto contrattuale, e quindi non ponendosi nemmeno il problema della loro riconducibilità all'ambito della responsabilità extracontrattuale, sembra conseguenza logica che ad essi venga applicata la medesima disciplina riservata alle violazioni dell'obbligo principale di prestazione.

In merito alla richiesta di risarcimento del danno, si noti come il regime dell'onere della prova sia parzialmente diverso rispetto alle domande che – a fronte di un inadempimento della prestazione – richiedano invece l'adempimento o la risoluzione del contratto. Se in queste ultime ipotesi sarà sufficiente la dimostrazione da parte del creditore del titolo del suo diritto, poiché, in base al c.d. principio di presunzione di persistenza del diritto<sup>19</sup>, questo

---

18 A questo proposito si rinvia al capitolo II, paragrafo 4. Nel sistema della responsabilità extracontrattuale spetta a colui che ha subito il danno dimostrare la sussistenza di tutti i fattori che integrano il fatto illecito, ivi compresi la colpa o il dolo della controparte; si tratta cioè di un elemento soggettivo normalmente di non facile dimostrazione, a differenza dei fatti materiali ed estrinseci che integrano la condotta. Nella responsabilità contrattuale il danneggiato è invece sollevato da questo *onus probandi* e, una volta allegato l'inadempimento dell'obligato, si presumerà che ciò sia da imputare quantomeno a sua colpa; si tratta di una presunzione relativa, in quanto se il debitore dimostrerà che l'inadempimento è dovuto a fatto a lui non imputabile, non sarà tenuto al risarcimento del danno verso il creditore.

19 La tematica in questione è stata oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 30 ottobre 2001 (13533/2001) la quale ha ravvisato un contrasto, nel-

sarà ritenuto comunque sussistente nel momento in cui lo si fa valere, qualora invece il creditore richieda il risarcimento del danno, egli dovrà dimostrare anche la difformità (se la prestazione ricevuta sia difforme rispetto a quella pattuita) dell'attività posta in essere dal debitore<sup>20</sup>.

In ogni caso, non viene mai richiesta la dimostrazione della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa; questo fattore verrà in considerazione soltanto qualora il debitore, che voglia contestare la pretesa della controparte, lo inserisca nel *thema probandum*; l'art. 1218 c.c. sancisce infatti che

*“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato deter-*

---

la giurisprudenza della Corte stessa, tra due diversi indirizzi: “uno, maggioritario, che diversifica il regime probatorio secondo che il creditore agisca per l'adempimento, nel qual caso si ritiene sufficiente che l'attore fornisca la prova del titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, ovvero per la risoluzione, nel qual caso si ritiene che il creditore debba provare, oltre al titolo, anche l'inadempimento, integrante anch'esso fatto costitutivo della pretesa; ed un altro orientamento, minoritario, che tende ad unificare il regime probatorio gravante sul creditore, senza distinguere tra le ipotesi in cui agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, ritenendo in ogni caso sufficiente la prova del titolo che costituisce la fonte dell'obbligazione che si assume inadempita, spettando al debitore provare il fatto estintivo dell'avvenuto adempimento”. La Corte ha risolto il contrasto in questione aderendo all'indirizzo minoritario, ritenuto maggiormente conforme al dato positivo dell'art. 2697 c.c., il quale detta una disciplina generale del riparto dell'onere della prova, senza fare riferimenti ai diversi tipi di domande (come faceva invece la precedente versione del codice del 1865). A commento di questa sentenza, e per spunti in particolare sul principio di presunzione di persistenza del diritto, cfr. G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2002 fasc. 5, pt. 2, 70 ss.

- 20 Per una trattazione generale delle possibilità che vengono offerte al creditore a fronte di un inadempimento della propria controparte, cfr. C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008; L. VIOLA, *Inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2010. Per una trattazione della responsabilità contrattuale come reazione all'inadempimento e alla violazione degli obblighi funzionali, cfr. C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2011 fasc. 1, 55 ss. In merito invece alla componente della prova concernente il titolo fatto valere dal creditore, cfr. N. SAPONE, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007 fasc. 4, pp. 971 ss., Nota a Tribunale Catania 3 maggio 2006; l'A. precisa che “in caso di obbligo di protezione il creditore ha l'onere di provare la situazione che attualizza l'obbligo di adottare le cautele idonee ad evitare danni. Fornita questa prova, opera il principio di presunzione di persistenza del diritto nei termini prima delineati”.

*minato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*<sup>21</sup>.

L'elemento soggettivo viene cioè in considerazione solo in una prospettiva negativa, non essendo richiesta in capo al creditore la dimostrazione in positivo della colpa, bensì lasciando solo al debitore la prova della sua assenza qualora egli si voglia liberare della responsabilità; questo regime non può che rispondere alla *ratio* per cui è opportuno gravare dell'onere della prova la parte che si trova in una posizione di prossimità alla stessa, risultando per essa più facile reperire i relativi elementi di prova.

Per concludere, è possibile allora affermare che in entrambi gli ordinamenti, italiano e tedesco, alle violazioni concernenti gli obblighi di protezione si applicherà il regime contrattuale, che esonera il creditore dalla prova dell'elemento della colpa in capo al debitore, il quale sarà invece onerato di dimostrarne l'assenza qualora voglia contestare la domanda dell'attore.

### 3. *La prescrizione e gli obblighi di protezione*

Connesso al problema della disciplina applicabile agli obblighi di protezione, a seconda che essi siano da classificare come elementi della fattispecie contrattuale o extracontrattuale, vi è anche il tema della prescrizione delle posizioni giuridiche soggettive che vengono ad esistenza in seguito alla lesione di tali obblighi. La prescrizione, infatti, quale situazione collegata al trascorrere del tempo, che comporta l'estinzione del diritto non esercitato dal titolare, ha un regime diverso a seconda che si faccia riferimento a situazioni giuridiche soggettive nascenti da contratto o da fatto illecito. Diverse sono le stesse norme che vengono in considerazione: l'art. 2946 c.c. da un lato – il quale disciplina il termine ordinario decennale per le azioni contrattuali – e l'art. 2947 c.c. dall'altro – il quale prevede un più breve termine quinquennale per le azioni aquiliane.

In merito alla problematica della prescrizione, basti qui ricordare come la circostanza che le violazioni relative agli obblighi di protezione vengano assoggettate al regime della responsabilità contrattuale, consenta di applicare lo-

---

21 Per una conferma del regime probatorio vigente nella giurisprudenza italiana per la lesione di obblighi di protezione, cfr. SU Cassazione, 9346/2002, nella quale si afferma “*Circa l'onere probatorio, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, l'attore dovrà quindi soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sarà onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a loro non imputabile*”.



ro il più lungo termine ex art. 2946 c.c. di dieci anni dal verificarsi dell'inadempimento per far valere il proprio diritto al risarcimento del danno<sup>22</sup>.

Da un punto di vista comparativo, si noti come in Germania ancora una volta le differenze di regime applicabili alle due forme di responsabilità abbiano costituito un notevole incentivo per l'attrazione delle fattispecie di violazione degli *Schutzpflichten* nell'alveo della responsabilità contrattuale. Prima della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002, infatti, le azioni per inadempimento potevano essere proposte fino a trenta anni dal momento in cui la prestazione si era rivelata impossibile, oppure da quando il debitore poteva esser considerato in mora (§ 195 BGB); per il risarcimento basato sulla responsabilità aquiliana, invece, il termine si riduceva a tre anni (§ 852 BGB).

Oggi il § 195 BGB disciplina invece unitariamente i termini di prescrizione, fissati in tre anni, salvo i regimi speciali disciplinati dai paragrafi successivi<sup>23</sup>.

In conclusione, si noti come la scelta per l'uno o per l'altro regime di prescrizione non sia stata di secondaria importanza nella trattazione della tematica degli obblighi di protezione; se la profonda differenza esistente nel sistema tedesco, che aveva portato a preferire il regime contrattuale, è stata superata ad opera del legislatore del 2002, nel sistema italiano invece la scelta, lasciata all'interprete, è stata comunque nel senso di favorire il termine più lungo e – così – l'operatività concreta degli obblighi di protezione.

#### 4. *Azionabilità autonoma dei rimedi sinallagmatici dell'eccezione di inadempimento e della risoluzione del contratto a fronte della lesione degli obblighi di protezione.*

Un'ulteriore questione molto dibattuta da giurisprudenza e dottrina è quella dell'azionabilità o meno dei rimedi sinallagmatici, previsti per l'inadempimento della prestazione principale, a fronte della lesione degli obblighi di protezione; la domanda che ci si pone è quella se sia possibile invocare dei rimedi specificamente previsti per garantire la parte da possibili lesioni inerenti al mancato o allo scorretto svolgimento della prestazione, per lamenta-

---

22 In merito alla natura sostanziale della prescrizione, come istituto che opera direttamente sul diritto, estinguendolo in relazione al trascorrere del tempo, e non come istituto di natura processuale che determina l'impossibilità di azionare il diritto nel processo, cfr. L. VIOLA (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova, 2009, 146 ss.

23 In merito ad un'analisi della prescrizione nel diritto privato tedesco, a seguito della riforma del 2002, cfr. J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter, Berlin, 2005, 18 ss.

re non tanto la lesione dell'interesse principale ad essa relativo, bensì la violazione di obblighi di diversa natura, pur sempre inerenti al rapporto obbligatorio, ma che, come si è sottolineato nel corso dell'esposizione dei due capitoli precedenti, sono autonomi rispetto alla prestazione principale (attenendo ad interessi accessori e strumentali).

I rimedi sinallagmatici sono quegli strumenti offerti alle parti di un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive al fine di far fronte direttamente, con proprie condotte, ad eventuali inadempimenti della controparte<sup>24</sup>. Attraverso l'eccezione di inadempimento la parte lesa sospende l'esecuzione della propria prestazione a fronte dell'inerzia dell'altra parte nello svolgere la propria e, quindi, a fronte del rischio che venga frustrata l'aspettativa a soddisfare il suo interesse; in questo modo non viene posto nel nulla il rapporto obbligatorio, ma si esercita una pressione sulla parte inadempiente affinché esegua quanto pattuito (se vuole vedere a sua volta soddisfatto il proprio interesse)<sup>25</sup>. La risoluzione del contratto fa invece venire definitivamente meno il rapporto obbligatorio, in quanto la parte lesa, ponendo in essere tale opzione, dimostra di non avere nemmeno più l'interesse ad ottenere la prestazione, benché tardiva<sup>26</sup>.

La dottrina tedesca a questo proposito era arrivata inizialmente alla conclusione che si trattasse di rimedi non invocabili a fronte della lesione degli obblighi di protezione<sup>27</sup>, dando rilievo al fatto che si trattava di rimedi strettamente

---

24 In merito ai rimedi sinallagmatici e, in particolare, alla loro differente applicazione a seconda che si sia di fronte a un inadempimento anticipato o ad un inadempimento probabile, cfr. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Rivista di diritto privato*, 2007 fasc. 3, 553 ss.

25 A disciplinare questo istituto è l'art. 1460 c.c., il quale sancisce che “*nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto*”. Per approfondimenti, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, 1017 ss. Per una trattazione dell'eccezione di inadempimento attenta a rilevare la tendenza estensiva della sua interpretazione, nel senso di ammettere che più contratti collegati possano essere parte dello stesso sinallagma, cfr. C. NAPOLITANO, *Eccezione di inadempimento*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006 fasc. 10, 829 ss.

26 L'art. 1453 c.c. afferma “*Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*”. Per approfondimenti, cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 460 ss.

27 Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1982.

collegati al contenuto dell'obbligazione come scambio di prestazioni, l'una svolta in ragione dell'altra. Negli obblighi di protezione ciò non avverrebbe, in quanto essi appunto si pongono come doveri indirizzati alla tutela dello *status quo* e non all'ottenimento, a propria volta, di una prestazione della controparte.

Il problema non si pone più a seguito della *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, la quale, dopo aver riconosciuto l'esistenza nel rapporto obbligatorio anche di doveri accessori di protezione, ne ha delineato la disciplina. Viene in considerazione il nuovo § 324 BGB, che afferma:

*“Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist”;*

cioè, si ammette la possibilità di ricorrere allo strumento della risoluzione del contratto<sup>28</sup>, condizionandolo però alla circostanza che *“non si possa ragionevolmente pretendere che il soggetto rimanga vincolato al contratto”*. Si pone quindi la necessità di un giudizio in relazione alla gravità dell'inadempimento, per valutare se esso sia talmente grave da giustificare il venir meno dell'intero rapporto obbligatorio (e conseguentemente la frustrazione dell'interesse al conseguimento della prestazione), oppure se si presenti come tollerabile; la dottrina sostiene però che debba trattarsi di *“rari casi eccezionali”*<sup>29</sup>, che costituiscano un ostacolo insormontabile per il sereno e corretto svolgimento successivo del rapporto fra le parti.

Passando ad affrontare la questione nell'ambito dell'ordinamento italiano, la dottrina, fra cui anche Carlo Castronovo, ammette l'operatività dell'eccezione di inadempimento e della risoluzione in ipotesi di violazione degli obblighi di protezione, ritenendo che si tratti di situazioni che incidono sulla relazione contrattuale e sul suo equilibrio<sup>30</sup>.

Questa impostazione, sebbene in parte sembri contraddire l'affermazione dell'autonomia degli obblighi di protezione (in quanto verrebbero invocati mezzi tradizionalmente posti a tutela della prestazione), in realtà deriva semplicemente da un diverso modo di intendere i rimedi sinallagmatici.

---

28 In merito alla risoluzione nell'ordinamento tedesco, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 222 ss., sottolinea come si tratti di una forma di recesso che non prevede l'intervento del giudice, rimettendo integralmente alla parte le valutazioni di opportunità relative al perdurare o meno dell'obbligazione.

29 Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003.

30 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

La stessa etimologia del termine che individua la categoria dei “rimedi sinallagmatici” suggerisce che si tratti di istituti azionabili a fronte di un rapporto di corrispettività instauratosi fra le parti, cioè di un nesso di condizionalità reciproca fra prestazioni che sono strettamente collegate all’interno del rapporto contrattuale. D’altra parte, però, a seguito delle ultime teorie in tema di obbligazione come rapporto complesso sembra possibile estendere tale rivisitazione critica anche al concetto stesso di sinallagma. Infatti, mentre rimanendo ancorati alla funzione che tradizionalmente si è attribuita ai rimedi sinallagmatici, risulta quale conseguenza necessaria il dover escludere una loro applicabilità a fronte della violazione degli obblighi di protezione (i quali, non essendo prestazione, non possono far parte degli elementi di corrispettività dell’obbligazione), al contrario, alla luce delle teorie sull’obbligazione come rapporto complesso, tale esclusione pare superabile.

Castronovo sottolinea infatti come il sinallagma, per essere correttamente inteso, non vada ridotto alle sole prestazioni, ma debba comprendere tutti i rapporti che vengono ad instaurarsi fra le parti in ragione del vincolo che le lega, fra i quali appunto anche gli obblighi di protezione; ecco allora che una loro eventuale violazione non costituirebbe un fenomeno isolato, ma verrebbe ad incidere direttamente sul rapporto sinallagmatico nel suo complesso<sup>31</sup>.

Tale affermazione è giustificata dall’Autore proprio sulla base della constatazione per cui l’obbligazione come struttura complessa comprende al suo interno non solo la prestazione, ma anche altri tipi di obblighi, ai quali va esteso il sinallagma.

Ammettendo tale soluzione, il carattere autonomo degli obblighi di protezione ne esce rinforzato; conseguenza dell’autonomia degli obblighi di protezione dal punto di vista sostanziale – infatti – sembra essere anche la loro autonomia sul piano dei rimedi. Se si ammettesse che la lesione degli obblighi di protezione possa essere lamentabile solo qualora venga violato anche l’obbligo principale di prestazione, peraltro, si finirebbe per svuotare l’istituto della propria concreta operatività, riducendolo a elemento ulteriore ed accessorio alla prestazione; facendo valere la loro lesione in via indipendente, invece, si conferisce alle teorizzazioni in materia di obblighi di protezione una ragione pratica che ne consente una maggiore incidenza nella prassi.

---

31 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1990, vol. XXI; “*il sinallagma non possa farsi coincidere con il vincolo che lega le sole prestazioni: esso infatti è il legame formale attraverso il quale si esprime l’equivalenza di costi cui ciascuna delle parti è tenuta per l’esecuzione del contratto. In questi termini anche l’osservanza degli obblighi di protezione è un comportamento la cui mancata attuazione squilibra la relazione contrattuale sicché ad essa si deve conformemente potere reagire con i rimedi sinallagmatici*”.

5. *Clausole di esonero dalla responsabilità (o clausole di deresponsabilizzazione).*

Le clausole di esonero della responsabilità sono quelle pattuizioni, inserite nella disciplina del rapporto obbligatorio, attraverso le quali le parti si accordano per determinare standard di condotta diversi (in questo caso attenuati) rispetto a quelli di norma richiesti dal legislatore<sup>32</sup>.

Anche in merito a questo tema, per ammettere o meno l'operatività di tali clausole in relazione agli obblighi di protezione, la domanda è se si debba fare riferimento alla disciplina riguardante la responsabilità contrattuale o quella extracontrattuale. Per la prima ipotesi le clausole di deresponsabilizzazione sono generalmente ammesse, con i limiti previsti dall'art. 1229 c.c.; per la seconda, invece, l'opinione prevalente è nel senso che la disciplina della responsabilità aquiliana sia inderogabile, perché rispondente a finalità di ordine pubblico<sup>33</sup>.

A questo proposito Castronovo, criticando l'orientamento prevalso in Germania<sup>34</sup>, precisa che la scelta dell'applicazione della normativa in materia di responsabilità contrattuale non deve essere ritenuta scontata, proprio in quanto

---

32 Per una trattazione generale del tema delle clausole di esonero della responsabilità, cfr. M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1974, I, 323 ss.; P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2009, 110 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Cedam, Padova, 2009, 92 ss.; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Rescigno, IX, UTET, Torino, 1984, 227 ss.

33 In questo senso, cfr. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile: studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1984, 21 ss.; G. ALPA, *Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'articolo 2054, ultimo comma, codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1975; G. ADAMO, *Clausole di esonero da responsabilità extracontrattuale*, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 2001 fasc. 2, 221 ss. Si ricorda peraltro come altra parte della dottrina ritenga invece ammissibili le clausole di deresponsabilizzazione se riferite ai danni alle cose, e solo per colpa lieve; in merito a tale opinione, cfr. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna, 1979.

34 L'Autore sostiene che non sia accettabile la ricostruzione della dottrina tedesca che fa ricadere anche l'aspetto qui considerato nell'ambito della responsabilità contrattuale, richiamando in proposito J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg - Karlsruhe, 1976; per obiettare all'automatica sottoposizione delle clausole di deresponsabilizzazione al regime contrattuale sarebbe sufficiente la considerazione che gli obblighi di protezione trovano origine nella legge, e non nell'autonomia privata come le altre pattuizioni contenute nel rapporto.

si tratta di obblighi autonomi rispetto a quello primario di prestazione, che trovano la loro origine nella legge e non nell'atto di autonomia privata; si deve quindi verificare di volta in volta quale sia la disciplina che risulti più opportuna. L'Autore non propende per una soluzione piuttosto che per l'altra, ma preferisce basare la sua analisi sulle diverse situazioni giuridiche soggettive che emergono nel caso concreto per determinare l'operatività o meno della clausola di esonero<sup>35</sup>.

Se la lesione dovesse riguardare diritti indisponibili<sup>36</sup>, sarebbero inammissibili le clausole di limitazione della responsabilità, cosicché, qualora fossero state ugualmente inserite nel contratto, esse sarebbero da ritenere *tamquam non esset*; nel campo dei diritti indisponibili prevale allora la soluzione applicata in tema di responsabilità extracontrattuale, proprio in virtù della peculiare rilevanza pubblicistica di tali diritti, che fanno capo oltre che al soggetto titolare, anche ad un apparato di interessi super-individuali.

Dei diritti non rientranti nella categoria ora descritta il titolare potrebbe invece liberamente disporre, salvo le limitazioni contenute nell'art. 1229 c.c.. Anche in questo caso è necessaria però una precisazione preliminare; qualora le clausole di limitazione della responsabilità riguardino gli aspetti patrimoniali del rapporto, sarebbe necessaria una valutazione di ordine complessivo relativa alle reciproche situazioni di interesse sottese all'operazione economica espressa nel regolamento contrattuale; andrebbe valutato, cioè, se le limitazioni in questione finiscano per determinare solo oneri per la parte che vi consente, senza che questa venga ricompensata per altra via, ristabilendo così l'equilibrio negoziale di costi e benefici<sup>37</sup>.

Questa impostazione, pertanto, rinuncia a teorizzare preventivamente l'applicabilità di una soluzione piuttosto che di un'altra; l'opzione seguita da Castronovo preferendo piuttosto un'analisi circostanziata caso per caso, per verificare se la limitazione della responsabilità sia compatibile o meno con le

---

35 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

36 Tipici esempi di diritti indisponibili sono i diritti della persona, come il diritto alla libertà personale o il diritto di libera manifestazione del proprio pensiero.

37 M. BESSONE, *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Il foro italiano* parte V, 1979 fasc. 2, pp. 49 ss. L'A. analizza la questione dell'equilibrio complessivo del rapporto giuridico dal punto di vista del concetto di buona fede, inteso come criterio di valutazione degli interessi contrattuali, e del concetto di equità, quale fonte di integrazione del contratto; da una prospettiva comparatistica l'A. osserva, inoltre, come sia nei paesi di *common law* sia in Germania si tende sempre più a circoscrivere lo spazio riservato all'equità e alla buona fede.

esigenze del contratto. Un'estensione generalizzata dell'art. 1229 c.c. non sarebbe possibile, in quanto la norma si riferirebbe esclusivamente all'obbligo principale di prestazione<sup>38</sup>.

Altri autori, invece, escludono in ogni caso l'operatività della soluzione extracontrattuale, e preferiscono concentrare la propria analisi sulla disciplina vigente nel campo contrattuale<sup>39</sup>, campo nel quale peraltro le clausole di esonero della responsabilità incontrano il forte limite dell'art.1229 c.c., per il quale “è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave”<sup>40</sup>.

Tradizionalmente si è ritenuto che la norma in questione fosse dettata in relazione all'obbligo primario di prestazione; alla luce però delle considerazioni svolte riguardo la mutata concezione della struttura delle obbligazioni, è da ritenere che la portata dell'art. 1229 c.c. si estenda anche agli obblighi di protezione che si affiancano a quello principale di prestazione nella composizione del rapporto obbligatorio. Conferma ne sarebbe il fatto che il titolo nel quale è collocata la disposizione citata è rubricato “*dell'inadempimento delle obbligazioni*” e non, quindi, della sola prestazione; così che, mutando il concetto di obbligazione, mutano anche i riferimenti che ad essa sono dedicati nel codice<sup>41</sup>.

Ma anche qualora si ritenesse che questi argomenti siano troppo deboli per consentire un'interpretazione estensiva della norma, si potrà ricorrere all'applicazione del secondo comma dell'art. 1229 c.c., il quale sancisce che

*“è nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.*

Con questa norma il legislatore sembra aver codificato la disciplina applicabile alle clausole limitative della responsabilità in relazione alla violazione degli obblighi di protezione, che trovano il loro fondamento nella legge e quindi, come si è visto, in apprezzamenti di rilevanza pubblicistica<sup>42</sup>.

---

38 Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

39 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 231 ss.

40 In merito, per un'analisi dell'art. 1229 c.c. cfr. G.C. ADRIANO, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, in *La Responsabilità Civile*, 2012 fasc. 4, 245 ss.; C. MENICHINO, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005 fasc. 2, 54 ss.

41 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 231 ss.

42 Si rinvia a questo proposito alla trattazione svolta nel capitolo I, sezione III, paragrafo 2, nel quale si è visto come l'introduzione degli obblighi di protezione all'interno

Sul punto, pienamente in linea con questa ricostruzione sembra l'analisi del secondo comma operata da Massimo Bianca, per cui

*“obblighi derivanti da norme di ordine pubblico sono in generale obblighi volti a soddisfare interessi la cui garanzia giuridica risponde ad esigenze fondamentali della società civile. Tali sono, anzitutto, gli obblighi che attengono alla salvaguardia del creditore nella sua integrità fisica e morale”*<sup>43</sup>.

Si intende così dire che la tutela della sfera soggettiva della parte costituisce espressione di un interesse generale, e non meramente proprio del soggetto che viene di volta in volta in questione, il che è particolarmente importante per il tema degli obblighi di protezione, in quanto essi sono appunto finalizzati a garantire che l'attuazione del contratto non vada ad intaccare la persona o il patrimonio delle parti<sup>44</sup> o – anche – di terzi.

Per concludere, si può osservare come nel diritto tedesco non sia prevista una norma di carattere generale analoga a quella contenuta nell'art. 1229 c.c., il legislatore avendo preferito ricorrere a disposizioni specificamente dedicate ad ambiti applicativi determinati. Si fa riferimento, ad esempio, al § 444 BGB, dettato in tema di compravendita<sup>45</sup>, e al § 639 BGB, in tema di rapporto di lavoro<sup>46</sup>; il principio ivi espresso è comunque lo stesso vigente nell'ordinamento italiano: un patto inteso a limitare la responsabilità non è invocabile qualora questa sia dovuta a dolo o colpa grave. Per la dottrina prevalente, che ritiene di poter estendere in via analogica la disciplina contrattuale, sarà quindi questo il regime applicabile alle clausole relative alla limitazione della responsabilità da lesione degli *Schutzpflichten*<sup>47</sup>.

Dal complesso degli ordinamenti analizzati emerge così come il profilo ri-

---

del rapporto obbligatorio corrisponda a finalità di attuazione del principio di solidarietà sociale affermato dall'art. 2 Costituzione.

43 Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 70 ss.

44 Si intende cioè affermare la natura generale dell'interesse a che lo svolgimento del rapporto non leda situazioni giuridiche ulteriori e diverse rispetto a quelle coinvolte dalle parti stesse nell'obbligazione (quali appunto la persona o il patrimonio).

45 § 444 BGB “*Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat*”.

46 § 639 BGB “*Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Unternehmer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat*”.

47 Cfr. J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg - Karlsruhe, 1976.



mediale costituisca una conferma dell'autonomia degli obblighi di protezione; garantendo la loro concreta operatività attraverso una disciplina volta a facilitarne l'azionabilità, sembra che la tendenza sia quella di non relegarli a mere enunciazioni di principio, per fare in modo che essi assurgano a strumenti direttamente utilizzabili ed efficaci per tutelare la parte nell'attuazione del rapporto obbligatorio.



## **CAPITOLO IV: OBBLIGHI DI PROTEZIONE NELLE PRINCIPALI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI E PROSPETTIVE DI CODIFICAZIONE**

SOMMARIO: Sezione I: La giurisprudenza. 1. Premessa: i diversi campi applicativi della teoria degli obblighi di protezione nella giurisprudenza italiana. 2. La responsabilità da contatto sociale in capo all'insegnante, dipendente dell'istituto scolastico, per la condotta autolesiva dell'alunno. 3. La responsabilità da contatto sociale del medico dipendente della struttura ospedaliera. 4. Gli obblighi di protezione in capo al datore di lavoro. Sezione II: Prospettive di codificazione.

### **SEZIONE I – LA GIURISPRUDENZA**

#### *1. Premessa: i diversi campi applicativi della teoria degli obblighi di protezione nella giurisprudenza italiana.*

L'ordinamento tedesco, a seguito della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), conosce una norma *ad hoc* che tratta degli obblighi di protezione, la quale ha dato veste formale ad una figura che, come si è visto nei capitoli precedenti, è frutto di un lungo percorso – svolto dalle corti – di interpretazione ed integrazione del sistema tedesco<sup>1</sup>.

Nell'ordinamento italiano, invece, tale istituto rimane ancora normativamente sconosciuto, fatta eccezione per singoli campi particolarmente sensibili<sup>2</sup>. Finora sono state essenzialmente giurisprudenza e dottrina a dare spazio alle influenze provenienti dalla Germania, assumendosi il compito di valutare la compatibilità o meno della categoria degli obblighi di protezione con i principi del proprio sistema e di individuare i possibili vantaggi di una eventuale ricezione.

A questo proposito, va notato come in Italia ci si sia molto interrogati sulle ipotesi di contatto sociale, preferendo concentrarsi su fattispecie nelle quali gli obblighi di protezione sorgono a prescindere dall'esistenza di un vincolo diretto alla realizzazione della prestazione<sup>3</sup>. La ragione di tale preferenza potrebbe

---

1 Per approfondimenti sul tema della codificazione degli obblighi di protezione in Germania, cfr. la successiva sezione II, paragrafo 1 del presente capitolo.

2 Si fa, ad esempio, riferimento agli obblighi di protezione incombenti sul datore di lavoro, come verrà approfondito nel successivo paragrafo 4.

3 Per una trattazione generale degli obblighi di protezione nella loro veste di contatto

rinvenirsi nel fatto che, a differenza del sistema tedesco, quello italiano non presentava delle evidenti lacune di tutela nel campo della responsabilità extracontrattuale, mentre lo stesso sistema risultava in maggior misura incerto sul punto di quale fosse il regime applicabile in presenza di lesioni derivanti da un contratto nullo o da trattative non conclusesi con un accordo<sup>4</sup>. Nella sostanza, comunque, le due categorie del contatto sociale e degli obblighi di protezione integrativi del rapporto obbligatorio coincidono, concretandosi pur sempre nell'attivazione di vincoli di tutela della persona e del patrimonio della controparte<sup>5</sup>.

Oltre alle analisi in tema di contatto sociale, la teoria degli obblighi di protezione è stata oggetto di applicazione anche nella veste di doveri integrativi di un rapporto obbligatorio già in essere, come è avvenuto per le fattispecie in tema di responsabilità del datore di lavoro. Si noti peraltro come proprio questo settore costituisca uno dei pochi casi di previsione legislativa di un tale obbligo in capo alle parti<sup>6</sup>.

Si passerà ora ad un'analisi dei settori di maggior rilievo nell'applicazione della teoria degli obblighi di protezione, precisando però che tale elencazione non vuole essere esaustiva, ma ha semplicemente l'intento di mettere in evidenza i campi di discussione più rilevanti, sui quali si è incentrata l'attenzione della Corte di Cassazione.

Per completezza si devono ricordare anche altre ipotesi, quali, ad esempio, quelle riscontrabili nel settore delle contrattazioni bancarie; su questo punto si era già interrogata la dottrina tedesca, affermando un generale principio di *Treupflicht* (ovvero un obbligo di lealtà, collaborazione) in capo alla banca, per evitare al cliente possibili lesioni dovute alla gestione del contratto<sup>7</sup>. Si pensi

---

sociale, contestualizzati nell'ambito medico e scolastico, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 358 ss.

4 Sulle discussioni in tema di contratto nullo, cfr. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008; S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, fasc. 2, 174 ss. Per trattazioni generali sulla responsabilità precontrattuale, cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli Roma, 2012; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008.

5 A questo proposito, cfr. il precedente capitolo I, sezione III, paragrafo 5.

6 Art. 2087 c.c.: “L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”.

7 Gli stessi Staub e Stoll, primi teorizzatori dell'istituto degli obblighi di protezione, avevano affrontato il tema della contrattazione bancaria come uno dei possibili ambiti di applicazione degli *Schutzpflichten*; a questo proposito, cfr. H. STOLL, *Ab-*

alle ipotesi di rottura c.d. brutale del credito<sup>8</sup>, o di mancato controllo di un titolo di credito collocato sul mercato<sup>9</sup>, entrambi comportamenti della banca che potenzialmente sono in grado di danneggiare ingiustamente il cliente e che vengono ormai pacificamente ricondotti ad ipotesi di responsabilità contrattuale, gli obblighi di protezione in questione rientrando a pieno titolo all'interno del rapporto obbligatorio.

La Cassazione ha anche riconosciuto la responsabilità del *tour operator* in caso di danno da vacanza rovinata, sia rispetto a pregiudizi causati al viaggiatore per difettosa esecuzione della prestazione, sia per i danni cagionati da un collaboratore, qualora si dimostri che se la scelta di tale ausiliario fosse stata differente il danno non si sarebbe verificato<sup>10</sup>.

---

*schied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 136, 1932, 258 ss.; H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 93 ss. Per un'analisi più attuale, cfr. C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* (traduzione italiana a cura di Di Majo e Marella), in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, 802 ss.

- 8 L'istituto – conosciuto sia in Germania, con la denominazione di “*Kündigung zur Unzeit*”, sia in Francia come “*retrait brutal de crédit*” (espressione impiegata dalla Cassazione nella pronuncia 90-16905) – è stato oggetto anche in Italia dell'attenzione di giurisprudenza e dottrina; cfr. ad esempio Trib. Milano, 8 settembre 2006 e la relativa nota a sentenza di C. MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008 fasc. 1, pt. 2, 86 ss., il quale sottolinea come il comportamento della banca che interrompe il credito a fronte del correntista che rimanga scoperto debba essere considerato come violazione contrattuale, essendo la buona fede criterio di valutazione del comportamento delle parti e fonte di obblighi di protezione in capo ad esse. Cfr. anche N. DE LUCA, *Revoca della fideiussione e obblighi di buona fede della banca*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004 fasc. 5, pt. 2, 524 ss., nota a Cass. sez. I, 7 novembre 2003, n. 16705.
- 9 Cfr. la sentenza n. 14712, 26 giugno 2007, nella quale la Cassazione afferma che sussiste un “*obbligo professionale del banchiere di far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. La responsabilità del banchiere deriva appunto dalla violazione di un siffatto obbligo protezione che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo ed al buon fine della sottostante operazione: obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto, “latu sensu” riconducibile alla fattispecie della responsabilità contrattuale*”; si veda inoltre I. NASTI, *Sottrazione e falsificazione di moduli per assegni circolari: responsabilità della banca per inadeguata informazione*, in *Danno e responsabilità*, 2000, fasc. 4, 392 ss., nota a Cass. sez. III civ. 18 febbraio 2000, n. 1859.
- 10 È questo il caso affrontato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia 27 giugno 2007, n. 14837; si trattava di una causa di risarcimento del danno presentata dalla moglie di un turista morto in Kenya a causa di un incidente automobilistico verifica-

L'elenco potrebbe proseguire, ma nei paragrafi seguenti si incentrerà l'attenzione sulle fattispecie di responsabilità dell'insegnante dipendente dell'istituto scolastico, del medico operante nell'ambito di una struttura sanitaria e del datore di lavoro; ciò in quanto i settori citati si presentano come quelli di maggiore rilevanza, sia per l'incidenza quantitativa sul lavoro delle corti, sia per il livello e la maturità della riflessione dottrinale consolidatasi negli anni.

## 2. *La responsabilità da contatto sociale in capo all'insegnante, dipendente dell'istituto scolastico, per la condotta autolesiva dell'alunno*

Uno dei settori che hanno visto svilupparsi in maggior misura la tematica degli obblighi di protezione nella loro versione di contatto sociale è stato quello della responsabilità dell'insegnante rispetto ai danni subiti dall'alunno nel mentre era sotto la sua custodia.

Infatti, la Corte di Cassazione, più volte interrogata in merito alla natura della responsabilità dell'insegnante, si è attestata sulla posizione di ritenere che questi sia collegato all'alunno da un rapporto di natura negoziale, originato non da un contratto, ma da una differente fonte di obbligazione, appunto il contatto sociale<sup>11</sup>. A fronte di questa posizione la Corte ha più volte respinto la ricostruzione prospettata dalle parti ricorrenti che, di norma, facevano ricorso ad un'interpretazione estensiva della specifica norma in tema di responsabilità

---

tosì durante il trasporto dall'aeroporto all'hotel. Pur confermando la decisione dei gradi di merito, che si erano espressi nel senso che non fosse rinvenibile nel caso di specie una responsabilità dell'operatore turistico e del vettore, in quanto l'incidente si era verificato interamente per colpa dell'altra autovettura, la Corte afferma il principio generale in base al quale il tour operator è chiamato a rispondere anche per il fatto dei suoi ausiliari, qualora egli sia stato negligente nella loro scelta. Cfr. A. LANOTTE, *Responsabilità del tour operator e obblighi di protezione*, in *Il Foro italiano*, 2008, fasc. 4, pt. 1, 1211 ss., nota a Cass. sez. III civ. 27 giugno 2007, n. 14837. Si ricorda comunque che la materia è stata regolata dalla direttiva n. 90/314, attuata dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 111.

11 Per approfondimenti sulla norma ex art. 1173 c.c., cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 4 ss. L'A. distingue le fonti di obbligazione in due categorie, le fonti negoziali e quelle legali; nella seconda categoria rientrerebbero proprio le ipotesi definite come contatto sociale, in quanto in questi casi il rapporto obbligatorio sorgerebbe in base alla legge a fronte di una determinata situazione di fatto: *“Le fonti legali comprendono gli atti giuridici in senso stretto. Gli atti giuridici in senso stretto sono comportamenti umani che rilvano come semplici presupposti di effetti giuridici. Essi sono fonti dell'obbligazione quando realizzano le condizioni necessarie per la loro produzione”*.

dei maestri e dei precettori<sup>12</sup>.

È quindi interessante notare come la soluzione data da numerose pronunce della Suprema Corte venga in soccorso rispetto alle difficoltà ricollegate ad un'applicazione estensiva della responsabilità di natura extracontrattuale sancita nell'art. 2048 c.c. e, in questo senso, si fondi sulle medesime esigenze che avevano portato alla teorizzazione della categoria degli *Schutzpflichten* nel sistema tedesco<sup>13</sup>.

La sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 27 giugno 2002, n. 9346, costituisce il precedente fondamentale in materia, chiarendo la natura delle diverse situazioni di responsabilità che vengono in considerazione in caso di danno da auto lesione dell'alunno<sup>14</sup>.

In particolare, le Sezioni Unite intervengono a dirimere un contrasto interpretativo che vedeva contrapposte due ricostruzioni della natura della responsabilità del docente e dell'istituzione scolastica. Il problema si poneva per la qualificazione della responsabilità da attribuire all'insegnante, in quanto mancavano sia un rapporto negoziale diretto con l'alunno che potesse giustificare un'azione di inadempimento contrattuale, sia una norma *ad hoc* che sancisse la natura aquiliana di tale responsabilità (essendo la norma di cui all'art. 2048 c.c. dedicata alla differente fattispecie delle lesioni procurate dall'alunno ad un terzo). Benché meno controversa, anche la posizione dell'istituto presentava comunque dei punti di dubbia interpretazione, in quanto si doveva determinare fino a che punto si spingessero i doveri contrattali posti a capo della scuola con l'accettazione della domanda di iscrizione.

---

12 Per un esempio, si veda Cass. civ. Sez. Unite, 27 giugno 2002, n. 9346, nel dettaglio esaminata più avanti in questo paragrafo.

13 Per ripercorrere la genesi dell'istituto degli obblighi di protezione in Germania, si veda il capitolo I, sezione I.

14 È interessante notare, peraltro, come nella particolare fattispecie delle lesioni procurate dall'alunno a sé stesso, egli si configuri sia come oggetto materiale della lesione, sia come fonte di pericolo. Cfr. Corte di Cassazione 9906/2010. A commento, sulla posizione di garanzia che emerge per la scuola e i docenti, si rinvia in particolare a R.F. IANNONE, *La responsabilità da contatto sociale dell'insegnante nelle ipotesi di danno autoinferto dall'alunno*, in *La Responsabilità Civile*, 2010 fasc. 12, 845 ss.; C. MENGA, *Il labile confine tra culpa in vigilando e culpa in educando*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010 fasc. 11, 2290 ss.; A. QUERCI, *Responsabilità dell'insegnante e del Ministero della Pubblica Istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso: l'estensione del dovere di vigilanza*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010 fasc. 11, pt. 1, 1162 ss.; R.F. IANNONE, *Danno cagionato dall'alunno a se stesso: responsabilità civile dei precettori e dell'istituto scolastico*, in *Il Foro italiano*, 2010 fasc. 9, pt. 1, 2390 ss.

Per giungere alla soluzione del problema, vengono prima ripercorse punto per punto le precedenti pronunce a favore e contro un'applicazione estensiva della norma in tema di “*responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*”<sup>15</sup>, osservando però che nel caso di specie si trattava di un danno cagionato dal soggetto sottoposto a custodia non tanto a terzi, quanto piuttosto a sé stesso (ipotesi del danno da c.d. autolesione dell'alunno).

Il dubbio in relazione all'applicabilità o meno della norma *ex art. 2048 c.c.* sorgeva a causa della formulazione della disposizione, la quale sancisce come

*“... I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto”.*

Restava dubbio il significato da attribuire al termine “*fatto illecito*”, in quanto ci si domandava se il carattere dell'illiceità potesse ricomprendere anche le lesioni cagionate a sé stessi, oppure se lo stesso desse copertura solo a quelle procurate a terzi.

Ripercorrendo i precedenti gradi di giudizio, si può notare come la domanda di risarcimento danni presentata dal genitore a seguito delle lesioni riportate dalla figlia nell'ora di educazione fisica era stata rigettata, in quanto le corti di merito avevano ritenuto di non poter interpretare estensivamente la disposizione *ex art. 2048 c.c.*; ciò in quanto la norma citata veniva considerata riferibile esclusivamente alle lesioni cagionate a terzi dal soggetto sottoposto a custodia, e non invece al caso delle lesioni autoinflitte. Il giudice di secondo grado ricostruiva quindi la fattispecie facendola ricadere nell'ambito di applicazione dell'*art. 2043 c.c.*, ai sensi del quale vige un diverso regime probatorio; l'attore non avrebbe potuto semplicemente allegare l'evento danno, lasciando al convenuto l'onere di dimostrare di non aver potuto impedire il fatto, bensì sarebbe ricaduto sulla parte attrice l'onere di provare la responsabilità

*“in tutti i suoi elementi costitutivi, e segnatamente con riferimento alla sussistenza di una condotta colposa, commissiva o omissiva, ascrivibile all'insegnante”*<sup>16</sup>.

---

15 Nel richiamare l'orientamento estensivo in merito all'applicazione della norma *ex art. 2048 c.c.*, la Cassazione si riferisce alle proprie pronunce precedenti nn. 2485/58, 5268/95 e 2110/74. Per una trattazione generale della dell'*art. 2048 c.c.*, cfr. A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Giuffrè, Milano, 2008, 297 ss.; M. RIODA, *La responsabilità civile degli insegnanti*, in *Studium iuris*, 2011 fasc. 2, 180 ss.; A. VENTURELLI, *Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048, secondo comma, c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 2004 fasc. 11, 1098 ss.

16 Cfr. il punto 10. dei motivi della decisione.



La domanda dell'attore veniva quindi respinta anche in base a tale regime di responsabilità generale, in quanto il giudice di merito non riteneva raggiunta la prova richiesta.

È a fronte di questo quadro che la Corte di Cassazione si ritrovava a dover decidere sulla domanda di tutela dell'alunno che patisce un'autolesione in contesto scolastico. A fronte di tale quadro degli interessi, la Cassazione ribaltava le pronunce precedenti, sulla base di una differente ricostruzione delle situazioni di responsabilità dell'Istituto e dell'insegnante.

A parere della Cassazione non possono essere accolte le motivazioni a favore dell'estensione dell'art. 2048 c.c., in quanto i precedenti invocabili a fondamento di tale posizione si riferiscono a fattispecie diverse, cioè a casi di danni provocati da un alunno ad un altro e, quindi, non integrano l'ipotesi di lesioni autoinflitte<sup>17</sup>. La questione non avrebbe potuto quindi essere risolta sulla base del precedente cui si richiamava l'orientamento estensivo, essendo la fattispecie strutturalmente differente.

Vi sono però altre ragioni che spingono ad abbracciare la tesi restrittiva. L'orientamento estensivo è escluso anche dalla giurisprudenza formatasi sul precedente art. 2047 c.c., rubricato "*Danno cagionato dall'incapace*", norma dalla fattispecie strutturata in modo molto simile a quella ex art. 2048 c.c. (in particolare per quanto concerne il regime probatorio), che se ne differenzia principalmente nel suo riferirsi a persone incapaci di intendere e di volere (con le conseguenze strutturali che tale circostanza comporta)<sup>18</sup>. Anche in riferimento a questa categoria, la giurisprudenza vi ricomprendeva solo le lesioni che l'incapace cagiona ad un terzo e non anche quelle che lo stesso soggetto si autoinfligge.

Inoltre, la stessa analisi terminologica dell'inciso "*fatto illecito dell'allievo*" spingerebbe a rifiutare un'interpretazione estensiva della norma ex art. 2048 c.c., in quanto un fatto è obiettivamente antiggiuridico solo se lesivo di un terzo, mentre non sarebbe antiggiuridico il danno cagionato a sé stessi, in quanto ca-

---

17 La Corte di cassazione si riferiva alla precedente sentenza n. 260 del 1972.

18 Per una trattazione generale dei rapporti fra l'art. 2048 e l'art. 2047 c.c., cfr. A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Giuffrè, Milano, 2008, 61 ss.; G. BELLÌ, *Sorveglianza degli incapaci e responsabilità del custode*, in *La Responsabilità Civile*, 2011 fasc. 12, 848 ss.: l'A. sottolinea come il dovere di custodia cui si riferisce la norma in commento si debba commisurare alla natura e al grado di incapacità del sorvegliato e come non vada definito in via assoluta, dovendosi invece rapportare alle circostanze del caso concreto. Con riguardo specifico alla responsabilità per i danni cagionati a terzi, cfr. A. VENCHIARUTTI, *Responsabilità per danni cagionati dall'infermo di mente*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009 fasc. 1, pt. 1, 61 ss., nota a Cass. sez. III civ. 20 giugno 2008, n. 16803.

rente sotto il profilo del c.d. carattere *contra ius*<sup>19</sup>.

Al termine dell'analisi delle ricostruzioni operate dalla giurisprudenza al fine di determinare quale fosse la normativa applicabile, la Corte esclude radicalmente che si possa trattare di una forma di responsabilità extracontrattuale, ravvisando una diversa *ratio* nella previsione *ex art.* 2048 c.c.; si tratterebbe di una norma di "propagazione" della responsabilità civile del minore a genitori, tutori e insegnanti. Non sarebbe quindi un'autonoma fonte di responsabilità, ma avrebbe semplicemente l'effetto di estendere la responsabilità *ex art.* 2043 c.c. a soggetto diverso da quello che ha cagionato il danno<sup>20</sup>.

In conclusione, non di responsabilità extracontrattuale si tratterebbe, ma tanto la responsabilità dell'istituto scolastico quanto la responsabilità dell'insegnante sarebbero delle ipotesi di violazione di doveri negoziali, originati in un caso per via della stipulazione di un contratto e, nell'altro, per via di contatto sociale qualificato<sup>21</sup>.

In fattispecie di questo tipo si devono perciò distinguere le due diverse situazioni in cui vengono a trovarsi l'istituto scolastico e l'insegnante cui in concreto era affidata la custodia dell'alunno. Se con il primo viene ad instaurarsi un rapporto di natura contrattuale che trova la sua fonte nell'atto di iscrizione dello scolaro (e sua relativa accettazione), rispetto all'insegnante non è ravvisabile alcun precedente rapporto giuridico formale diverso da quello che viene in essere con il mero contatto sociale che avviene quando il minore è concretamente posto sotto la sua supervisione (nel quadro di un rapporto di impiego formale, variamente regolato, che vige unicamente tra docente ed istituzione scolastica, dal quale solo mediatamente sorgono posizioni giuridiche rivolte alla cura dell'allievo, rispetto alle quali quest'ultimo non è soggetto contrattuale attivo).

---

19 Per la trattazione classica sul tema dell'antigiuridicità, e sulle premesse delle possibili interpretazioni della nozione di "danno ingiusto" come reso *non iure* (comportamento non giustificato dall'ordinamento) e *contra ius* (lesione di un interesse giuridicamente apprezzabile e tutelato dall'ordinamento), cfr. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1966. Cfr. anche, più recentemente, M.F. CURSI, *Iniuria cum danno: antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, Giuffrè, 2002.

20 Cfr. il punto 7.2.3. dei motivi della decisione; per un'analisi della teoria della propagazione si rinvia a A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Giuffrè, Milano, 2008, 362 ss.

21 Su questa tematica, per una trattazione di carattere generale, cfr. L. GAROFALO, *Trattato delle obbligazioni*, Vol. I, *La struttura e l'adempimento*, Tomo III, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, Cedam, Padova, 2010.

L'alunno entra così in relazione con l'istituzione scolastica e con l'insegnante in due modi differenti, che determinano però lo stesso regime applicabile: quello della responsabilità contrattuale<sup>22</sup>. Gli obblighi di protezione operano in diverso modo nelle due fattispecie: se rispetto all'istituto scolastico essi si affiancano e arricchiscono il contenuto dell'obbligazione già sussistente, rispetto all'insegnante essi invece sorgono indipendentemente dall'esistenza di un previgente rapporto negoziale che impegna il soggetto nei confronti dell'alunno (anzi, l'unico rapporto negoziale che vincola l'insegnante è quello con l'istituto scolastico, del quale egli è lavoratore dipendente).

L'orientamento prefigurato in questa sentenza è stato confermato anche in pronunce successive, quali la sentenza 18 novembre 2005, n. 24456, la quale affronta ancora il caso dell'alunno che patisce una lesione personale in classe<sup>23</sup>, e la sentenza 21 marzo 2007, n. 8067. In quest'ultimo caso si confermava la responsabilità dell'insegnante anche se il danno si era prodotto nell'ambito del soggiorno in una colonia estiva<sup>24</sup>; ciò che rileva – infatti – non è tanto il

---

22 Cfr. il punto 7.2.5. dei motivi della sentenza: *“Quanto all’istituto scolastico, l’accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell’allievo determina infatti l’instaurazione di un vincolo negoziale, in virtù del quale, nell’ambito delle obbligazioni assunte dall’istituto, deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l’incolumità dell’allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l’allievo procuri danno a se stesso (in tal senso, espressamente, v. sent. n. 2485/58 e n. 2110/74, entrambe relative ad istituti privati, ma il principio è da ritenere operante anche in relazione alla scuola pubblica). Quanto al precettore dipendente dall’istituto scolastico, osta alla configurabilità di una responsabilità extracontrattuale il rilievo che tra precettore ed allievo si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell’ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l’allievo si procuri da solo un danno alla persona”*.

23 A commento di questa sentenza, cfr. T. PERNA, *Il debole confine tra responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il “contatto sociale” in ambito scolastico*, in *Danno e responsabilità*, 2006 fasc. 11, 1084 ss.; l’A., in particolare, si interroga su in quali spazi possa ancora operare la norma *ex art. 20482 c.c.* a fronte dell’impostazione assunta dalla Cassazione, la quale amplia sempre di più l’ambito riservato all’operatività della teoria del contatto sociale.

24 Per una rassegna di altre applicazioni degli obblighi di protezione in questo settore, cfr. R. CAMPIONE, *Condotta autolesiva dell’allievo e regole di responsabilità nella giurisprudenza di merito: spunti per una ricostruzione alternativa*, in *Famiglia e diritto*, 2009 fasc. 12, 1168 ss., nota a Trib. Bari 24 aprile 2009, n. 1667; Trib. Milano 21 aprile 2009, n. 5223. In generale, cfr. A. MENINI, *I confusi limiti della responsabilità dell’amministrazione scolastica e dell’insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile*

contesto scolastico in cui il danno si verifica, quanto piuttosto la concreta sottoposizione dell'alunno al potere di vigilanza del precettore.

In riferimento alla responsabilità dell'istituto e dell'insegnante, comunque, il regime probatorio applicabile viene ad essere sempre il medesimo, *ex art. 1218 c.c.*:

*“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.*

Cioè, la parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno sarà onerata esclusivamente di dimostrare che la lesione si è verificata nel corso dello svolgimento del rapporto, e non anche invece che essa sia riconducibile ad un comportamento colposo del precettore; al contrario, spetterà a quest'ultimo, per essere sollevato da responsabilità, di provare che l'evento si è verificato per causa a lui non imputabile e da lui nemmeno prevedibile<sup>25</sup>.

È a questo punto necessaria un'ulteriore precisazione in ordine al regime probatorio che regola queste fattispecie.

L'istituto scolastico convenuto dall'alunno per il risarcimento del danno cagionato a sé stesso non può eccepire la propria mancanza di legittimazione passiva in relazione alla domanda basata sul contratto concluso con l'iscrizione alla scuola; riguardo a tale rapporto, infatti, l'insegnante non può essere direttamente convenuto in giudizio, ma solo in caso di soccombenza dell'istituto quest'ultimo potrà poi agire in rivalsa contro colui che aveva concretamente in affidamento l'allievo, facendo valere l'inadempimento contrattuale. L'art. 61, comma 3, della legge 312/1980 dispone infatti che

*“salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi”*<sup>26</sup>.

---

*Commentata*, 2007 fasc. 3, pt. 1, 363 ss., nota a Cass. sez. III civ. 29 aprile 2006, n. 10030.

25 Per un'analisi della disciplina *ex art. 1218 c.c.* con speciale riferimento all'ipotesi del contatto sociale, cfr. L. VIOLA (a cura di), *L'inadempimento delle obbligazioni, accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Cedam, Padova, 2010, 149 ss.

26 Per un commento alla disposizione legislativa citata, cfr. G. MONETA, *Note in tema di responsabilità civile del personale scolastico statale dopo la legge n. 312 del 1980*, in *Giurisprudenza italiana*, 1988 fasc. 3, pt. 1, 49 ss. Anche al primo e secondo comma l'art. 61 della legge 312/1980 ribadisce la limitazione della responsabilità imputabile al docente ai casi di dolo o colpa grave, secondo il regime comunemente applicato ai funzionari pubblici; va notato come tuttavia tale limitazione non valga

Per l'azione di rivalsa così inquadrata, comunque, non basta la dimostrazione del fatto che il danno si è verificato durante lo svolgimento del rapporto, ma si dovrà provare il dolo o la colpa grave dell'insegnante<sup>27</sup>.

Nella sentenza 20 aprile 2010, n. 9325 il Ministero dell'istruzione resisteva alla domanda di risarcimento danni avanzata da un alunno, sostenendo che in primo grado gli attori avevano erroneamente qualificato tale responsabilità come extracontrattuale e che – quindi – non sarebbe stato possibile modificare i termini della domanda in grado di appello, (ri)qualificandola correttamente come contrattuale. La Cassazione rigettava tale eccezione, affermando che in ogni caso il fatto dedotto era lo stesso, e il giudice sarebbe stato pertanto libero di modificarne la qualificazione giuridica<sup>28</sup>. Questa apertura della Corte potrebbe essere vista come una conseguenza dell'applicazione della teoria degli obblighi di protezione, in quanto essi rappresentano un rapporto autonomo rispetto a quello finalizzato alla realizzazione della prestazione pattuita.

Va notato, infatti, che concepire tali obblighi di protezione come autonomi consente di svincolare la loro azionabilità dalla domanda volta al conseguimento del risarcimento del danno contrattuale, spostando l'attenzione sul fatto concreto dedotto nel giudizio e – quindi – concependo la diversa qualificazione della violazione come *emendatio* e non *mutatio libelli*<sup>29</sup>.

---

per le istituzioni scolastiche, con – anche in questi casi, così come avviene normalmente nelle PA – uno sfasamento dei regimi di imputabilità tra ente e persona fisica responsabili (Art. 61 - Disciplina della responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente: “*La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all’Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell’esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l’Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza*”).

27 In tal senso si è pronunciata la Cassazione nelle sentenze 3 marzo 2010, n. 5067 e 27 giugno 2002 n. 9346.

28 Per un'analisi riferita ad una fattispecie simile, cfr. S. NARDELLI, *Domanda nuova nel passaggio dall'art. 2049 all'art. 2050 c.c.?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997 fasc. 2-3, 425 ss., nota a Cass. sez. III civ. 8 ottobre 1996, n. 8784; l'A. osserva come la semplice modificazione dell'impostazione giuridica della domanda posta in primo grado non costituisca violazione del divieto sancito dall'art. 345 c.p.c.: “*Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio*”.

29 A differenza delle precisazioni della domanda, ammesse fino al termine di presentazione della prima memoria *ex art.* 183 c.p.c., una sua eventuale mutazione che compor-

La giurisprudenza finora analizzata consente di compiere una riflessione di ordine sistematico relativamente al problema del fondamento giuridico della responsabilità contrattuale che si afferma in capo all'insegnante.

Come si è già visto nei precedenti capitoli, gli obblighi di protezione sorgono in capo alle parti indipendentemente da una pattuizione espressa in tal senso, e ciò perché è il principio generale di buona fede ad arricchire di contenuti il rapporto obbligatorio. La teoria del contatto sociale compie un passo ulteriore: si afferma la sussistenza di obblighi di protezione anche a prescindere dalla precedente esistenza di un negozio fra le parti e – pertanto – lo si ammette anche fra due soggetti non collegati da alcun vincolo giuridico diretto. In presenza di una tale situazione il comportamento della controparte assume concreta rilevanza, benché lo stesso non sia oggetto di alcun dovere specifico pattuito a favore dell'altro soggetto; e ciò in quanto il contesto all'interno del quale le "parti" operano fa sì che esse entrino in contatto e si aspettino reciprocamente che il comportamento dell'una non rechi danno all'altra. Tale aspettativa assume valenza giuridica per il tramite della clausola generale di buona fede, in quanto espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale<sup>30</sup>. Un primo riflesso di questa teoria è allora quello di ribadire la natura autonoma degli obblighi di protezione, che non integrano un contratto in via interpretativa, ma che sorgono a prescindere dalle vicende proprie dello svolgimento della prestazione; un'ulteriore conseguenza è la messa in discussione della teoria tradizionale delle fonti dell'obbligazione, la ricostruzione descritta comportando che i soggetti coinvolti vengano vincolati fra loro in ragione di un'ulteriore e nuova fonte costituita dal contatto sociale qualificato<sup>31</sup>.

La fattispecie di cui si occupa la Suprema Corte nella sentenza 8 febbraio 2012, n. 1769, si differenzia da quelle sinora analizzate, in quanto diverso è

---

ti la diversità della pretesa stessa che era stata avanzata in principio davanti al giudice è vietata dall'ordinamento processuale; in un caso si tratta della modifica degli elementi secondari che concorrono a determinare la fondatezza della domanda, nell'altro invece sono gli stessi fatti principali che vengono in considerazione. A questo proposito, cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2011.

30 Cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 679 ss.; dello stesso autore cfr. anche *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 441 ss.

31 A commento della sentenza 26 aprile 2010, n. 9906, della Corte di Cassazione, Roberto Iannone evidenzia in particolare il profilo, di come la teoria del contatto sociale metta in discussione la concezione tipica delle fonti; cfr. R.F. IANNONE, *La responsabilità da contatto sociale dell'insegnante nelle ipotesi di danno autoinferto dall'alunno*, in *La Responsabilità Civile*, 2010 fasc. 12, 845 ss.

l'ambito nel quale l'alunno si procura una lesione.

Nel caso in questione, una studentessa minorenni cadeva da una terrazza dell'albergo in cui la classe era alloggiata nel corso di un viaggio d'istruzione organizzato dall'istituzione scolastica (terrazza non aperta al pubblico e che era stata raggiunta dall'alunna scavalcando il balcone della propria camera), procurandosi lesioni gravissime che comportavano una condizione di completa invalidità<sup>32</sup>. La domanda di risarcimento del danno proposta in primo grado, e successivamente anche davanti alla Corte d'appello, veniva respinta in entrambe le ipotesi dalle corti di merito; ciò era giustificato in ragione del fatto che

*“la sorveglianza del docente non doveva spingersi ad invadere la privacy dei ragazzi e la sua diligenza si limitava alla verifica dell'astratta sicurezza delle strutture ospitanti”*<sup>33</sup>.

La ricorrente in Cassazione lamentava il mancato accoglimento della propria domanda nei gradi precedenti, ritenendo che la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante fosse da ricondurre alla mancata verifica, da parte di questi, dell'idoneità dei luoghi ad ospitare la scolaresca (l'insegnante, in particolare, avrebbe dovuto prevedere la pericolosità del terrazzamento facilmente raggiungibile dal balcone della stanza dell'alunna) e alla mancata o scarsa vigilanza sui minori partecipanti alla gita scolastica. La ricorrente supportava la sua domanda, tra i vari argomenti, facendo riferimento a numerosi passaggi di una circolare ministeriale emanata in materia di gite scolastiche, la quale raccomandava tali cautele<sup>34</sup>. Il fatto che simili accorgimenti e controlli non fossero stati posti in essere, comportava che l'evento lesivo poi verificatosi non si sarebbe dovuto ritenere imprevedibile e, quindi, inevitabile da parte dell'insegnante.

Da parte loro, l'istituto scolastico e l'insegnante negavano la propria responsabilità, sottolineando come la studentessa si fosse recata di sua volontà sul terrazzamento dal quale era poi precipitata, come il terrazzamento costituisse un'area chiusa al pubblico, e come con il progredire dell'età degli alunni

---

32 In riferimento alla sentenza di cui si tratta, si rileva un ulteriore punto di interesse nella questione del consumo di sostanze stupefacenti da parte dell'alunna, fornite da un compagno di classe, e nella conseguente domanda presentata dall'alunna lesa per ottenere il risarcimento del danno da parte dei genitori del cedente (imputabili per *culpa in educando*). Su questo tema, cfr. N. COREA, *La responsabilità dei genitori secondo una recente pronuncia della Cassazione*, in *La Responsabilità Civile*, 2007 fasc. 10, 798 ss.; sulla differenza fra *culpa in educando* e *culpa in vigilando*, cfr. R. MENZELLA, *In tema di responsabilità dei genitori*, in *Il Foro italiano*, 2008 fasc. 10, pt. 1, 2883 ss.

33 Cfr. il punto 1.5. dello svolgimento del processo.

34 Cfr. Circolare Ministeriale 14 ottobre 1992, n. 291.

sottoposti a custodia (in questo caso sedicenni) si affievolisca l'intensità del dovere di custodia in capo all'insegnante.

La Corte di Cassazione ribalta le decisioni dei giudici di merito, ritenendo il gravame fondato, e afferma la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante, ribadendone la natura contrattuale. Si fa quindi riferimento alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c., la quale pone in capo al convenuto l'onere di dimostrare il caso fortuito idoneo a sollevare il soggetto da responsabilità<sup>35</sup>. In questo caso i giudici accolgono la ricostruzione dell'alunna, affermando che

*“in caso di gita scolastica tali obblighi (di controllo e vigilanza) devono essere adempiuti in via preventiva, assicurando agli alunni che le camere messe a loro disposizione non presentino rischi o pericoli per la loro incolumità”*<sup>36</sup>;

quindi, l'insegnante non viene condannato sul presupposto di una sua omessa vigilanza degli alunni anche nelle ore notturne (peraltro ritenuta impossibile dalla stessa Corte), quanto per il mancato preventivo controllo dell'adeguatezza dei luoghi scelti per il soggiorno<sup>37</sup>. Questo perché con l'accoglimento della domanda di iscrizione (per l'istituto scolastico) e con la concreta attività di insegnamento (per il precettore) le parti si obbligano verso gli alunni a *“vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni”*; quindi, nel momento in cui viene organizzata una gita scolastica, questa entra a far parte a pieno titolo delle attività curriculari riconducibili all'insegnamento e – di conseguenza – anche in relazione a queste fattispecie saranno vigenti gli obblighi di protezione che sorgono in capo alle parti al momento dello svolgimento della prestazione.

In conclusione, si noti come il tema della responsabilità contrattuale dell'insegnante per il danno che l'alunno si procura autonomamente costituisca un tipico esempio dell'operatività degli obblighi di protezione nella loro veste

---

35 Per approfondimenti sulla disciplina di cui all'art. 1218 c.c., cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, 83 ss.: *“La norma fondamentale sull'inadempimento pone a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Posto che l'impossibilità sopravvenuta è un impedimento non prevedibile né superabile alla stregua della normale diligenza, ne consegue che la norma sancisce a carico del debitore inadempiente la presunzione di colpa”*.

36 Cfr. il punto 5.1.2. dei motivi della decisione.

37 In commento a questa sentenza, cfr. A. CANACCINI, S. CASTRO, *Caduta della studentessa dal balcone di un albergo: struttura ospitante responsabile per cose in custodia. L'allievo deve provare di aver partecipato alla gita la Pa dimostrare che il fatto doloso fosse inevitabile*, in *Guida al Diritto*, 2012 fasc. 11, 25 ss.



di premessa della responsabilità da contatto sociale<sup>38</sup>. In simili ipotesi manca un rapporto obbligatorio al quale le parti sono chiamate a dare attuazione e al quale si affiancano gli obblighi di protezione, ma si rinvengono esclusivamente questi ultimi: una simile circostanza non fa altro che confermarne il carattere autonomo e la relativa autonoma operatività, a prescindere dalle vicende del rapporto contrattuale (se esistente).

### 3. *La responsabilità da contatto sociale del medico dipendente della struttura ospedaliera*

Come si è già avuto modo di notare nel precedente capitolo II, dedicato agli obblighi di protezione in riferimento ai terzi, la giurisprudenza sembra orientata a riconoscere delle aperture verso l'applicazione degli *Schutzpflichten* in relazione alla tutela del nascituro e del padre, in modo da non limitare la tutela alla sola posizione della madre che ha stipulato il contratto di assistenza ginecologica con l'ospedale<sup>39</sup>.

La domanda che ci si pone ora è diversa e concerne la configurabilità di una responsabilità contrattuale non tanto in capo all'ente ospedaliero con il quale il paziente ha stipulato il contratto di cura, quanto in capo al professionista che direttamente si trova a operare nel caso concreto, cioè del medico dipendente della struttura sanitaria. Con quest'ultimo non è intercorso alcun atto negoziale al quale il paziente può appellarsi in caso di lesioni, lamentandone la violazione. Ecco allora che viene in soccorso di questa ipotesi la teoria del contatto sociale, per cui si esclude che nel caso di violazioni di tale tipo lo strumento da impiegare sia quello della responsabilità aquiliana, essendo il rapporto fra il paziente e il medico diverso e maggiormente qualificato rispetto a quello che intercorre fra due estranei. Tra di loro, per contatto sociale qualificato, viene ad instaurarsi un rapporto obbligatorio il cui contenuto coincide con gli obblighi di protezione: di tutela della persona e del suo patrimonio, a prescindere da una

---

38 Come si è osservato nel precedente capitolo I, sezione III, paragrafo 5, la teoria del contatto sociale si è sviluppata in Italia sulla scorta delle riflessioni della dottrina tedesca sul rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione; in tal caso gli obblighi di protezione, infatti, sorgono a prescindere dall'esistenza di un previgente rapporto negoziale. Il dovere di tutelare la "potenziale controparte" è giustificato dal fatto che due soggetti si vengono a trovare in una situazione di affidamento insorto in ragione di particolari circostanze di fatto (quale ad esempio il rapporto medico-paziente o insegnante-alunno) che, da sole, fanno sì che essi cessino di essere perfetti estranei, per diventare parti, appunto, di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

39 Cfr. il precedente capitolo II, paragrafo 6.3.

eventuale prestazione principale<sup>40</sup>.

Nella sentenza 22 gennaio 1999, n. 589, la Cassazione si trovava a dover giudicare di una domanda di risarcimento del danno presentata dal genitore di una minore, la quale aveva subito due interventi chirurgici alla mano, che però non le avevano restituito la completa funzionalità dell'arto<sup>41</sup>. Entrambe le corti di merito davano ragione alla parte attrice, affermando che il danno era da ricollegarsi alla condotta colposa del medico, il quale aveva causato alla paziente un danno maggiore rispetto a quello che ella avrebbe sofferto se la ferita fosse stata correttamente curata. Il medico si difendeva in Cassazione affermando di non poter essere chiamato in causa quale responsabile solidale con l'ente ospedaliero, non avendo i giudici dei precedenti gradi affermato a che titolo e sulla base di quale norma si dovesse fondare questa sua responsabilità; in difetto di una norma *ad hoc* che riconducesse un tale obbligo in capo al sanitario, il medico riteneva che verso la paziente dovesse rispondere solo l'ospedale, e solo tale ente, eventualmente, potesse poi lamentare la violazione del rapporto contrattuale da parte del professionista<sup>42</sup>. Egli affermava, inoltre, che nemmeno gli era imputabile una responsabilità extracontrattuale, anche questa da attribuire solo alla struttura ospedaliera. Il medico, in ogni caso, richiamava l'art. 2236 c.c., il quale limita la punibilità del professionista ai casi di dolo e colpa grave<sup>43</sup>, ritenuti entrambi non riscontrabili nel caso in esame.

---

40 Sul tema delle situazioni di responsabilità configurabili nell'ambito di un contratto di cura, cfr. in generale A. LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie, Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Giuffrè, Milano, 2011; L. GAVAZZI, *La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: breve excursus sulle evoluzioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la materia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011 fasc. 12, 2533 ss.

41 In commento a questa sentenza, cfr. A. THIENE, *Responsabilità del medico*, in *Studium iuris*, 2000 fasc. 5, 595 ss.; l'A. evidenzia che la Cassazione ravvisa in capo al medico "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto: non si può, infatti, negare che, gravando sicuramente sul medico degli obblighi di cura derivanti dall'arte che professa, sussista con il paziente un vincolo che, pur essendo privo dell'obbligo primario di prestazione, dà origine ad obblighi di protezione nei confronti del paziente".

42 Va notato che per il caso del medico (rispetto all'ospedale) non esistono nell'ordinamento disposizioni assimilabili a quella dell'art. 61 della legge 312/1980, che prevede la surroga dell'ente scolastico, e il successivo regresso nei confronti del docente.

43 Art. 2236 c.c., *Responsabilità del prestatore di opera*: "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave". Per approfondimenti sul tema della limitazione della responsabilità del professionista ai casi di dolo e colpa grave,

La Corte, nel risolvere la controversia, rifiuta l'orientamento che afferma la natura extracontrattuale della responsabilità del sanitario<sup>44</sup>, preferendo inquadrare la fattispecie in una responsabilità di natura contrattuale, e argomenta questa scelta sostenendo che la sua *ratio* giustificativa consiste nel fatto che la forma giuridica deve corrispondere il più possibile alla fattispecie, così come è venuta a strutturarsi nella realtà<sup>45</sup>. Nel caso del medico dipendente, essendo pur vero che la relazione contrattuale viene ad instaurarsi fra il paziente e l'ente ospedaliero, si deve d'altra parte notare come il soggetto entri in contatto primariamente con il medico: questa relazione sarebbe in grado di giustificare di per sé l'insorgere dell'affidamento in capo al privato.

Risultato correlato a questa impostazione è l'affermazione per cui l'esistenza di un rapporto qualificato fra medico e paziente si ha fin dal momento in cui questi due soggetti entrano in contatto fra di loro, e non solo dal momento del danno. Configurare invece la responsabilità del medico come extracontrattuale, porterebbe all'inaccettabile risultato che il paziente venga tutelato solo nel caso in cui l'attività del professionista gli procuri un peggioramento e non anche qualora non si verifichi la completa guarigione o il massimo miglioramento possibile nel suo stato di salute.

---

cfr. L. SILIQUINI CINELLI, *L'art. 2236 c.c. tra onere probatorio e risarcimento del danno*, in *Danno e responsabilità*, 2010 fasc. 5, 454 ss.; S. PERUGINI, *La fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005 fasc. 7, 1416 ss. In particolare per il settore medico, cfr. L. D'APOLLO (a cura di), *La responsabilità del medico*, Giappichelli, Torino, 2012, 121 ss.; M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2010; M.G. FERRARO, *Sulla rilevanza dell'art. 2236 c.c. ai fini della configurabilità della colpa professionale del medico*, in *Cassazione penale*, 2012 fasc. 6, 2077 ss.

44 Orientamento riconducibile a Cass. 8 marzo 1979, n. 1716; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750.

45 Il ragionamento riecheggia le premesse filosofiche della dottrina della *Natur der Sache*, quale complesso delle dottrine “che considerano possibile derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta. Poiché non ci si riferisce a oggetti materiali, bensì a fatti sociali (da cui l'altra formula equivalente di “natura dei fatti”), la loro natura non è data dall'essenza, ma dal complesso dei caratteri empirici presenti nei fatti sociali di un determinato tipo. Tali caratteri sono perciò rilevabili in termini descrittivi e non metaempirici (che risulterebbero “giusnaturalistici”), e nel contempo, rappresentano fonti normative per il contesto cui appartengono”; così V. OMAGGIO, *Natura della cosa*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. VIII, Milano, Bompiani, 2006, 7759 ss. Cfr. anche N. BOBBIO, *Über den Begriff “Natur der Sache”*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 44, 1958, pp. 305 ss. (anche in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 197 ss.).

In questo caso nessun danno avrebbe positivamente provocato il medico, ma risulta evidente che egli non ha adempiuto correttamente alla propria attività professionale e ha così frustrato le aspettative del soggetto che entra in contatto con lui.

L'impostazione che limita la responsabilità ai casi di peggioramento del quadro clinico non pare sostenibile, anche a maggior ragione, considerando che la giurisprudenza, già nei fatti, evita tale conseguenza, considerando in ogni caso coperte da tutela entrambe le situazioni: sia che il paziente risulti positivamente danneggiato dall'intervento del medico, sia che egli "*non realizzi il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere*"<sup>46</sup>, nonostante – d'altra parte – il suo stato di salute nemmeno sia peggiorato.

La Corte inoltre ripercorre quell'orientamento giurisprudenziale che identifica in capo all'ente ospedaliero e al medico suo dipendente una responsabilità di natura contrattuale<sup>47</sup>; tuttavia, pur pervenendo al risultato di caratterizzare come contrattuale suddette responsabilità, l'orientamento in questione non fornisce una spiegazione soddisfacente del relativo fondamento. Il richiamo all'art. 28 della Costituzione, infatti, non è sufficiente. Esso afferma una responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti, ma ciò in relazione alle "*leggi penali, civili ed amministrative*": quindi la norma in questione afferma che i dipendenti e funzionari rispondono in via diretta, ma rinvia alle singole norme per determinare quale natura abbia tale responsabilità diretta<sup>48</sup>.

Nemmeno può essere accolta quella impostazione, sempre citata dalla Cassazione nella sentenza di cui si sta trattando, che vede nel contratto stipulato fra il medico e l'ospedale un contratto a favore di terzo; terzo identificabile nel paziente che di volta in volta viene in considerazione. Il difetto strutturale di questa impostazione è individuabile nel fatto che il terzo/paziente, nel momento in cui agisce contro il sanitario, non fonda la propria pretesa sul contratto fra

---

46 Cfr. il punto 4.2 dei motivi della decisione.

47 La Corte si richiama alle seguenti pronunce: Cass. 1.3.1988, n. 2144, Cass. 11.4.1995, n. 4152; Cass. 27.5.1993, n. 5939; Cass. 1.2.1991, n. 977.

48 Per una trattazione generale di questo tema, cfr. R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità extra e pre-contrattuale della P.A.*, Giuffrè, Milano, 2009, 667 ss.; F. FAROLFI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per il c.d. rischio di servizio*, in *La Responsabilità Civile*, 2007 fasc. 12, 1008 ss., nel quale l'A. affronta il tema di chi possa essere considerato dipendente dello Stato o di un ente pubblico, e definisce il rapporto di servizio come "*quel rischio che accompagna l'esercizio di ogni attività che presenti un minimo di continuità e che richieda un minimo di organizzazione di uomini e di mezzi*".

l'ente e il medico, ma sul diverso contratto intercorrente fra il paziente e l'ente. Identica obiezione vale per quelle teorie che richiamano la figura del contratto con effetti protettivi verso terzi, in quanto anche esse si concentrano sul rapporto di lavoro instauratosi fra il medico e l'ospedale<sup>49</sup>.

La soluzione contrattuale, ad avviso della Cassazione, deve essere condivisa, ma su diverse basi argomentative. In modo sempre più insistente un'autorevole dottrina sta rileggendo la norma in tema di fonti delle obbligazioni, facendovi rientrare anche principi (soprattutto costituzionali) che non necessitano di una precisa disposizione legislativa che li attui. Affermare l'esistenza di un rapporto obbligatorio porta inevitabilmente alla conclusione che un'eventuale sua lesione da luogo all'insorgere di una responsabilità contrattuale; ciò a maggior ragione vale per

*“l'operatore di una professione cd. protetta, in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.”*<sup>50</sup>.

La Corte rileva come, a fronte dello svolgimento di un servizio di pubblica necessità, è la stessa coscienza sociale, ancora prima dell'ordinamento giuridico, a porre in capo al medico una prestazione consistente in un *facere*, e non meramente in un *non facere* (astenersi dal recare un danno alla sfera giuridica altrui, condizione caratterizzante invece la responsabilità extracontrattuale<sup>51</sup>).

L'assenza di un contratto fra le parti non può far venir meno la rilevanza dell'affidamento che il paziente ripone nella professionalità del medico al quale egli si rivolge e, quindi, prevale sul semplice aspetto formale. Il contatto sociale qualificato dall'affidamento riposto dal paziente nella professionalità del medico fa sì che la semplice relazione fattuale fra due soggetti estranei faccia insorgere una relazione negoziale che impone al medico determinati obblighi di protezione. Non basta quindi un semplice contatto, ma tale contatto deve presentare un *quid pluris* che lo rende maggiormente caratterizzato rispetto ai normali rapporti fra estranei; e nel caso del medico dipendente dell'ente ospedaliero tale *quid pluris* si identifica con la professionalità che di norma viene riconosciuta a colui che esercita la professione medica.

---

49 Per ripercorrere le principali tematiche collegate al contratto con effetti protettivi verso i terzi si rinvia al precedente capitolo II.

50 Cfr, il punto 6.3. dei motivi della decisione.

51 Per approfondimenti del principio del *neminem non laedere*, cfr. L. TRAMONTANO, R. BORDON, S. ROSSI, *La nuova responsabilità civile, casualità, responsabilità oggettiva, lavoro*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010; G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile, parte generale*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010.

Una volta definita la natura della responsabilità del medico e la fonte sulla quale tale responsabilità si basa, la Cassazione, con sentenza 17 febbraio 2011, n. 3847, ne ha precisato il contenuto, affermando che il rapporto contrattuale di fatto instauratosi con il paziente comporta anche dei doveri di informazione in capo al professionista<sup>52</sup>. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che il medico è responsabile nel caso in cui non abbia informato il paziente circa i limiti di equipaggiamento o struttura dell'ospedale, se risulta che tale informazione avrebbe scoraggiato il paziente dall'avvalersi delle prestazioni offerte da quell'ente.

Nella pronuncia 13 luglio 2010, n. 16394, la Cassazione aveva invece precisato in negativo i limiti degli obblighi di protezione che incombono sul medico, affermando che fra questi non rientra la garanzia di un determinato risultato; ciò a meno che la parte non dimostri che tale obbligo era stato esplicitamente assunto dal professionista<sup>53</sup>.

Il caso era quello di una donna che, dopo la nascita del terzo figlio, decideva di sottoporsi ad intervento per evitare gravidanze ulteriori; ciononostante, la donna rimaneva nuovamente incinta, e il feto nasceva con gravi malformazioni e problemi di salute. Entrambi i genitori agivano quindi in giudizio, domandando in proprio il risarcimento per la nascita indesiderata (mantenimento, educazione ed istruzione del figlio) e a nome del figlio il risarcimento dei danni subiti a causa delle gravi patologie di cui soffriva.

Mentre in entrambi i gradi di merito la domanda veniva rigettata, la Suprema Corte fondava la propria decisione su riflessioni più articolate<sup>54</sup>.

---

52 Cfr. V. RAGO, *Obblighi di informazione del paziente e responsabilità del medico per omessa informazione*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2010 fasc. 2, 165 ss., (nota a Cass. sez. III civ. 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. sez. III civ. 4 gennaio 2010, n. 13; Cass. sez. III civ. 30 gennaio 2009, n. 2468; Cass. sez. un. pen. 21 gennaio 2009, n. 2437); M. FRANZONI, *La responsabilità del medico fra diagnosi, terapia e dovere di informazione*, in *Ragiusan*, 2006 fasc. 263-264, 300 ss.; E. CARBONE, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico-sanitaria*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011 fasc. 12, pt. 1, 1253 ss. (nota a Cass. sez. III 13 luglio 2011, n. 15386).

53 Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, 2007, 636 ss. Con specifico riferimento alla prestazione medica, cfr. A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2008 fasc. 8-9, 871 ss. (nota a Cass. sez. un. civ. 11 gennaio 2008, n. 577).

54 Punto 2.1 dei motivi della decisione: “Va, innanzitutto, evidenziata la genericità e inammissibilità delle deduzioni svolte, sotto il profilo dell'interpretazione della volontà negoziale, in relazione allo specifico rilievo del difetto di prova in ordine alla circo-

La Cassazione, pur ammettendo che nelle recenti pronunce che si erano interrogate sulla distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato

*“si è venuta ad operare quasi una sorta di metamorfosi dell’obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l’individuazione (segnatamente nell’ambito della responsabilità professionale del medico) dei doveri di informazione e di avviso, definiti accessori ma integrativi rispetto all’obbligo primario della prestazione”*<sup>55</sup>,

per ciò stesso non ammette come conseguenza automatica il fatto che il medico possa essere ritenuto responsabile in via oggettiva, semplicemente constatando che il risultato voluto non è stato raggiunto (così ridefinendo di fatto l’obbligazione come di risultato anziché di mezzi<sup>56</sup>). In mancanza di una prova del fatto che il professionista si è esplicitamente assunto il compito di raggiungere un determinato risultato, egli potrà essere ritenuto responsabile solo se il suo inadempimento risulta essere causa esclusiva o una delle cause del danno.

In conclusione, anche nel caso del medico-lavoratore dipendente della struttura sanitaria il rapporto obbligatorio non viene ad instaurarsi direttamente con il paziente e ci si deve quindi interrogare su quale natura abbia la responsabilità del sanitario che concretamente ha cagionato il danno. La Cassazione si è pronunciata nel senso di ritenere che anche rispetto al medico sia invocabile un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si sostanzia però pressoché esclusivamente negli obblighi di protezione, e la cui fonte è riconducibile alla concreta relazione instauratasi con il professionista sulla base dell’affidamento (qualificato come ragionevole dal contesto) ingenerato nel paziente (c.d. contatto sociale)<sup>57</sup>.

---

*stanza che il professionista avesse garantito il risultato voluto dalla paziente. Invero indiscussa e indiscutibile la riferibilità alla parte istante dell’onere della prova di siffatta "garanzia", che non è affatto implicita negli obblighi di protezione e tutela derivanti dal contatto sociale - la questione si risolve, ai pari di quelle attinenti, all’individuazione del "tipo" di intervento chirurgico e della metodologia adottata, in una tipica questione di fatto, che esula dal sindacato di questa Corte, la quale deve limitarsi a dare atto della correttezza, sotto il profilo logico e giuridico, delle valutazioni assunte, senza alcuna possibilità di riesaminare e rivalutare il merito della causa”.*

55 Cfr. il punto 2.2. dei motivi della decisione; la Corte richiama le Sezioni unite n. 577 del 2008.

56 Sulla distinzione fra obbligazioni di mezzi o di risultato, cfr. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L’obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 71 ss; in particolare l’A. configura l’obbligazione assunta dal medico come tipica ipotesi di obbligazione di mezzi, in quanto egli “è obbligato a prestare la propria opera ma non a guarire il paziente”.

57 Sulla responsabilità da contatto sociale del medico lavoratore dipendente dell’ente ospedaliero, cfr. in generale L. D’APOLLO (a cura di), *La responsabilità del medico*, Giappichelli, Torino, 2012, 151 ss.; M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011 fasc. 9, 1693 ss.; F.G.

#### 4. *Gli obblighi di protezione in capo al datore di lavoro*

A differenza dei casi affrontati fino a questo momento e relativi alla responsabilità da contatto sociale dell'insegnante dipendente dell'istituto scolastico e del medico dipendente dell'ente ospedaliero, altre ipotesi integrano lo schema degli obblighi di protezione così come teorizzato nelle sue prime formulazioni (in assenza delle concettualizzazioni ulteriori in tema di contatto sociale). Nel caso del rapporto di lavoro, in particolare, gli *Schutzpflichten* ineriscono ad un rapporto obbligatorio che trova la sua fonte in un atto negoziale stipulato dalle parti e, quindi, in tale ipotesi si pone unicamente la questione del far rientrare all'interno di tale rapporto – nello svolgimento della prestazione – anche gli obblighi di tutela della persona e del patrimonio di controparte.

La particolarità più rilevante del settore del diritto del lavoro è però un'altra, e consiste nel fatto che in ambito lavoristico il legislatore ha previsto esplicitamente un obbligo di protezione in capo ad una delle parti<sup>58</sup>, codificandolo all'interno del Codice civile nella norma desumibile *ex art.* 2087, rubricato tutela delle condizioni di lavoro: *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

Benché il tema risulti meno controverso rispetto ai settori già esaminati, la Corte di Cassazione nel corso degli anni ha comunque avuto modo di pronunciarsi sulla natura della responsabilità che incombe sul datore di lavoro.

Nella sentenza 21 dicembre 1998, n. 12763, la Suprema Corte ha dovuto decidere sul ricorso di un dipendente di un consorzio di bonifica, il quale lamentava di aver subito – a causa della rilevante mole di lavoro d'ufficio svolta nel corso degli anni – una menomazione psico-fisica permanente, e chiedeva quindi il risarcimento dei danni al consorzio datore di lavoro; a fronte del rigetto del proprio ricorso, giustificato dal Tribunale in forza della qualificazione della pretesa come domanda di accertamento di una responsabilità extracon-

---

PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da “contatto sociale”*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000 fasc. 4, 740 ss.

58 Altre ipotesi di codificazione degli obblighi di protezione all'interno dell'ordinamento italiano sono costituite dall'art. 1586 comma 1 c.c., il quale pone in capo al conduttore l'obbligo di dare pronto avviso al locatore di eventuali pretese da parte di terzi, dall'art. 1663 c.c., il quale impone all'appaltatore di denunciare al committente eventuali difetti delle materie impiegate, e dall'art. 1805 c.c., dettato in materia di comodato, il quale afferma che *“il comodatario è responsabile se la cosa perisce per un caso fortuito a cui poteva sottrarla sostituendola con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria”*.



trattuale *ex art* 2043 c.c., l'impiegato si rivolgeva alla Cassazione.

Il ricorrente lamentava la scorretta qualificazione della pretesa, fondata non sulla norma relativa alla responsabilità aquiliana, bensì sulla disposizione *ex art.* 2087 c.c., che configura una responsabilità di tipo contrattuale. Di conseguenza, il ricorrente invocava un diverso regime probatorio applicabile, che in particolare sarebbe stato da individuare in quello *ex art.* 1218 c.c. (il quale impone che sia il datore di lavoro a dimostrare di aver posto in essere tutte le misure necessarie ad evitare il danno). La Corte accoglieva questa ricostruzione, riconoscendo sia la natura contrattuale della responsabilità, sia il gravare dell'onere della prova in capo al datore di lavoro; tuttavia, la Cassazione precisava in quella sede come sarebbe comunque necessario che il lavoratore dimostri *“sia la lesione dell'integrità psico-fisica sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa”*<sup>59</sup>, e tale prova nel caso di specie risultava mancante (con conseguente rigetto del ricorso).

Peraltro, questa ipotesi di obblighi di protezione codificati ad opera del legislatore non fa altro che confermare la ricostruzione svolta fino a questo punto dell'esposizione. Strutturalmente, infatti, tali obblighi vengono concepiti come obblighi accessori ed autonomi rispetto alla prestazione principale, trovando la loro fonte non nell'atto di autonomia negoziale che pone in essere il rapporto di lavoro, ma nella legge; si tratta cioè di doveri che sorgono in capo alle parti a prescindere dalla volontà di queste.

Tale impostazione è ribadita sia nella pronuncia del 1998 appena esaminata, quanto successivamente, ad esempio nella sentenza 24 febbraio 2006, n. 4184. Il principio enucleato in tale occasione dalla Suprema Corte è quello per cui il

---

59 Cfr. punto 5 dei motivi della decisione. Conforme è la sentenza 11523/2006: *“La responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c. non ha natura oggettiva e pertanto l'onere della prova del nesso causale tra danno ed inadempimento resta a carico del lavoratore mentre il datore di lavoro può liberarsi solo dimostrando la non imputabilità dell'evento. Il carattere contrattuale dell'illecito e l'operatività della presunzione di colpa stabilita dall'art. 1218 c.c. non escludono che la responsabilità dell'imprenditore ex art. 2087 c.c. in tanto possa essere affermata in quanto sussista una lesione del bene tutelato che derivi casualmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento, imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche; ne consegue che la verifica dell'evento lesivo non è di per sé sufficiente per far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di aver adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento, atteso che la prova liberatoria a suo carico presuppone sempre la dimostrazione, da parte dell'attore, che vi è stata omissione nel predisporre le misure di sicurezza necessarie ad evitare il danno e non può essere estesa ad ogni ipotetica misura di prevenzione a pena di far scadere una responsabilità per colpa in una responsabilità oggettiva”*.

datore di lavoro non è tenuto solo in base al generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., bensì in ragione del fatto che su di lui incombe anche

*“il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 c.c. ad integrazione ex lege delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro (la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale)”<sup>60</sup>.*

Ad ulteriore conferma dell'analisi finora effettuata va notato come configurare tali obblighi quali parte integrante del rapporto obbligatorio (benché riferibili ad una fonte diversa da quella contrattuale), con la conseguente qualificazione della relativa responsabilità come contrattuale, consente di applicare alle controversie in materia il termine di prescrizione decennale.

Sul punto si è espressamente pronunciata la Cassazione con la sentenza 8 maggio 2007, n. 10441. Nel caso in esame il datore di lavoro si difendeva eccependo la prescrizione del diritto al risarcimento del danno contrattuale fatto valere da un suo dipendente che aveva contratto una malattia professionale; la Corte rigettava l'eccezione di prescrizione e – in quell'occasione – precisava che il termine prescrizione decorre solo nel momento in cui il lavoratore ha piena consapevolezza della diagnosi della malattia e della sua natura professionale, in ragione della riconducibilità eziologica alle mansioni svolte o alle condizioni del luogo di lavoro<sup>61</sup>.

Già con la sentenza 12 giugno 1995, n. 6601, la Corte di Cassazione affrontava la tematica degli obblighi di protezione in capo al datore di lavoro, precisandone il contenuto. Veniva affermato il principio in base al quale dal computo del termine di 12 mesi di comportamento da parte del datore di lavoro, a fronte delle assenze per malattia del lavoratore, vanno sottratti quei periodi in cui le assenze sono state determinate da patologie che trovano la loro origine nelle mansioni svolte o nel luogo di lavoro<sup>62</sup>. Se da un lato la Corte conferma la decisione assunta nei due gradi di merito (nei quali il lavoratore aveva visto respingere il proprio ricorso contro il licenziamento intimato dal datore di lavoro

---

60 Cfr. il punto 1.3 dei motivi della decisione.

61 “... Solo da questa data (della formulazione della diagnosi) il lavoratore aveva la piena consapevolezza della malattia e della sua natura professionale e quindi iniziava il decorso del termine decennale di prescrizione”, cfr. lo svolgimento del processo.

62 Lo stesso principio è stato affermato dalla successiva sentenza della Cassazione 18 aprile 2000, n. 5066. Il periodo di comportamento è un lasso di tempo all'interno del quale il lavoratore assente per malattia ha diritto alla conservazione del proprio posto e quindi non può essere licenziato dal datore di lavoro; a questo proposito, cfr. E. RAIMONDI, *Alcune considerazioni sul licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2012 fasc. 1, 172 ss.

a causa del superamento del periodo di comporta, proprio perché il ricorrente non era riuscito a dimostrare la correlazione fra le patologie lamentate e le condizioni di lavoro), d'altro lato, nella medesima pronuncia la Cassazione specifica – per quanto qui interessa – che in presenza di condizioni lavorative disagiate, che integrino una violazione degli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 c.c., non è sufficiente che il datore di lavoro modifichi le mansioni affidate ai lavoratori attualmente esposti, in applicazione del potere conferitogli ex art. 2013 c.c.<sup>63</sup>, bensì è necessario intervenire alla radice del problema, rimuovendo la fonte di danno. La Corte affermava infatti che:

*“l’obbligo di protezione imposto al datore non può ritenersi adempiuto mediante misure che, lasciando immutata l’inadeguatezza ed il carattere morbigeno dell’ambiente o dell’organizzazione di lavoro, facciano ruotare o scambino i singoli lavoratori nelle mansioni nocive ed incidano così, potenzialmente, sulla salute di più di un lavoratore”*<sup>64</sup>.

La questione era stata sollevata in quanto il lavoratore lamentava il mancato esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, a suo avviso nel caso di specie configurabile come un dovere (più che come una facoltà organizzativa, a fronte dei danni subiti dal lavoratore e ricollegati all'ambiente di lavoro);

---

63 Art. 2103 c.c.: *“Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta, e l’assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad una altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”*. In merito al potere del datore di lavoro di modificare le mansioni del lavoratore, cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 408 ss.; l’A. affronta il tema anzitutto dal punto di vista degli interessi coinvolti nell’esercizio di tale potere del datore di lavoro: da una parte l’interesse all’impiego elastico della forza lavoro per andare incontro alle mutevoli esigenze della produzione e, dall’altra, l’interesse del lavoratore alla conformità delle mansioni svolte a quelle pattuite al momento dell’assunzione. M. CATTANI, *Puntualizzazioni sullo ius variandi del datore di lavoro e sulla sua limitazione, desumibile dalle declaratorie contrattuali*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006 fasc. 2, pt. 1, 381 ss. (nota a Cass. sez. lav. 12 gennaio 2006, n. 425); l’A. sottolinea come la sentenza in commento delinea i limiti dell’esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, individuandoli però non solo in disposizioni di legge e della contrattazione collettiva, ma anche nelle clausole generali di correttezza e buona fede.

64 Cfr. la massima della sentenza.

anche su questo punto il giudice di legittimità rigettava la domanda, in quanto la prova del nesso causale fra la malattia del lavoratore e le mansioni svolte veniva ritenuta carente. Va poi notato che la pretesa di esercizio del potere di *ius variandi* risulterebbe comunque infondata, in quanto – qualora l’ambiente di lavoro fosse effettivamente “morbigeno” – l’obbligo di protezione in capo al datore di lavoro potrebbe ritenersi rispettato solo qualora il problema fosse eliminato in radice, strutturalmente, e non invece se la lesione viene evitata assegnando alle mansioni in questione diversi lavoratori, per i quali si ripresenterebbe il medesimo problema.

Si noti come nell’ambito del rapporto di lavoro gli obblighi di protezione non siano a carico esclusivamente del datore di lavoro. Per smentire l’affermazione per cui solo questi sarebbe tenuto in via contrattuale a tutelare sotto ogni aspetto la sfera giuridica soggettiva della controparte (e quindi non solo riguardo il diritto alla prestazione, ma anche per quanto concerne il diritto a non veder leso lo *status quo*) sarebbe sufficiente anche la semplice considerazione del fatto che la norma *ex art. 2087 c.c.* costituisce semplicemente una specificazione della più generale categoria degli obblighi di protezione e, quindi, non esaurisce le ipotesi che possono venire in considerazione. Tale norma espressamente pone degli obblighi di protezione in capo al datore di lavoro, ma le fattispecie non rientranti nella sua sfera di applicazione ricadrebbero comunque nel più generale principio (benché non scritto) di tutela della controparte nell’attuazione della prestazione.

Al di là di tale ragionamento, comunque, lo stesso Codice civile sancisce in capo al prestatore uno specifico obbligo di fedeltà nei confronti del datore di lavoro. L’art. 2105 c.c. afferma infatti che

*“il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’imprenditore, né divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio”.*

La *ratio* di tutela sottesa a tale norma risulta evidente: il legislatore ha voluto evitare che in un contesto di tipo concorrenziale il datore di lavoro si trovi esposto a rischi rilevanti in ragione della particolare vicinanza alle strategie commerciali che caratterizza il lavoratore (il quale ricopre ruoli comunque inseriti nell’organizzazione dell’impresa)<sup>65</sup>.

---

65 Riguardo l’obbligo di fedeltà incombente sul lavoratore, cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 493 ss.; l’A. definisce la fedeltà come una “*variante sistematica degli obblighi strumentali di protezione*” propri del rapporto di lavoro e ricollegabili ai principi di buona fede e correttezza. Il generale obbligo di fedeltà è al suo interno suddivisibile in due più specifici divieti: il divieto di svolgere

L'analisi degli obblighi di protezione riferibili al rapporto di lavoro porta con sé ulteriori considerazioni di ordine sistematico circa l'opportunità e convenienza di una codificazione di tali obblighi anche in altri settori. Se infatti dottrina e giurisprudenza negli ultimi anni tendono ad introdurre nell'ordinamento italiano differenti fattispecie di *Schutzpflichten* (anche sotto veste di contatto sociale), formalmente solo pochissimi ambiti dell'ordinamento conoscono tali obblighi; il fatto che il contratto di lavoro coinvolga posizioni di interesse particolarmente sensibili può giustificare la peculiare attenzione del legislatore nell'introdurre espressamente degli strumenti di tutela in capo al lavoratore e quindi costituire la *ratio* di una tale codificazione. Da questo punto di vista si può allora ritenere auspicabile un intervento del legislatore anche in altri settori che presentino analoghe problematiche, mantenendo come obiettivo principale quello di soddisfare le esigenze più incalzanti che si presentano nella pratica.

---

attività in concorrenza e il divieto di divulgazione di notizie aziendali (è intuitivo comprendere come tali comportamenti potrebbero compromettere l'attività di impresa del datore di lavoro).



## SEZIONE II – PROSPETTIVE DI CODIFICAZIONE

Ricollegandosi al tema trattato nell'ultimo paragrafo della precedente sezione (la responsabilità per violazione degli obblighi di protezione da parte del datore di lavoro, *ex art. 2087 c.c.*) è possibile ora aprire la riflessione su di una diversa tematica, quella della codificazione dell'istituto degli obblighi di protezione. In Italia, a parte appunto il caso del contratto di lavoro (e poche altre ipotesi)<sup>1</sup>, non è possibile rinvenire una norma di carattere generale che riconosca l'indole diversificata del rapporto obbligatorio, composto sia dall'obbligo principale di prestazione che da altri obblighi accessori (ma autonomi), quali quelli di protezione<sup>2</sup>.

Si potrebbe a questo punto discutere sull'opportunità di un tale riconoscimento normativo generale della categoria in esame, valutandone vantaggi e svantaggi e verificando quale sia al momento lo stato dell'arte nell'ordinamento italiano. Soccorre a questo riguardo un parallelo comparativo con la Germania, sistema radicalmente rivoluzionato dalla legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002<sup>3</sup>, che ha anche trattato la questione degli *Schutzpflichten*.

---

1 Si veda la precedente nota 58.

2 Sulle differenti categorie di obblighi accessori che possono essere ricondotti al rapporto obbligatorio, cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI, il quale afferma che è possibile individuare tre classificazioni: obblighi secondari di omissione, obblighi integrativi strumentali e obblighi di protezione; “*i primi sono nient'altro che il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione, i secondi sono volti all'approntamento di quanto è necessario o opportuno per l'esatto adempimento. Gli obblighi di protezione, infine, gravano su ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio al fine di conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l'esistenza stessa del rapporto rende più agevoli in ragione del contatto sociale che con esso si realizza*”. Cioè, se le prime due categorie di obblighi accessori sono strettamente collegate all'obbligo principale di prestazione, la terza ne è autonoma e riguarda la tutela dello *status quo*, in questo avvicinandosi al principio generale di *neminem non laedere* proprio della responsabilità extracontrattuale.

3 La legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni non ha trattato solo la tematica degli obblighi di protezione, ma ha affrontato anche diversi settori del diritto civile; si ricordi il regime della prescrizione, la trasposizione all'interno del BGB di alcune importanti leggi speciali, quale quella di disciplina del diritto dei consumatori, ed infine l'istituto dell'inadempimento. Per un'analisi d'insieme delle principali novità introdotte da questa normativa, cfr. G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello “Schuldrecht” tedesco*, in *Rivista di diritto civile*, 2003 fasc. 1, pt. 1, 1 ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa e diritto privato*, 2004 fasc. 2, 354 ss.

Con la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* il legislatore tedesco ha inteso anzitutto eliminare le lacune dell'impianto normativo che avevano dato corso alla nascita e allo sviluppo della figura degli obblighi di protezione<sup>4</sup>; si sono volute cioè rimuovere le profonde disparità di trattamento che segnavano la distinzione tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, che si manifestavano nella pesante penalizzazione dal punto di vista sia probatorio che prescrizione di chi intendeva (o poteva soltanto) far valere quest'ultima.

La riforma legislativa ha quindi rimosso il riferimento specifico alle due ipotesi che costruivano il sistema della responsabilità contrattuale – la mora del debitore e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione – sostituendole con una clausola generale di *Pflichtverletzung*. Tale ampia formulazione (violazione dell'obbligo) è così in grado di ricomprendere sia i due istituti soppressi, sia altre e variegate ipotesi di inadempimento non specificamente previste dal legislatore; dottrina e giurisprudenza vi fanno rientrare oggi tutte le categorie elaborate in materia di *Leistungsstörungen*, che trovano così legittimazione formale all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco<sup>5</sup>.

Al comma 2 del § 241 BGB il legislatore ha formulato una norma che codifica il dovere dei contraenti di proteggere la propria controparte rispetto ad eventuali danni alla persona e al patrimonio che possono derivare dallo svolgimento del rapporto obbligatorio (obblighi di protezione, *Schutzpflichten*). Viene infatti affermato che

*“das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten”*,

cioè il rapporto obbligatorio può – in relazione al suo contenuto – vincolare ciascuna delle parti a prestare attenzione ai diritti, ai beni giuridici e agli interessi dell'altra parte.

In tal modo la teoria degli obblighi di protezione è stata distaccata dalla sua funzione originale, che consisteva nella necessità di colmare il vuoto di tutela nel quale ricadeva colui che intendeva far valere una responsabilità di tipo extracontrattuale (e che quindi portava ad ampliare la categoria della responsabilità derivante da contratto)<sup>6</sup>. La tipizzazione degli *Schutzpflichten*, dunque, ha

---

4 Per una trattazione delle modificazioni introdotte nel sistema tedesco dalla legge di modernizzazione del BGB del 26 novembre 2001, cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2003; in particolare a proposito degli obblighi di protezione cfr. 11 ss. e 137 ss.

5 A questo proposito, cfr. A. SCHENK, *Die Pflichtverletzung (Leistungsstörung): Arten und jeweilige Rechtsfolgen nach dem neuen Leistungsstorungsrecht*, Grin, 2007.

6 Prima dell'intervento del legislatore, la disciplina della responsabilità contrattuale consentiva al danneggiato di azionare il proprio diritto fino a trent'anni dalla lesione,



consentito di affrontare la tematica in questione da una prospettiva più ampia, considerando il rapporto obbligatorio non più e solo limitatamente alla componente della prestazione, ma arricchendolo di contenuti che lo trasformano in un fascio di rapporti, in un “organismo” complesso<sup>7</sup>.

Oltre a rivedere il concetto di obbligazione, la tipizzazione degli obblighi di protezione ha anche consentito di fugare qualsiasi dubbio in ordine all’origine cui essi sono da ricondurre: è la legge e solo la legge a porre in capo alle parti simili oneri, essendo in ogni caso indifferente la presenza o meno di un’esplicita pattuizione in tal senso<sup>8</sup>. In questo modo le vicende relative agli *Schutzpflichten* vengono definitivamente riconosciute come autonome e separate dalle sorti che potrebbe avere l’obbligo principale di prestazione.

Se la previsione legislativa costituisce certamente garanzia di certezza, d’altra parte essa potrebbe ingabbiare l’istituto degli obblighi di protezione nelle maglie della formulazione letterale della norma che li disciplina. Infatti, fino alla legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, gli *Schutzpflichten* si sono sviluppati in completa libertà e – in questo modo – hanno potuto rispondere alle mutevoli esigenze che di volta in volta si presentavano nella pratica dei rapporti sociali; nel tipizzare questa figura inevitabilmente il rischio è quello di limitare tale capacità adeguatrice propria degli obblighi di protezione, ed è per questo che è molto importante definire in che termini tale tipizzazione dovrebbe avvenire.

In particolare, in Germania si è voluto scongiurare il rischio di depotenziare le possibilità evolutive degli *Schutzpflichten*, ricorrendo ad una formulazione generale che, nel riconoscere la piena dignità dell’istituto all’interno dell’ordinamento, non ne limita eccessivamente gli spazi di manovra e, quindi, lascia aperte nuove prospettive di mutamento del paradigma normativo<sup>9</sup>.

---

mentre in campo extracontrattuale tale termine si riduceva fino a tre anni. Cfr. C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, ne *I quaderni della rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 88 ss.

7 Per un’analisi dei riflessi della tipizzazione degli obblighi di protezione nel sistema tedesco, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 58 ss.; l’A. sottolinea come sia stato questo il pregio principale dell’intervento del legislatore con la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, che ha infatti consentito una generale rivisitazione del concetto di obbligazione e della sua struttura. “Mediante il nuovo testo inserito nel § 241, riceve piena consacrazione legislativa la concezione del rapporto obbligatorio come Organismus o rapporto complesso, in cui le *Schutzpflichten* sono poste espressamente sullo stesso piano delle *Leistungspflichten*”.

8 Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 65 ss.

9 Per un’analisi degli obblighi di protezione codificati nella legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, cfr. A. DI MAJO, *Obbligazione, Diritto tedesco*, in *En-*

A fronte di questa analisi comparatistica con il sistema tedesco sul punto della codificazione, è possibile porsi la stessa domanda con riguardo all'ordinamento italiano.

In quei settori che non ricadono sotto il campo di applicazione delle poche ipotesi tipizzate e previste già dal legislatore del 1942, parte della dottrina si è sforzata di suddividere gli obblighi di protezione in sottocategorie che consentissero quantomeno di riordinare il tema; non si tratterebbe cioè di classificazioni esaustive, bensì solo di tipologie sistematiche che possono facilitare il lavoro dell'interprete a fronte di fattispecie omogenee e – quindi – orientare nella ricerca di precedenti applicabili ai casi di specie.

Tale dottrina<sup>10</sup> ha così individuato in capo alle parti degli obblighi di avviso o comunicazione, degli obblighi di custodia, degli obblighi di conservazione o sicurezza e degli obblighi di salvataggio; nulla vieterebbe comunque al giudice di ravvisare nel caso concreto obblighi non rientranti in nessuna di queste categorie. Si vede allora come l'opera della dottrina italiana abbia come funzione quella di mettere ordine nella materia, senza vincolare l'interprete ad alcuna tipizzazione e senza privare la categoria degli obblighi di protezione della sua versatilità. L'ordinamento italiano appare comunque ben lungi dal (ri)collocarsi sullo stesso piano di quello tedesco, introducendo una clausola generale che dia veste formale agli obblighi di protezione, ma la dottrina e la giurisprudenza si adoperano affinché le teorizzazioni degli stessi avvengano in modo sistematico e non dispersivo (dividendo appunto la protezione in avviso o comunicazione, custodia, conservazione o sicurezza, e salvataggio), riconoscendo all'istituto in questione – ufficiosamente se non formalmente – un posto di riguardo all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

A conclusione delle considerazioni svolte fino a questo momento sulla tipizzazione degli obblighi di protezione avvenuta in Germania e sullo stato dell'arte delle ricostruzioni su cui si è attestata la dottrina italiana, è legittimo interrogarsi circa l'opportunità o meno di codificare anche in Italia la figura degli obblighi di protezione; rispondendo anche alla domanda, se la risposta dovesse essere positiva, del come operare un trapianto dell'istituto in un ordinamento positivo diverso, ovvero tramite quale tecnica legislativa dovrebbe avvenire la ricezione nel formante legale.

Gli interessi che vengono in considerazione nel trattare un simile problema sono di carattere opposto, e quindi si dovrà cercare di contemperarli senza che l'uno venga privilegiato a discapito dell'altro; si tratta dell'interesse alla certezza

---

*ciclopedia giuridica* Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

10 Cfr., ad esempio, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore: artt. 1218-1222*, Giuffrè, Milano, 1987.

del diritto e delle situazioni giuridiche da un lato, che ha come obiettivo quello di garantire le parti di un rapporto obbligatorio rispetto ai contenuti (in particolar modo, i doveri) del negozio che vanno a concludere<sup>11</sup>, e, dall'altro, dell'interesse alla flessibilità degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, non essendo opportuno imbrigliare eccessivamente l'azione della giurisprudenza rispetto a nuove esigenze che possano emergere nella pratica<sup>12</sup>.

È agevole comprendere come le esigenze di certezza spingano verso una puntuale codificazione dell'istituto degli obblighi di protezione, volendo evitare che le parti del rapporto si vedano legate a loro insaputa a doveri non presi in considerazione al momento della stipulazione dell'atto, vedendo così pesantemente compromesso il principio di autonomia negoziale. L'ordinamento ammette che talune obbligazioni trovino la propria fonte nella legge a prescindere da un'espressa volontà delle parti in tal senso, e ciò in quanto gli interessi che si vogliono tutelare per questa via ricoprono una peculiare rilevanza all'interno del vivere sociale<sup>13</sup>; gli obblighi di protezione rientrano pacificamente in questa categoria, come si è visto nell'analisi svolta finora, in quanto costituiscono attuazione delle clausole generali di buona fede e di solidarietà sociale.

Tuttavia, le parti di norma sono poste nella condizione di conoscere anticipatamente l'esistenza di obbligazioni che sorgono *ex lege*, di modo che al momento di scegliere se vincolarsi o meno alla controparte esse possono prendere in considerazione consapevolmente e in modo completo *pro* e *contra* dell'atto che stanno ponendo in essere<sup>14</sup>. Una tale consapevolezza sarebbe negata nelle ipotesi in cui operano gli *Schutzpflichten*, in quanto è stata la giurisprudenza a dare attuazione concreta al principio generale di buona fede, fino a quel mo-

---

11 Sul tema dell'autonomia negoziale, come strumento di manifestazione della volontà delle parti per disporre delle proprie situazioni giuridiche soggettive cfr. ad esempio A. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002.

12 Si ricorda come la figura degli obblighi di protezione sia stata teorizzata in Germania proprio per affrontare le lacune di tutela che presentava la prima formulazione del BGB; a questo proposito cfr. il capitolo I, sezione I.

13 Si tratta di fonti eteronome del rapporto obbligatorio, di norma corrispondenti a interessi di rango costituzionale, che si ingeriscono nell'atto di autonomia privata prevalendo sulla volontà della parti; a questo proposito cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 430 ss.; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

14 Si pensi alla norma di cui all'art. 1384 c.c., riduzione della penale: "La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento".

mento invece privo di una valenza cogente integrativa del rapporto obbligatorio per quanto riguarda le ipotesi prese in considerazione.

D'altra parte, la comparazione con l'ordinamento tedesco ha consentito di osservare come la scelta del legislatore sia stata molto attenta a non restringere eccessivamente la libertà operativa di dottrina e giurisprudenza, optando per una codificazione per il mezzo di una clausola generale. Il valore che si è voluto preservare è stato quello della flessibilità, con un istituto aperto alle evoluzioni della pratica e – quindi – alle problematiche che di volta in volta si possono presentare, ciascuna con differenti esigenze e caratteristiche.

Gli elementi raccolti nel corso dell'analisi svolta nella tesi consentono di affermare che l'istituto degli obblighi di protezione, pur se ancora fortemente discusso, è ormai entrato a pieno titolo anche nell'ordinamento italiano; sia la giurisprudenza che la dottrina vi fanno ricorso per dare compiuta disciplina a determinate situazioni giuridiche, così che a questo punto della trattazione pare essere rimasto estraneo alla vicenda il solo legislatore. Per questa ragione si potrebbe ritenere opportuno anche un intervento normativo che adegui l'ordinamento giuridico positivo allo stadio di sviluppo raggiunto nella pratica, riconoscendo la vigenza nel sistema italiano degli obblighi di protezione.

Un tale auspicio non è però incondizionato, non tanto per il livello di maturità raggiunto dalla concettualizzazione teorica nella prassi italiana, ma per il fatto che le tecniche normative attraverso le quali il legislatore si può inserire nel dibattito sono molteplici, e prevedibilmente le relative ricadute sull'applicazione nel sistema italiano dell'istituto degli obblighi di protezione non sempre si presenterebbero come positive.

Ponendosi come fine principale quello di mettere ordine nella materia, dando veste formale a strumenti già impiegati dagli operatori del diritto, il legislatore ben potrebbe – da un lato – ricorrere ad una formula generale (così come è avvenuto nell'ordinamento tedesco), lasciando ampi spazi di manovra nel momento dell'applicazione della teoria degli *Schutzpflichten*; d'altro lato, lo stesso formante legale potrebbe optare per la codificazione dell'istituto degli obblighi di protezione con specifico riferimento ai settori di maggiore applicazione conosciuti sino a questo momento, garantendo in questi ambiti una maggiore certezza, supportata però da un dibattito sviluppatosi nel corso di molti anni, che – quindi – ha consolidato un determinato orientamento lasciando minori margini di ulteriore progresso e cambiamento.

Sembra essere quest'ultima la via auspicabile all'interno dell'ordinamento italiano. Va notato infatti come la teoria degli obblighi di protezione "italiana" si sia sviluppata, a sua volta, come concretizzazione di una clausola generale, cioè del principio di buona fede. La presenza all'interno del sistema giuridico

di clausole generali è stata interpretata dagli operatori del diritto come funzionale a consentire una lettura e applicazione “(costituzionalmente) orientata” delle singole e specifiche disposizioni che compongono il complesso normativo italiano. Cioè ben di rado dottrina e giurisprudenza si sono spinte sino al punto di dare concreto significato cogente alle clausole generali che, piuttosto, servirebbero ad indirizzare l’interprete (nel dubbio) verso l’applicazione di una norma in un certo modo piuttosto che in un altro.

Stante un simile atteggiamento di dottrina e giurisprudenza, si ritiene che l’introduzione di una clausola generale che codifichi l’istituto degli obblighi di protezione porterebbe sì in un primo momento a delle più chiare aperture verso l’impostazione delle problematiche (riconnesse alle lesioni subite dalle parti nel corso dello svolgimento del rapporto obbligatorio) descritta in precedenza, ma nel tempo rivelerebbe i difetti di una troppo ampia formulazione che può – al contempo – “dire tutto e niente”.

Sembrerebbe allora preferibile che il legislatore intervenisse nei settori di già maggiore applicazione della teoria degli *Schutzpflichten* ad opera di dottrina e giurisprudenza, al fine di dare veste formale a posizioni già formatesi e stabili alle quali, però, proprio per la mancanza di codificazione, le parti possono fare ricorso solo assumendo il rischio dell’incertezza connessa ad un istituto di matrice giurisprudenziale. Si pensi alla casistica affrontata nella sezione dedicata alla responsabilità dell’insegnante per i danni subiti dall’alunno nel corso delle lezioni: le parti lese continuano ad agire in via extracontrattuale per vedere tutelato il proprio diritto al risarcimento del danno, benché puntualmente la Corte di Cassazione tratti la fattispecie come responsabilità contrattuale originata da contatto sociale<sup>15</sup>.

Una tipizzazione di questo tipo consentirebbe di contemperare le esigenze di certezza delle posizioni giuridiche soggettive con la differente esigenza di flessibilità del sistema; il legislatore interverrebbe cioè solo in quei settori nei quali la posizione della giurisprudenza e della dottrina si è ormai assestata, lasciandone impregiudicata la libertà in differenti ambiti in cui la discussione è ancora aperta. Ma questi ambiti verrebbero (auspicabilmente) comunque influenzati dalla codificazione – all’interno del sistema – di ben determinati (e analoghi) obblighi di protezione; codificazione la quale sarebbe così comunque probabilmente avvertita, benché avvenuta in settori diversi. Si tratterebbe cioè di continuare a riconoscere la possibilità che doveri di tutela esistano nell’ordinamento italiano sulla base del principio di buona fede, senza introduzione di principi di tassatività, in modo da conferire un consenso legislativo implicito alla ulteriore teorizzazione anche in settori differenti da quelli codifi-

---

15 A questo proposito cfr. la precedente sezione I, paragrafo 2.

cati in prima battuta.

Questa, d'altra parte, sembra essere stata l'impostazione seguita dal legislatore quantomeno in un caso, quello della codificazione degli obblighi di protezione come obblighi di informazione del consumatore. In questo settore, sotto l'influsso del legislatore comunitario, è stata introdotta in Italia una disciplina specifica che ha formalizzato la presenza di questa tipologia di obblighi di protezione all'interno dell'ordinamento italiano, pur senza inserirli all'interno di una più ampia trattazione relativa agli *Schutzpflichten*.

Infatti, come si era appena osservato, gli obblighi di protezione possono assumere vesti differenti, a seconda dell'interesse che di volta in volta richiede di essere tutelato; ed in alcune circostanze tale interesse può coincidere con quello proprio della parte ad essere informata in ordine al rapporto giuridico che sta ponendo in essere. Si pensi ad esempio al caso del consenso informato che deve prestare il paziente per autorizzare la terapia medica<sup>16</sup>.

Nell'ambito degli obblighi di protezione in veste di doveri di informazione il caso più evidente è quello disciplinato dal Codice del consumo<sup>17</sup> (DLgs 6 settembre 2005, n. 206) nelle norme attuative della direttiva 85/374/CEE.

Il legislatore comunitario infatti ha avvertito la necessità di una tutela più marcata di determinati soggetti, da armonizzare nell'ambito del mercato unico<sup>18</sup>. Così, tramite lo strumento della direttiva la Comunità (e oggi l'Unione)

---

16 Sul tema del consenso informato, cfr. G. CASCIARO, P. SANTESE, *Il consenso informato*, Giuffrè, Milano, 2012; P. VIGANÒ, *Limiti e prospettive del consenso informato*, Franco Angeli, Milano, 2008. Per una riflessione critica sui limiti applicativi dell'istituto in esame, cfr. G. FACCI, *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una "trappola" per il sanitario*, in *La Responsabilità Civile*, 2006 fasc. 6, 486 ss.; l'A. infatti, evidenziando il carattere costituzionalmente tutelato dell'interesse in questione, si pone però anche il problema dei limiti entro i quali il sanitario può essere chiamato a rispondere in caso di lesione subita dal paziente.

17 Per un'analisi generale del Codice del consumo, cfr. V. CUFFARO, *Codice del consumo*, Giuffrè, Milano, 2012; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma, 2008.

18 L'esigenza sostanziale di tutelare i consumatori quali parti deboli era stata già avvertita in Italia (così come negli altri Stati membri) ed aveva portato nel nostro ordinamento all'introduzione della disciplina delle clausole vessatorie; l'impostazione della problematica, però, non considerava il consumatore in quanto tale, ma incentrava l'attenzione sulla figura dei contratti di massa. La disomogeneità delle posizioni adottate dai diversi Stati membri in merito alla tutela del consumatore, incidendo sulla concorrenza nel Mercato Unico, veniva quindi individuata come settore da armonizzare per realizzare le condizioni per una concorrenza socialmente sostenibile, arrivando così all'introduzione dell'attuale regime specifico.

ha fissato linee guida che devono essere seguite dai singoli legislatori nazionali nell'introdurre nel proprio ordinamento simili obblighi di protezione/informazione.

La decisione di dedicare un corpo normativo *ad hoc* alla tutela del consumatore è stata determinata dalla condizione di particolare debolezza in cui si viene a trovare la parte nel momento in cui deve contrattare per l'acquisto di beni di consumo; la legge pone quindi in essere specifici mezzi finalizzati a ribilanciare le posizioni delle parti, sia dettando determinate condizioni integrative dei singoli contratti<sup>19</sup>, sia ponendo in capo al soggetto forte precisi obblighi finalizzati a mettere la controparte nella condizione di concludere consapevolmente il negozio, senza incorrere in eventuali insidie dovute alle asimmetrie informative<sup>20</sup>. Si vuole cioè proteggere il consumatore fornendogli strumenti idonei a conoscere compiutamente diritti e doveri che con la stipula dell'atto va assumendo, di modo che la scelta di concluderlo o meno avvenga in modo pienamente consapevole.

Alcuni autori parlano di "*informed consumer standard*"<sup>21</sup>, volendo con ciò indicare un livello minimo di conoscenza di cui il consumatore deve poter es-

---

19 Cfr. l'art. 33 in tema di "*Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*", che vieta quelle disposizioni che determinano un eccessivo squilibrio nei diritti e doveri a danno del consumatore, elencando quelle che si presumono in ogni caso vessatorie; si ricordi anche l'art 37 che introduce la c.d. "*Azione inibitoria*", tramite la quale – a priori – le associazioni dei consumatori possono chiedere al giudice di vietare al professionista l'impiego di determinate clausole o pratiche ritenute vessatorie. In tema di clausole vessatorie nei contratti del consumatore, cfr. E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Giuffrè, Milano, 2010; S. VERUCCI, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore. Oltre la formalità della dichiarazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009 fasc. 3, 588 ss.

20 La parte II del codice del consumo è rubricata, infatti, "*Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*", volendo in tal modo intendere che lo scopo delle norme in questione è quello di "formare" il consumatore, affinché sia preparato – nel momento in cui entra in contatto con il venditore per l'acquisto di beni di consumo, o con il prestatore di servizi – a concludere con il professionista un contratto del quale possa valutare a pieno vantaggi e svantaggi. Tale esigenza "educativa" era già segnalata prima dell'entrata in vigore del decreto di attuazione della direttiva comunitaria; ad esempio, si ricorda il contributo di V. DONA, *Urgenza di una obbiettiva informazione ed educazione del consumatore*, in *Rassegna di diritto e tecnica dell'alimentazione*, 1970 fasc. 11-12, 656 ss. Per un'analisi più attuale della prospettiva "educativa" del consumatore, cfr. V. CUFFARO, *Codice del consumo*, Giuffrè, Milano, 2012, 41 ss.

21 Cfr. H.W. MICKLITZ, N. REICH, P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerp Oxford Portland, 2009, 45 ss.: "*The guarantee of the right to free choice constitutes the core issue of a European economic constitution for liberal au-*

sere in possesso prima e durante la conclusione del negozio; solo nel momento in cui il consumatore è effettivamente e pienamente informato, la sua scelta in ordine alla conclusione o meno del contratto può essere considerata effettivamente libera e non condizionata da un quadro di conoscenze lacunoso e asimmetrico rispetto al professionista.

È agevole quindi intendere come, ai fini di permettere una condotta negoziale consapevole della parte debole, sia fondamentale che essa conosca i termini che vanno a definire il negozio. Da questo punto di vista il Codice del consumo pone a carico del venditore tutta una serie di obblighi di informazione che hanno il precipuo scopo di mettere il consumatore nella condizione di tutelare la propria sfera soggettiva nel corso dello svolgimento del rapporto con il professionista; in questa chiave è allora possibile inquadrare tali doveri di informazione, nella categoria più generale degli obblighi di protezione, in quanto la tutela della controparte è lo scopo specifico di simili doveri. In questa ipotesi, la protezione avviene per mezzo dell'informazione<sup>22</sup>.

L'art. 5 del Codice del consumo è la disposizione nella quale rinveniamo, nell'ordinamento italiano e su impulso del diritto dell'Unione europea, la codificazione di questa specifica fattispecie di obblighi di protezione. La norma in questione stabilisce infatti che

*“fatto salvo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali. Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi. Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”.*

Tale norma si riferisce ad obblighi di informazione di carattere generale; non codifica singoli comportamenti che la parte è tenuta a porre in essere, ma sancisce quello che è il contenuto minimo delle informazioni che devono essere allegare nel momento in cui è messo in commercio un prodotto o un servizio.

Destinatario delle informazioni in questione è il consumatore, definito dal comma 1 proprio in relazione a tale diritto: consumatore è colui che è destinatario delle informazioni di natura commerciale. Tali informazioni, pur potendo

---

*thors as it establishes the individual right of the citizens to participate in cross-border transactions in accordance with Community law”. Lo scopo è “the protection of the consumer as a weaker party in contract law”.*

22 È una delle figure che la dottrina italiana ha sistematizzato. Cfr. gli ultimi passaggi del paragrafo precedente, paragrafo 1, sezione II, capitolo IV.



rivestire molteplici forme, sono comunque quelle dirette a promuovere beni o servizi, ovvero anche l'impresa stessa<sup>23</sup>. In tal modo la categoria di consumatore tende ad ampliarsi, in quanto non vengono prese in considerazione caratteristiche peculiari del soggetto consumatore, bensì la condizione oggettiva che tale soggetto sia destinatario di informazioni commerciali.

Il contenuto minimo delle informazioni che devono essere indirizzate al consumatore è stabilito dal successivo comma 2, il quale fa riferimento a “*sicurezza, composizione e qualità*”; se la composizione e la qualità del prodotto corrispondono all'interesse dell'acquirente a che la merce corrisponda all'impiego cui è destinata, le informazioni relative alla sicurezza presentano un *quid pluris* di tutela, essendo destinate ad escludere che l'utilizzo stesso possa comportare delle lesioni al consumatore<sup>24</sup>. È su questo punto che in maggior misura emerge il carattere protettivo degli obblighi di informazione codificati nel Codice del consumo; ciò in quanto tali informazioni non sono indirizzate a garantire la parte in relazione agli aspetti della prestazione principale oggetto del negozio e alla sua idoneità a soddisfare le esigenze di consumo cui si aspira, bensì a tutelare la sfera giuridica soggettiva del consumatore in ogni suo aspetto (integrità fisica e patrimoniale).

Il comma 3, infine, detta una regolamentazione delle modalità di informazione e pubblicizzazione relative al prodotto, sostenendo che obiettivo primario è quello della chiarezza espositiva e – quindi – della comprensibilità delle stesse (pur sempre rapportandosi al settore specifico in questione, che può richiedere un maggiore o minore grado di semplificazione a seconda dei caratteri del singolo prodotto o servizio).

Tanto premesso, si deve concludere che il settore degli obblighi di informazione del consumatore costituisce un'ipotesi di codificazione di una specifica modalità di manifestazione degli obblighi di protezione; si tratta di doveri il cui intento è chiaramente quello di tutelare la controparte da possibili lesioni che questa potrebbe subire – a valle – nello svolgimento della prestazione, e ciò introducendo una disciplina protettiva a monte, precedente la conclusione del negozio. La garanzia è così anticipata ed è sviluppata in ragione delle specificità del settore preso in considerazione; in particolare, si potrebbe ipotizza-

---

23 G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma, 2008, 86 ss.

24 L'art. 117 del Codice del consumo disciplina la responsabilità del produttore per i danni causati da prodotti difettosi; l'art. 104, invece, afferma che il consumatore deve essere avvertito del rischio minimo compatibile con l'uso del prodotto e che deve essere informato sull'uso corretto del prodotto stesso: in tal modo questa norma si pone in un'ottica di tutela preventiva (la quale, appunto, era uno degli obiettivi principali del legislatore).

re che l'estensione della tutela al momento precedente la stipulazione del contratto corrisponda alle medesime esigenze che hanno portato dottrina e giurisprudenza ad elaborare la teoria della responsabilità da contatto sociale. Nel momento in cui un consumatore entra in contatto con il professionista, infatti, si instaura una relazione di affidamento circa la competenza di questi e la qualità dei suoi prodotti o servizi, nonché circa la corrispondenza delle informazioni fornite alla realtà. Proprio in forza di tale ruolo strutturale dell'affidamento si avverte l'esigenza di prevedere un'esplicita forma di responsabilità anche per le violazioni del dovere di correttezza che si siano verificate in questa fase, fondata appunto sulla preventiva insorgenza di obblighi protettivi (in forma di obblighi informativi).

Al di là di una possibile lettura di tali obblighi in chiave di rapporto instauratosi per contatto sociale, appare comunque importante rilevare come sia stato il legislatore comunitario, già nel 1985, ad avvertire una simile esigenza e a spingere gli ordinamenti nazionali a porre rimedio a questo vuoto di tutela<sup>25</sup>; anche in questo caso, è stata la realtà dei traffici a premere per un adeguamento del sistema normativo alle esigenze del commercio, e la figura generale degli obblighi di protezione sembra così essersi rivelata, nella valutazione del legislatore comunitario, uno strumento giuridico competitivo – tra i diversi modelli in circolazione – tanto per i suoi positivi effetti sulla sicurezza delle transazioni, quanto per la sua flessibilità e versatilità<sup>26</sup>.

---

25 Per un'analisi sistematica degli obblighi di informazione e del loro impatto sul mercato unico europeo, cfr. S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL, *Party autonomy and the role of information in the internal market*, de Gruyter, Berlin, New York, 2001. Gli Autori osservano come gli obblighi di informazione (“*information rules*”), anche se cogenti, presentano differenze strutturali rispetto alla diversa tipologia delle “*traditional mandatory rules*”, cioè delle clausole che le parti sono obbligatoriamente tenute ad inserire nel negozio; il fine cui tendono è lo stesso, essendo entrambi finalizzati a tutelare la parte debole rispetto ad un disequilibrio delle posizioni di diritti e obblighi all'interno del contratto, ma la modalità operativa è radicalmente diversa, in quanto le seconde restringono notevolmente gli spazi entro i quali le parti possono decidere. Alla luce di queste considerazioni, gli Autori si sono posti il problema della compatibilità degli obblighi di informazione con il principio di autonomia privata, che consente alle parti di disporre autonomamente – e nella forma ritenuta più opportuna – dei propri interessi.

26 Il fatto cioè che il Codice del consumo recepisca una figura particolare di obblighi di protezione pare sintomatico dei vantaggi di tale istituto nel settore in esame; la codificazione viene vista non tanto come vincolo entro il quale attenersi nell'applicazione della tutela della parte debole, bensì come garanzia di questa affinché possa fondare su basi sicure la tutela dei suoi diritti.

## CONCLUSIONI

### *L'AUTONOMIA FUNZIONALE E NORMATIVA DEGLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE*

SOMMARIO: 1. L'origine storica degli obblighi di protezione come mezzo per colmare le lacune normative del BGB e la loro evoluzione verso un'autonomia funzionale. 2. Il fondamento normativo autonomo degli obblighi di protezione. 3. L'operatività della teoria degli obblighi di protezione in assenza di un rapporto obbligatorio e nei confronti di soggetti terzi. 4. I tratti essenziali degli obblighi di protezione.

1. *L'origine storica degli obblighi di protezione come mezzo per colmare le lacune normative del BGB e la loro evoluzione verso un'autonomia funzionale*

In conclusione dell'analisi svolta, è possibile precisare la definizione degli obblighi di protezione come riferita a quei doveri che sorgono in capo alle parti di un rapporto (giuridico o sociale-qualificato) sulla base dei principi generali di buona fede e di solidarietà sociale, i quali fanno sì che tali soggetti siano tenuti a mantenere indenni la controparte e determinati terzi da eventuali lesioni alla persona o al patrimonio ricollegabili allo svolgimento della prestazione, o che comunque si realizzino nel contesto dell'affidamento altrimenti instauratosi fra tali parti.

Una simile ricostruzione porta con sé diverse problematiche cui si è tentato fino a questo momento di dare risposta. D'altra parte, se le criticità connesse all'istituto degli obblighi di protezione erano e sono numerose, il ricorso a questa figura è stato tuttavia funzionale al tentativo di conferire un maggior ordine sistematico a fattispecie difficilmente classificabili<sup>1</sup> che, talvolta, non potevano

---

1 Si pensi, ad esempio, al dibattito in tema di responsabilità precontrattuale, il quale vede contrapposti tre differenti orientamenti, l'uno che riconduce tali fattispecie agli schemi della responsabilità contrattuale (appartiene a tale corrente di pensiero L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.), l'altro che fa riferimento alla norma *ex art.* 2043 c.c. (cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007), e l'ultimo che prospetta la teorizzazione di un *tertium genus* di responsabilità (di tale avviso è, fra gli altri, V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1270 ss.). Il pregio della teoria degli obblighi di protezione, in questo ambito, è stato quello di rinvenire l'esistenza di un rapporto obbligatorio ancor prima della stipulazione dell'atto, e ciò in quanto fra le

neppure essere tutelate in maniera soddisfacente ricorrendo agli strumenti tradizionalmente ricompresi nell'ordinamento giuridico positivo strettamente interpretato<sup>2</sup>.

Innanzitutto si è inteso affrontare la questione della vigenza della figura degli *Schutzpflichten* anche in Italia, verificando se i presupposti che avevano portato alla sua teorizzazione in Germania possono sussistere anche nel sistema giuridico italiano o, in caso negativo, se la figura degli obblighi di protezione sia comunque sistematicamente in grado di svolgere diverse funzioni, che ne consentano un impiego altrettanto utile in un diverso contesto normativo.

Benché la teorizzazione degli obblighi di protezione sia avvenuta in Germania per porre rimedio a specifiche lacune del BGB in tema di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, l'istituto si è poi progressivamente distaccato dalla sua funzione integrativa del codice civile tedesco, per andare a rivestire nuove mansioni affrontando problematiche di ordine sistematico.

Dal punto di vista della responsabilità contrattuale, il sistema giuridico tedesco – prima della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni<sup>3</sup> – contemplava esclusivamente due fattispecie di violazioni contrattuali: la mora e l'impossibilità della prestazione. Mancava cioè una clausola di carattere generale che comprendesse al suo interno tutte le tipologie di inadempimento che potevano verificarsi nella realtà dei traffici commerciali.

Allo stesso modo, però, al danneggiato era talvolta preclusa la possibilità di avvalersi delle tutele offerte dal regime della responsabilità extracontrattuale, in quanto nell'ordinamento tedesco vige un principio di enumerazione (*Enumerationsprinzip*) in base al quale solo ben determinate tipologie di beni possono godere di un risarcimento in caso di lesione<sup>4</sup>; altra lacuna del sistema

---

parti si instaurerebbe un contatto qualificato (un contatto negoziale che va oltre la relazione propria di due soggetti estranei).

2 Su questo punto viene in considerazione la problematica affrontata nel capitolo II, cioè la tutela offerta al terzo in presenza della violazione di un obbligo contrattuale; costituirebbe una disparità di trattamento proteggere in modo differente la parte del rapporto e il terzo che subiscano il medesimo danno.

3 Si tratta della legge 26 novembre 2001 (BGBl. I Seite 3138), entrata in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo; per una trattazione delle modificazioni introdotte nel sistema tedesco dalla *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2003; in particolare a proposito degli obblighi di protezione cfr. 11 ss. e 137 ss.

4 Il BGB costruisce l'intero sistema della responsabilità civile su tre norme, contenute nel titolo dedicato alle *Unerlaubte Handlungen*, rispettivamente nei §§ 8231, 8232 e 826; tale tripartizione esaurisce i casi in cui il soggetto può essere chiamato a rispondere del danno cagionato per un proprio comportamento illecito, doloso o col-

aquiliano positivizzato nel BGB era rappresentata dai brevissimi termini di prescrizione, fortemente svantaggiosi rispetto a quelli più ampi previsti per la responsabilità contrattuale<sup>5</sup>.

Agli operatori del diritto, nella Germania dei primi del Novecento, si prospettava quindi la questione concreta di come fornire adeguata tutela a situazioni di lesione che sfuggivano alla classificazione della responsabilità contrattuale, ma che nemmeno ricadevano nell'ambito di quella extracontrattuale.

In un primo momento Hermann Staub formulò la teoria delle violazioni contrattuali positive (*positiven Vertragsverletzungen*) proprio al fine di garantire il creditore che avesse veduto frustrata la propria aspettativa ad ottenere la prestazione non tanto per un'omissione della controparte (comportamento pacificamente ricompreso nelle due disposizioni in tema di ritardo e impossibilità), quanto perché quest'ultima, a mezzo di una condotta commissiva, ledeva un suo diritto: o ponendo in essere un comportamento collegato alla prestazione o violando un dovere di astensione, cui in ogni caso conseguiva un danno<sup>6</sup>.

Il pregio della teoria di Staub, nonostante alcune imprecisioni sistematiche che riducevano la portata applicativa dei doveri di protezione<sup>7</sup>, è stato quello di

---

poso. La prima norma si occupa esclusivamente della violazione di diritti assoluti, quali la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà o – aggiungendo una clausola di chiusura – ogni altro diritto che può qualificarsi come assoluto; la seconda afferma l'insorgere della responsabilità a seguito della violazione di una norma di legge, sia di diritto pubblico che di diritto privato, il cui scopo sia quello di tutelare il terzo; infine, la terza sancisce l'obbligo di risarcire il danno cagionato per una qualsiasi violazione del buon costume. Per approfondimenti sul principio di enumerazione cfr. H. DILCHER, *Schuldrecht. Besonderer Teil: In Programmierter Form*, De Gruyter Lehrbuch, Berlin, 1982, 472 ss.

5 Prima dell'intervento del legislatore con la legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002 (26 novembre 2001, BGBl. I Seite 3138), la disciplina della responsabilità contrattuale consentiva al danneggiato di azionare il proprio diritto fino a trenta anni dalla lesione, mentre in campo extracontrattuale tale termine si riduceva fino a tre anni.

6 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001; l'edizione in lingua originale è H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904.

7 La formulazione stessa delle violazioni contrattuali positive racchiude in sé le critiche che venivano mosse a tale figura: innanzitutto si escludeva dal loro ambito di applicazione ogni fattispecie negoziale diversa dal contratto (quale può essere un rapporto obbligatorio sorto *ex lege*), inoltre venivano prese in considerazione solo violazioni di carattere positivo, e non anche differenti comportamenti negativi che comunque non potevano nemmeno essere configurati come mora o impossibilità della prestazione (si pensi alla violazione di un dovere di informazione).

far emergere all'attenzione della dottrina l'esistenza di interessi ulteriori e diversi rispetto a quello delle parti ad ottenere la prestazione pattuita. In particolare si evidenzia come la condotta positiva può portare non solo alla violazione dell'obbligo principale di prestazione (*Mangelschaden*), ma anche a lesioni dell'integrità fisica e del patrimonio della parte (*Mangelfolgeschaden*); i contraenti sono interessati a che la propria sfera giuridica non subisca un danno a causa dello svolgimento del rapporto obbligatorio, e tale interesse si inserisce all'interno del negozio arricchendolo di contenuti ulteriori rispetto al dovere principale di prestazione.

A queste considerazioni concernenti gli interessi che entrano in gioco nel corso dello svolgimento dell'obbligazione, si ricollega il successivo ragionamento di Heinrich Stoll, il quale ha ampliato la prospettiva di analisi dell'istituto degli obblighi di protezione per affrontare anche la problematica della struttura del rapporto obbligatorio<sup>8</sup>.

L'opera di Stoll va collocata nell'ambito della "giurisprudenza degli interessi", seguendo l'impostazione metodologica di Rudolf von Jhering ostile alla Pandettistica<sup>9</sup>. Assumendo infatti come filo conduttore dell'operato del legisla-

---

8 Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1932, e H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Tübingen, 1936.

9 La giurisprudenza degli interessi è una corrente di pensiero anch'essa collocabile nella seconda metà del XIX secolo, risalente appunto all'elaborazione svolta da Rudolf von Jhering; già nella sua opera più famosa, *Lo spirito del diritto romano*, l'a. sottolinea come la norma giuridica esista in virtù dello scopo cui è preordinata: "il creatore di tutto il diritto è lo scopo, e non c'è nessuna proposizione giuridica la quale non debba la sua origine ad uno scopo, ossia ad un motivo pratico". In questo modo Jhering mette in luce come il diritto non sia un'entità fine a sé stessa, ma si ponga invece quale strumento finalizzato alla realizzazione degli interessi che emergono nella realtà. Da questa fase anti-formalistica del pensiero di Jhering si è sviluppata la c.d. *Interessenjurisprudenz*, di cui sono stati principali esponenti Philipp Heck e gli aderenti alla c.d. scuola di Tubinga. La premessa di questa impostazione va individuata nel fatto che il sistema del diritto codificato è per sua natura lacunoso e, quindi, si pone il problema di colmare questi difetti dell'ordinamento; a questo fine la proposta metodologica è quella di procedere attraverso il ricorso all'osservazione della realtà sociale e degli interessi che vi si esprimono, in modo da "consentire al diritto di evolvere assieme alla società", e non ridursi a sterile enunciazione di regole astratte. A questo proposito, cfr. per le opere originali R. VON JHERING (traduzione di Luigi Bellavite), *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Pirota, Milano, 1855; P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1914. Per approfondimenti sul relativo ruolo nella storia del pensiero giuridico cfr. U. VICENTINI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Cedam, Padova, 2000, 78 ss.; A. FALZEA, *Introdu-*

tore gli interessi sociali che nel diritto dovrebbero trovare lo strumento per la loro attuazione e tutela, Stoll fonda l'esistenza degli obblighi di protezione sull'idea che essi costituirebbero la forma giuridica di un ben determinato tipo di interessi che le parti riversano nell'obbligazione (interessi ulteriori rispetto a quello principale dedotto nel rapporto contrattuale, ma comunque concreti e reali). Infatti, al momento della stipulazione del negozio, e della conseguente assunzione dell'obbligo di prestazione, i contraenti sottintendono anche l'intenzione che la loro sfera giuridica soggettiva non debba risultare danneggiata al termine dello svolgimento dell'obbligazione e – quindi – danno una qualificazione implicita anche all'interesse a che la loro persona o il loro patrimonio non vengano menomati nel corso (e a causa) del rapporto.

È allora evidente come la teorizzazione degli *Schutzpflichten* si sia progressivamente distaccata dalle esigenze contingenti che avevano portato alla sua prima formulazione, per svolgere la diversa funzione di conferire rilevanza all'interesse delle parti a che la propria sfera giuridica soggettiva sia mantenuta indenne da effetti collaterali al rapporto obbligatorio. E ancora più evidente risulta essere tale conclusione qualora si analizzi la questione alla luce della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, la quale ha eliminato le lacune del sistema tedesco nel campo della responsabilità contrattuale<sup>10</sup> e – quindi – ha obbligato gli interpreti a ricercare altrove il senso dell'istituto in esame.

Benché in Italia non fossero presenti le medesime problematiche caratterizzanti la prima formulazione del BGB in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, alla luce dell'indirizzo impresso alla tematica in esame a seguito della riflessione di Stoll, è comunque possibile affermare l'utilità dell'istituto degli obblighi di protezione anche all'interno dell'ordinamento italiano, in quanto sussistono analoghe esigenze strutturali di tutela della persona e del patrimonio “a contorno” del rapporto obbligatorio<sup>11</sup>. L'utilità teorica

---

*zione alle scienze giuridiche, Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, 156 ss.

10 La legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni ha infatti introdotto una clausola generale di violazione dell'obbligo, *Pflichtverletzung*; tale formulazione è così in grado di ricomprendere sia i due istituti soppressi, sia altre e varieguate ipotesi di inadempimento non specificamente previste dal legislatore ma – talvolta – nemmeno prevedibili *a priori*; dottrina e giurisprudenza vi fanno rientrare oggi tutte le categorie elaborate in materia di *Leistungsstörungen*, che trovano così una legittimazione formale nell'ordinamento giuridico tedesco.

11 Tant'è che anche in Italia dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricorso all'istituto degli obblighi di protezione pur in assenza di una previsione normativa che ne riconoscesse la vigenza, e ciò al fine di garantire una qualche forma di tutela a situazioni che altrimenti ne sarebbero rimaste prive o – quantomeno – che sarebbero risultate scarsamente protette. Si pensi alla responsabilità da contatto sociale (cfr. il capitolo I, sezione III, paragrafo 5 e il capitolo IV, sezione I) oppure alla tutela contrattuale

dell'istituto degli obblighi di protezione prescinde infatti dalle peculiarità di ciascun sistema giuridico.

L'impatto teorico dell'istituto degli obblighi di protezione sugli ordinamenti italiano e tedesco, una volta privato della sua funzione sanante di specifiche lacune, è stato così certamente di ampia portata, coinvolgendo sia la tematica della struttura del rapporto obbligatorio che quella della qualificazione della responsabilità in ipotesi di dubbia natura.

Se fin dal diritto romano l'obbligazione veniva concepita come strumento giuridico finalizzato al soddisfacimento dell'interesse della parte creditrice ad ottenere la prestazione pattuita<sup>12</sup> (concezione rimasta sostanzialmente immutata nel corso dei secoli), la nascita degli obblighi di protezione ha costretto gli interpreti ad interrogarsi sulla persistente validità di una tale impostazione. L'insorgere di una responsabilità di natura contrattuale in capo alla parte che colpevolmente danneggia la persona o il patrimonio della controparte sottintende la necessaria esistenza di un obbligo, facente parte del regolamento contrattuale, che imponga invece di evitare una tale evenienza. Ecco allora che si ammette la configurabilità, accanto all'obbligo principale finalizzato alla realizzazione dell'interesse creditizio al risultato che ci si è preposto quale interesse principale, anche di diversi fasci di rapporti, ulteriori e distinti, che regolano le relazioni fra le parti e che vanno oltre la prestazione (cui sono in diverso grado accessori). Tali interessi sono distaccati dalle posizioni di debito-credito che si sono formate all'interno del rapporto giuridico, in quanto l'interesse a non vedere danneggiata la propria persona o il proprio patrimonio nel corso dello svolgimento del negozio è ravvisabile in capo ad entrambe le

---

del terzo (cfr. il capitolo II).

- 12 Se inizialmente, nel diritto romano arcaico, il rapporto obbligatorio era incentrato sull'assoggettamento personale dell'obbligato rispetto al proprio creditore, con lo sviluppo dei traffici commerciali questo schema è divenuto insostenibile e si è quindi arrivati all'astrazione del rapporto di debito-credito, così come la si conosce oggi. Si pensi alla definizione di *obligatio* contenuta nel *Corpus iuris civilis* di Giustiniano: "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*" (Inst. 3, 13 pr.), cioè l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale si può costringere taluno all'adempimento di una prestazione; per approfondimenti su questo tema, cfr. G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Giappichelli, Torino, 2003. Si noti comunque, come si è sottolineato nel capitolo I, sezione II, paragrafo 1, che al ricorrere di talune fattispecie i romani facevano ricadere all'interno della prestazione anche doveri accessori di tutela della controparte, come nel caso del conduttore che abbandoni l'abitazione locata per l'avanzare di un esercito (D. 19.2.13.7); in questo caso si afferma che egli è tenuto, prima della fuga, ad apprestare tutte le cure necessarie affinché la casa subisca il minor danno possibile.



parti e – pur nella sua accessorietà – sussiste anche su basi autonome rispetto all'interesse principale<sup>13</sup>.

D'altra parte, facendo ricadere gli obblighi di protezione all'interno del rapporto obbligatorio si consente inoltre di trattare in una medesima sede le vicende relative ad un inadempimento contrattuale che abbia portato anche alla lesione della persona o del patrimonio della controparte. Cioè, l'influenza della teorizzazione degli *Schutzpflichten* sulla tematica della responsabilità è stata di tipo espansivo, nel senso di allargare i confini della responsabilità contrattuale a discapito di quella extracontrattuale, facendo ricadere negli schemi *ex art. 1218 c.c.* ipotesi (accessorie) che le parti avrebbero potuto far valere (data l'autonomia dell'interesse sotteso alle stesse) come sola responsabilità aquiliana. Oltre a consentire l'unitaria trattazione della vicenda, questa impostazione consente alla parte lesa di tutelare il proprio diritto in maniera più immediata; la disciplina della responsabilità contrattuale è infatti più vantaggiosa, sia dal punto di vista del termine di prescrizione<sup>14</sup> che sotto il profilo probatorio<sup>15</sup>.

---

13 La sussistenza di diverse situazioni di interesse all'interno del rapporto obbligatorio risulta evidente anche qualora si prenda in considerazione l'istituto della mora del creditore; se infatti lo strumento giuridico dell'obbligazione fosse inteso esclusivamente quale mezzo per la soddisfazione dell'interesse della parte creditrice ad ottenere la prestazione pattuita (e con questa il risultato utile prefigurato), non potrebbe ricevere tutela il diverso interesse del debitore a realizzare quanto promesso, per vedere quindi sollevata la propria sfera giuridica soggettiva da qualunque obbligo nei confronti del creditore. Ma è proprio perché un tale interesse è invece ritenuto meritevole di tutela che l'ordinamento disciplina l'istituto della mora del creditore e – in tal modo – riconosce che l'obbligazione svolge funzioni ulteriori rispetto a quella di soddisfare la parte attiva del rapporto. Per una trattazione generale del tema della *mora credendi* cfr. G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, Zanichelli, Bologna, 1974; G. STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, fasc. 2, 377 ss.

14 Nel caso della responsabilità extracontrattuale, l'art 2947 c.c. prevede in via generale una prescrizione quinquennale, ridotta a due anni qualora si tratti di danni causati dalla circolazione di veicoli; nel caso invece della responsabilità contrattuale, la norma di riferimento è l'art 2946 c.c., che sancisce l'applicabilità dell'ordinario termine decennale (salvo eccezioni per particolari tipi di contratti). Cfr. L. VIOLA (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova 2009, 499 ss.

15 Dal punto di vista dell'onere della prova, al danneggiato l'art. 1218 c.c. offre un regime maggiormente semplificato al fine di ottenere il risarcimento del danno subito. Infatti, nel sistema della responsabilità extracontrattuale spetta a questi dimostrare la sussistenza di tutti i fattori che integrano il fatto illecito, ivi compresi la colpa o il dolo della controparte; si tratta cioè di provare un elemento soggettivo, normalmente di non facile dimostrazione rispetto ai fatti materiali ed estrinseci che integrano la

Si vede allora come l'istituto degli obblighi di protezione coinvolga problematiche generali e tematiche differenti, sottendendo una rivisitazione sia della struttura dell'obbligazione che della qualificazione della responsabilità.

Sin da queste considerazioni si evidenzia, quale elemento caratterizzante degli obblighi di protezione, la loro autonomia funzionale rispetto all'obbligo principale di prestazione (l'accessorietà al quale è solo contingente), in quanto diverso è lo scopo cui i due tipi di rapporto sono finalizzati. L'uno indirizzato alla realizzazione dell'interesse del solo creditore ad ottenere la prestazione pattuita, l'altro posto a tutela di entrambe le parti in quanto identico è il loro interesse a mantenere indenne la propria sfera giuridica soggettiva nel momento in cui questa è messa in relazione con quella di un altro soggetto. Ma il carattere autonomo degli *Schutzpflichten* non è rinvenibile solo sotto un profilo funzionale, bensì anche per quanto concerne la base normativa, in quanto diversa è la fonte che dà origine al dovere di prestazione e agli obblighi di protezione.

## 2. *Il fondamento normativo autonomo degli obblighi di protezione*

Quindi, a prescindere dalla funzione che si voglia attribuire agli obblighi di protezione (sanante di un sistema positivo lacunoso, oppure di tutela di interessi non coincidenti con quello relativo alla prestazione), la problematica che si presenta è in ogni caso quella dell'individuazione del fondamento normativo che consente di affermare l'esistenza di tale istituto all'interno dell'ordinamento giuridico cui si fa riferimento.

Nel caso del BGB, Staub risolveva la questione rifiutando le impostazioni che alla tematica erano state date da autori a lui contemporanei, che vedevano nell'interpretazione estensiva di determinate norme del codice il mezzo per raggiungere il risultato di tutela voluto; si proponeva invece di ricorrere ad una clausola generale inespressa, ma deducibile dal complesso normativo del BGB, in base alla quale "*chi viola colpevolmente un'obbligazione con un'azione positiva deve risarcire l'altra parte del danno cagionato*"<sup>16</sup>.

---

condotta. Nella responsabilità contrattuale il danneggiato è invece sollevato da questo *onus probandi* e, una volta allegato l'inadempimento dell'obbligato, si presumerà che ciò sia da imputare quantomeno a sua colpa; si tratta di una presunzione relativa, in quanto se il debitore dimostrerà che l'inadempimento è dovuto a fatto a lui non imputabile non sarà tenuto al risarcimento del danno verso il creditore. Cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942.

16 Cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001; l'edizione in lingua originale è H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904.

Inoltre, si esclude anche che la possibilità di affermare che gli obblighi di protezione sorgono sulla base della volontà (benché implicita) delle parti<sup>17</sup>; in questo senso viene ribadito il carattere autonomo degli stessi, non trovando la loro fonte nella medesima pattuizione con cui i contraenti si sono accordati in riferimento all'obbligo principale. Diversa è la funzione e diversa è quindi anche la fonte: si tratta di obblighi che sorgono a prescindere da una manifestazione di volontà (espressa o tacita) in tal senso, l'accordo integrando la fonte del solo rapporto principale (rispetto al quale le relazioni di protezione si pongono come disomogenee, nell'autonomia anche della loro origine).

Tali doveri, quindi, sorgono piuttosto *ex lege*, costituendo l'attuazione di principi generali rinvenibili sia all'interno della normativa codicistica che della Carta costituzionale, potendo cioè riferirsi al principio di buona fede<sup>18</sup> e al principio di solidarietà sociale<sup>19</sup>. In questo modo viene dato significato concreto e cogente a clausole generali che altrimenti rischierebbero – rispetto a quegli interessi di tutela sottesi agli obblighi di protezione – di ridursi a mere enunciazioni di principio; la teoria degli obblighi di protezione colma tutti quei vuoti nei quali non si prevede espressamente una sanzione per la violazione dei doveri di buona fede e correttezza e consente così di superare le difficoltà collegate all'impiego da parte del legislatore di clausole che, proprio per il loro carattere generale, risultano eccessivamente aperte all'interpretazione degli operatori del diritto e scarsamente dotate di valore cogente (di fatto lasciando

---

17 Come si è avuto modo di analizzare in particolare nel capitolo dedicato alla trattazione degli obblighi di protezione in riferimento ai terzi (capitolo II), non è possibile ricorrere allo strumento dell'interpretazione integrativa del contratto; ciò in quanto si dovrebbe dimostrare che le parti, al momento della conclusione del negozio, avevano preso in considerazione l'eventualità che taluno venisse danneggiato dallo svolgimento della prestazione e che – nonostante ciò – nulla abbiano esplicitamente previsto nel loro atto di autonomia privata. In tal modo si lascerebbero sfinite di tutela quelle situazioni nelle quali le parti nulla abbiano previsto a tale riguardo a livello della loro propria sfera psicologica concreta.

18 Gli obblighi di protezione concretizzano le previsioni generali *ex art. 1175 c.c.*, per cui le parti devono comportarsi secondo correttezza, e *ex art. 1375 c.c.*, il quale richiede che il contratto venga eseguito secondo buona fede; nonostante l'enunciazione del principio di buona fede riguardi esclusivamente la fase dell'attuazione, è opinione condivisa che entrambi i citati principi abbiano portata generale e siano – quindi – idonei a trovare applicazione in tutte le fasi del rapporto obbligatorio.

19 L'art 2 Cost. racchiude il principio di solidarietà sociale, in base al quale le posizioni di libertà pur costituzionalmente tutelate devono essere bilanciate con gli interessi di portata generale o collettiva qualificati come meritevoli dalla Costituzione stessa o dal legislatore. Cfr. E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, 38 ss.

di volta in volta alla discrezionalità dell'interprete la scelta circa la loro applicazione o meno)<sup>20</sup>.

Si osservi come in tal modo il rapporto obbligatorio non si arricchisce solo di doveri per le parti, ma anche di significati. Esso non è solo l'atto di autonomia privata con il quale i contraenti possono disporre dei propri interessi, ma ha anche una funzione di garanzia sociale, di tutela delle singole sfere giuridiche soggettive che non possono essere messe a repentaglio ogniqualvolta entrano in contatto per il tramite di un rapporto obbligatorio. Ed è proprio l'autonomia funzionale e normativa degli obblighi di protezione rispetto alla volontà delle parti a consentire loro di svolgere un simile ruolo sociale; essi prescindono dalle valutazioni di convenienza cui può riferirsi la parte nella stipulazione del contratto, in quanto il fine di garanzia è di carattere generale e non particolare.

Infatti, se da una parte l'autonomia privata è quello strumento posto a disposizione dei privati per dare libera regolamentazione ai propri interessi, dall'altra tale facoltà incontra un limite nella legge, nel momento in cui l'ordinamento consente a determinate fonti, c.d. eteronome, di prevalere sulla volontà delle parti e di ingerirsi nel relativo atto di autonomia.

---

20 È interessante notare come l'impiego della clausola di buona fede da parte di dottrina e giurisprudenza nei due diversi sistemi (italiano e tedesco) sia stato radicalmente differente e inversamente proporzionale al grado di specificità della formulazione della relativa norma. Il §242 BGB (*Treu und Glauben*) non è pienamente sovrapponibile alle previsioni contenute nell'ordinamento italiano; se infatti la norma tedesca sembra corrispondere all'art. 1375 c.c., riconducendo la buona fede alla fase dell'esecuzione del contratto, l'art. 1175 c.c. pone invece il dovere di correttezza in capo alle parti a prescindere dalla fase del rapporto obbligatorio di cui si tratta. Giustamente L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 74 ss., osserva come "già da un raffronto del testo si nota che il gap è a vantaggio del sistema italiano, che contiene una formula molto più ampia all'art. 1175 c.c.". Si noti comunque come l'applicazione delle due norme sia stata di segno opposto, la limitata previsione legislativa non avendo frenato nell'ordinamento tedesco lo sviluppo della teoria degli *Schutzpflichten*, teoria che invece si è affacciata in Italia da molto meno tempo. Quindi, a fronte di una normativa maggiormente restrittiva, in Germania si è comunque fatto ricorso in modo più incisivo alla clausola generale di buona fede, mentre in Italia, dove gli artt. 1375 e 1175 c.c. avrebbero potuto lasciare un maggior margine di intervento, dottrina e giurisprudenza hanno preferito un atteggiamento diffidente verso l'impiego di clausole generali.

### 3. *L'operatività della teoria degli obblighi di protezione in assenza di un rapporto obbligatorio e nei confronti di soggetti terzi*

Fino a questo momento il ragionamento si è incentrato sulla figura degli obblighi di protezione così come si è delineata nella sua forma più elementare: cioè come doveri integrativi del rapporto contrattuale, autonomi rispetto alla prestazione principale e alla sua pattuizione, i quali tutelano la parte da eventuali danni (collaterali) che possono occorrere alla sua persona o al suo patrimonio.

Ma proprio perché gli obblighi di protezione rispondono a esigenze di rilevanza sociale (autonomia funzionale) e perché la loro fonte è diversa da quella che dà vita al rapporto obbligatorio (autonomia normativa), è possibile dare loro applicazione anche in differenti fattispecie, dove può mancare il rapporto obbligatorio o dove il danno è cagionato ad una terza persona<sup>21</sup>. In ogni caso in tali diverse fattispecie si rinviene un elemento omogeneo rispetto a quelle analizzate finora, che consiste nell'interesse alla tutela dell'integrità della sfera giuridica soggettiva.

Si prendano in considerazione, anzitutto, i casi in cui l'elemento mancante è il rapporto obbligatorio sul quale si dovrebbero innestare gli obblighi di protezione. La dottrina parla di obbligazione senza obbligo primario di prestazione (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*<sup>22</sup>), intendendo con ciò che in simili occasioni le parti sono reciprocamente vincolate da un rapporto costituito esclusivamente da doveri di protezione, e non anche dal carico relativo alla prestazione principale. Una simile affermazione è possibile solo qualora si ammetta la validità della ricostruzione della struttura dell'obbligazione affermata con la teorizzazione degli *Schutzpflichten*, la quale concepisce il negozio giuridico come un *Organismus*<sup>23</sup>, composto da diversi fasci di rapporti che

---

21 Questi temi sono stati trattati nel precedente capitolo I, sezione III, paragrafi 4 e 5 e capitolo II.

22 L'espressione è riconducibile a K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, 100 ss. Si pensi al caso in cui ci si trovi di fronte ad un rapporto obbligatorio nullo, e quindi inesistente *ab origine* fra le parti; qualora però a tale rapporto si sia cominciato a dare attuazione e – in occasione di tale attività – si siano verificati danni ad una delle parti, attraverso la teoria del *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* sarà possibile attrarre la relativa responsabilità nell'alveo di quella contrattuale, negando che si tratti di un'ipotesi di illecito aquiliano verificatosi fra due soggetti estranei.

23 In merito alla ricostruzione del rapporto obbligatorio come organismo, cfr. D. MEDICUS, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, München, 1982, parla di *weitere Verhaltenspflichten* che si aggiungono

hanno vicende indipendenti rispetto a quelle della prestazione.

Partendo da tale premessa, allora, diversi sono i tempi in cui sorgono il dovere di prestazione e quello di protezione: quest'ultimo sin dal momento in cui le parti entrano in contatto, mentre il primo solo successivamente, con la stipulazione del contratto.

Si fa riferimento ai casi c.d. di contatto, negoziale e sociale; in comune queste due ipotesi hanno il fatto che nelle parti si ingenera una situazione di affidamento, proprio perché la concreta contiguità delle relative sfere giuridiche ha fatto sì che esse assumano un ruolo di reciproca rilevante significanza. In simili ipotesi sarebbe riduttivo trattare danneggiante e danneggiato quali soggetti tra loro estranei (e quindi fare ricorso alla disciplina extracontrattuale), in quanto il contatto instauratosi fra gli stessi è presupposto sufficiente per l'operatività delle clausole generali di buona fede e correttezza, e quindi per l'insorgere degli obblighi di protezione solidaristicamente fondati.

Il caso del contatto negoziale, o *culpa in contrahendo*, o responsabilità precontrattuale, si ha quando due soggetti intraprendono fra di loro le trattative per addivenire alla conclusione di un negozio giuridico con il quale ottenere una determinata prestazione e, quindi, giungere al risultato complessivamente utile che si erano preposte (bene della vita, cui aspirano in via principale)<sup>24</sup>. Sin da tale descrizione si può evincere come non si possa ancora parlare di parti negoziali, in quanto la conclusione di un negozio è lo scopo stesso cui le parti indirizzano la propria attività; ma nemmeno sarebbe corretto affermare che tali soggetti non siano legati in alcun modo da un dovere di reciproca correttezza che imponga loro di non porre in essere alcun comportamento che possa danneggiare l'altro (rispetto alla sfera degli interessi suoi propri, che trascende lo specifico bene della vita dedotto in trattativa). Tale obbligo si differenzia rispetto al generale principio di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. in quanto in caso di responsabilità precontrattuale il dovere di buona fede e correttezza è indirizzato verso una ben precisa controparte e non verso la generali-

---

all'obbligo primario di prestazione e rendono l'obbligazione un rapporto complesso.

24 A seguito della *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, nel BGB l'istituto della responsabilità precontrattuale è disciplinato nel § 311, ai commi 2 e 3; in tal modo la responsabilità che nasce per violazione del dovere di buona fede nel corso delle trattative precontrattuali trova oggi nell'ordinamento tedesco fondamento in una previsione legislativa esplicita. Cfr. M. WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2003, 23 ss. In Italia, invece, la norma di riferimento è l'art. 1337 c.c.: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”; per approfondimenti cfr. C. CARNICELLI, *Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione*, in *Giustizia civile*, 2011 fasc. 6, pt. 2, 293 ss.

tà dei consociati<sup>25</sup>.

Partendo da tali considerazioni è agevole assimilare questa situazione a quella che si instaura fra le parti di un rapporto obbligatorio, le quali hanno interesse a che la loro persona o il loro patrimonio non vengano danneggiati dal comportamento dell'altra parte: manca il rapporto obbligatorio, ma l'estensione dell'interesse è la medesima, e per questo la dottrina che abbraccia la teoria degli obblighi di protezione afferma che in tali casi essi sorgono indipendentemente dalla precedente esistenza di un negozio giuridico, proprio perché diversa (e autonoma) è la funzione e diversa (e autonoma) è la fonte da cui promanano.

Allo stesso modo dottrina e giurisprudenza hanno fatto riferimento all'autonomia funzionale e normativa degli obblighi di protezione per affermarne la vigenza anche in un altro caso di contatto, questa volta però non rafforzato da alcuna volontà negoziale indirizzata alla conclusione di un negozio giuridico.

Tale contatto è comunque qualificato da un punto di vista sociale, in quanto si è in presenza di una situazione di affidamento circa le particolari capacità professionali di una delle parti e – quindi – circa l'aspettativa di tutela della propria sfera giuridica soggettiva rispetto ad eventuali lesioni<sup>26</sup>. I soggetti in questo caso non sono legati da alcun rapporto giuridico, e nemmeno intendono esserlo (come invece avviene nel caso della responsabilità precontrattuale)<sup>27</sup>. Si tratta della c.d. responsabilità da contatto sociale qualificato, figura della quale la giurisprudenza si avvale in determinati settori: si pensi all'attività di informazione svolta dal professionista al di fuori dell'adempimento di una spe-

---

25 Per approfondimenti del principio del *neminem non laedere*, cfr. L. TRAMONTANO, R. BORDON, S. ROSSI, *La nuova responsabilità civile, casualità, responsabilità oggettiva, lavoro*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010; G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile, parte generale*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010.

26 L'autore che maggiormente ha trattato l'argomento è Carlo Castronovo, il quale ha osservato che anche in altri contesti può dirsi sussistente quella situazione di affidamento che sorge nel corso delle trattative precontrattuali, e che può essere definita come “l'aspettativa del comportarsi di un soggetto determinato secondo i dettami della diligenza, prudenza, perizia nelle condotte che possono risultare lesive delle situazione soggettive altrui”; cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 679 ss.; dello stesso Autore cfr. anche *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 441 ss.

27 Per questa ragione, pur trattandosi in ogni caso di situazioni di contatto, gli interpreti preferiscono parlare di contatto negoziale in un caso e sociale nell'altro; emblematico, al riguardo è C.W. CANARIS, *Handelsgesetzbuch: 343-382*, De Gruyter, Berlin, 2004, 71 ss.: “*Es muss deshalb genügen, dass dem Bastätigungsschreiben ein (rechts)geschäftlicher Kontakt vorausgegangen ist*”.

cifica prestazione; al danno cagionato al paziente da parte di un medico dipendente di una struttura sanitaria; alla responsabilità dell'insegnante, dipendente scolastico, rispetto al danno subito dall'alunno; alla responsabilità della pubblica amministrazione<sup>28</sup>. In questi casi è la particolare qualificazione professionale di uno dei due soggetti che vengono in considerazione a giustificare il fatto che si possa sostenere che fra di loro si instauri un rapporto obbligatorio *ex lege*, composto dai soli doveri di protezione (e nell'assenza, invece, dell'obbligo primario di prestazione)<sup>29</sup>; ciò in quanto tale condizione fattuale è di per sé sufficiente a ingenerare nella controparte un affidamento circa la competenza del soggetto e – quindi – circa il fatto che egli nello svolgere la propria attività si asterrà dal provocarle un danno alla persona o al patrimonio.

Come si è detto, l'assenza di un rapporto obbligatorio non è l'unica variante che può intervenire qualora si vada ad analizzare l'operatività degli obblighi di protezione; può anche darsi il caso che a subire il danno non sia una delle due parti del negozio o uno dei soggetti tra i quali si instaura un contatto qualificato, ma un terzo estraneo ad entrambe tali situazioni.

La vigenza degli obblighi di protezione anche in queste fattispecie costituisce un'ulteriore conferma della loro necessaria configurazione quali doveri autonomi rispetto alla pattuizione che dà origine al rapporto obbligatorio: se così non fosse non si potrebbe affermarne l'esistenza rispetto a soggetti diversi dai contraenti, in quanto nel sistema italiano vige il principio di relatività degli effetti contrattuali<sup>30</sup> per cui con l'atto di autonomia privata le parti possono di-

---

28 Per un'analisi più approfondita di tali fattispecie e della relativa casistica, si rinvia al capitolo IV, sezione I. Si segnala, con particolare riferimento alla responsabilità della Pubblica amministrazione da contatto sociale qualificato, F. CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Giuffrè, Milano, 2011, 127 ss.; F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *I Contratti*, 2012, fasc. 4, 238 ss., nota a Cass. sez. I civ. 20 dicembre 2011, n. 27648.

29 Si noti come nei casi di responsabilità dell'insegnante e del medico, dipendenti rispettivamente dell'istituto scolastico e della struttura sanitaria, in realtà sussiste un rapporto obbligatorio che vincola il professionista a svolgere la propria prestazione (in modo da non recare danno); tuttavia, tale rapporto non intercorre con la parte danneggiata, bensì con l'ente scolastico o ospedaliero. Come si è visto nel precedente capitolo IV, sezione I, la giurisprudenza non ricorre quindi a tale negozio per fondare la responsabilità del professionista, interpretandolo estensivamente o configurandolo come contratto con effetti protettivi verso terzi (figura di cui si è trattato nel precedente capitolo II), preferendo invece ricorrere alla teoria del contatto sociale.

30 Sul tema della relatività del rapporto contrattuale, come fattispecie originata dalla pattuizione bi- o multilaterale, escludente l'efficacia rispetto a soggetti che non dispongono con atto di volontà delle proprie situazioni giuridiche soggettive e sul valore del rapporto come atto di disposizione, privo di efficacia *ultra partes*, cfr. ad



sporre solo dei propri interessi, non essendo ammissibile un potere (atipico e ad efficacia immediata) di dare vita a conseguenze giuridiche – seppure favorevoli – in capo ai terzi<sup>31</sup>.

La trattazione degli obblighi di protezione in riferimento ai terzi consente quindi anche in questo caso di affermare che tali obblighi sorgono sulla base dei principi generali di buona fede e di solidarietà sociale, che arricchiscono in modo automatico e necessario il rapporto contrattuale. Non si tratta però di consentire al soggetto terzo di potersi avvalere della disciplina di natura contrattuale solo perché questa si presenta per lui come maggiormente favorevole; tale apertura consegue invece alla constatazione che determinati terzi si pongono in una relazione di particolare vicinanza rispetto alle parti contrattuali, assumendo una posizione ad esse assimilabile. Sarebbe allora un'ingiustificata disparità di trattamento quella di offrire, a fronte di una medesima situazione di lesione (originata da "contiguità"), strumenti di tutela più incisivi per una parte e meno garantistici per l'altra; anche qui la riflessione originata da esigenze contingenti (maggior favore per la responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale) consente di arrivare ad affermare la vigenza degli obblighi di protezione su un piano più generale e sistematico.

Si noti quindi come non sia corretto interpretare l'istituto degli obblighi di protezione come una generalizzazione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. nella sfera del contratto; infatti non si vuole (e nemmeno sarebbe possibile) lasciare alla parte la scelta discrezionale se agire in via contrattuale o extracontrattuale, sulla base di mere considerazioni contingenti di convenienza. Al contrario, si assiste all'espansione della tutela contrattuale in quanto, in fattispecie che presentano un *quid pluris* rispetto ai casi di responsabilità aquiliana, essa risulta più adeguata a tutelare quei terzi che si pongono in una posizione assimilabile a quella delle parti (eventualmente anche per il solo ricorrere di situa-

---

esempio A. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002.

31 Sul tema del contratto a favore di terzo cfr. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 59 ss.; G. LO SCHIAVO, A. MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 2003; S. NARDI, *Sul contratto a favore di terzi*, in *Studium iuris* 2009, fasc. 2, 134 ss. A proposito del contratto a favore di terzi è necessario precisare che il terzo è (e resta) pur sempre terzo, cioè estraneo alla pattuizione. Infatti, bisogna prestare la dovuta attenzione nel distinguere le due posizioni di titolarità che vengono in rilievo all'interno della figura contrattuale in esame: una cosa è la titolarità del diritto, che è pacificamente in capo al terzo, altra cosa è la titolarità del rapporto contrattuale, rispetto al quale le parti restano quelle che hanno raggiunto l'accordo (mentre il terzo, a favore del quale è prevista la prestazione, nemmeno con l'accettazione diventa parte del contratto).

zioni maggiormente qualificate rispetto a quelle che si instaurano fra estranei); data tale assimilabilità, quindi, sarebbe riduttivo trattare *ex art. 2043 c.c.* situazioni che presentano una strutturale contiguità con lo schema di tutela dovuta tra soggetti non estranei, in ragione di un rapporto diversamente fondabile.

Secondo una parte della dottrina che si è interrogata in proposito, lo studio degli obblighi di protezione consentirebbe in ogni caso di mettere ordine nelle categorie sistematiche con le quali l'interprete si trova ad operare, e ciò sarebbe sufficiente a giustificare la vigenza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano<sup>32</sup>; tale ordine porterebbe ad una maggiore chiarezza nell'applicazione degli istituti alle fattispecie che vengono in considerazione nella prassi, consentendo di utilizzare un medesimo regime giuridico per tutte le violazioni che possono verificarsi nel "contesto" di un contratto (sia che riguardino la prestazione, sia che concernano altri aspetti del rapporto giuridico).

Altri autori, invece, sostengono che il duplice vantaggio, in ordine all'onere della prova e alla prescrizione, sia la ragione stessa della teorizzazione della categoria degli obblighi di protezione, in quanto in assenza di un simile beneficio le analisi in materia si trasformerebbero in un mero esercizio logico<sup>33</sup>.

Certamente non trascurabile è il fatto che l'adozione della teoria degli obblighi di protezione comporta per il danneggiato un regime di favore rispetto alla responsabilità extracontrattuale: innanzitutto, si esonera il creditore dalla prova dell'elemento soggettivo sussistente in capo al debitore, il quale sarà invece onerato di dimostrarne l'assenza di dolo o colpa qualora voglia contestare la domanda attorea; inoltre, verrà applicato il termine decennale ordinario di prescrizione<sup>34</sup>.

#### 4. *I tratti essenziali degli obblighi di protezione*

Si è detto quindi che gli obblighi di protezione sono quei doveri che sorgono in capo alle parti di un rapporto (giuridico o sociale qualificato) sulla base dei

---

32 Di tale avviso è L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 195 ss., il quale afferma: "Non sembra esatto ritenere che, se non vi sono profili di convenienza nel regime applicabile, la costruzione della categoria in discorso si riduce ad un mero esercizio logico per l'interprete. Si può facilmente osservare che l'elaborazione degli obblighi di protezione risponde anche ad un'esigenza di natura sistematica".

33 Questa sembra essere in particolare l'impostazione di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1990, vol. XXI.

34 Questione che si è affrontata nell'analisi della giurisprudenza svolta nel precedente capitolo IV.

principi generali di buona fede e di solidarietà sociale, che fanno sì che i soggetti gravati siano tenuti a mantenere indenni la controparte e determinati terzi da eventuali lesioni alla persona o al patrimonio mediamente ricollegabili allo svolgimento della prestazione o che si producono nel contesto dell'affidamento altrimenti instauratosi.

Gli obblighi di protezione, quindi, non incombono solo sulle parti di un rapporto obbligatorio (intendendo con tale denominazione principalmente i contraenti), bensì fanno riferimento ad una categoria più ampia. Categoria che ricomprende, a fondamento dell'individuazione dei soggetti interessati, non solo i vincoli di carattere obbligatorio ma anche ulteriori determinate situazioni in cui, in assenza di un negozio giuridico, si può dire comunque sussistente fra due o più soggetti una relazione qualificata di diversa natura: negoziale, perché le parti sono entrate in contatto per pervenire alla conclusione di un contratto, o sociale, perché le particolari condizioni in cui esse si trovano ad interagire fanno sì che la professionalità dell'una comporti l'insorgere dell'affidamento nell'altra.

La fonte di tali doveri è da individuare nella legge e, più precisamente, nei principi di buona fede oggettiva (correttezza) e di solidarietà sociale; in tal modo questa categoria di obblighi si pone come autonoma rispetto agli altri rapporti facenti parte del fascio di posizioni giuridiche che individua l'obbligazione, i quali di regola originano dal consenso delle parti. Il fatto che gli obblighi di protezione si inseriscano nell'atto di autonomia privata ha due conseguenze: si arricchisce di significati socialmente rilevanti un atto che quindi non è più da considerarsi meramente indirizzato alla soddisfazione dei particolari interessi delle parti (dando così significato cogente alle due clausole generali citate), e si limita conseguentemente l'estensione dell'autonomia privata in nome di tali interessi.

Il contenuto di tali obblighi è, appunto, di protezione, dal che deriva un ampio spazio di coincidenza con il dovere di *neminem laedere* che impone di non cagionare danno alla sfera giuridica soggettiva di un altro soggetto; il *quid pluris* che caratterizza gli obblighi di protezione rispetto alla norma di cui all'art. 2043 c.c. è però costituito dall'individuazione specifica e privilegiata di determinati soggetti, che emergono dalla massa indistinta dei consociati per porsi in una situazione di maggiore significanza rispetto al danneggiante. È tale posizione qualificata che fa sì che la parte sia tenuta ad una maggiore cautela verso la controparte, per fare in modo che la sua persona o il suo patrimonio non subiscano danno.

Come si è visto, la teorizzazione degli obblighi di protezione ha investito diverse tematiche di ordine generale, comportando il ripensamento di talune impostazioni che risalivano al diritto romano. Tutto ciò quale conseguenza del-

la concezione degli *Schutzpflichten* come figura autonoma, sia dal punto di vista funzionale che normativo, rispetto al negozio e all'atto di autonomia che vi dà origine. Sotteso alla figura degli obblighi di protezione, così come risulta delineata dallo studio di dottrina e giurisprudenza, è allora possibile individuare un conferimento di significato cogente alle clausole generali preposte alla tutela solidaristica dei consociati, anche nei rapporti tra privati, che può essere individuato come la prima base delle modificazioni del paradigma obbligatorio riassumibili nell'istituto degli obblighi di protezione.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.*, I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi, Quaderni del Gruppo di Pisa, Giappichelli, Torino, 2007.
- Adamo G.*, Clausole di esonero da responsabilità extracontrattuale, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 2001 fasc. 2, 221 ss.
- Adolphsen J.*, Haftungsrechtliche Aspekte der veterinärmedizinischen Kaufuntersuchung von Pferden Versicherungsrecht-Aufsätze, 1. September 2003, Aufsätze; Heft 25; Pg.1088.
- Adriano G.C.*, Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile, in *La Responsabilità Civile*, 2012 fasc. 4, 245 ss.
- Alexy R.*, A theory of constitutional rights, Oxford University Press, 2010.
- Alexy R.*, Teoria dei diritti fondamentali, Il Mulino, Bologna, 2012.
- Allee J. S.*, Product liability, Alm, New York, 2011.
- Alpa G.* (a cura di), La responsabilità civile, parte generale, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010.
- Alpa G., Bessone M.*, La responsabilità civile, Giuffré, Milano, 2001.
- Alpa G., Bessone M., Toriello F.*, La responsabilità del produttore Giuffré, Milano, 1999.
- Alpa G.*, Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'articolo 2054, ultimo comma, codice civile, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1975.
- Alpa G.*, Introduzione al diritto dei consumatori, Laterza, Roma, 2008.
- Alpa G.*, La certezza del diritto nell'età dell'incertezza, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- Annunziata G.*, La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta, Cedam, Padova, 2008, 301 ss.
- Arangio Ruiz V.*, Istituzioni di diritto romano, Jovene, Napoli, 1977, 285 ss.

- Baggio S.*, La responsabilità della struttura sanitaria, Giuffré, Milano, 2008.
- Barbero D.*, Il sistema del diritto privato, UTET, Torino, 1993.
- Barcellona M.*, La responsabilità extracontrattuale: danno ingiusto e danno non patrimoniale, UTET, Torino, 2011.
- Barcellona M.*, Trattato della responsabilità civile, UTET, Torino, 2011, 65 ss.
- Bastianon S.*, La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea, Giuffré, Milano, 2012.
- Batà A., Spirito A.* (a cura di), Osservatorio di legittimità, Rassegna di giurisprudenza della Corte di cassazione, in Danno e responsabilità, 2002, fasc. 2, 201 ss.
- Belli G.*, Sorveglianza degli incapaci e responsabilità del custode, in La Responsabilità Civile, 2011 fasc. 12, 848 ss.
- Benacchio G.*, Diritto privato della Unione europea, Cedam, Padova, 2008, 167 ss.
- Benatti F.*, Doveri di protezione, in Digesto discipline. privatistiche, Sezione civile, VII, Torino, 1991, 227 ss.
- Benatti F.*, La responsabilità precontrattuale, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.
- Benedetti A.*, Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti, Giappichelli, Torino, 2002.
- Bessone M.* (a cura di), Istituzioni di diritto privato, Giappichelli, Torino, 2012, 1031 ss.
- Bessone M.*, Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità,, in Il foro italiano parte V, 1979 fasc. 2, pp. 49 ss.
- Bessone M.*, Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza, in Rivista di diritto commerciale, 1974, I, 323 ss.

- Bessone M.*, Responsabilità per negligenze e teoria dell' illecito (del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica), in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974 fasc. 2, 548 ss.
- Betti E.*, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffré, Milano, 1955, 84 ss.
- Bianca M.*, Dell'inadempimento delle obbligazioni, in *Commentario Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- Bianca M.*, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 1984.
- Bianca M.*, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Giuffré, Milano, 1990.
- Bianca M.*, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffré, Milano, 2012.
- Bianca M.*, *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Giuffré, Milano, 1990.
- Bigliazzi Geri L.*, Note in tema di interpretazione secondo buona fede, Pisa, 1970, 14 ss.
- Bilancetti M.*, *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2010.
- Bobbio N.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2011.
- Bobbio N.*, Über den Begriff "Natur der Sache", in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 44, 1958, pp. 305 ss. (anche in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 197 ss.).
- Breccia U.*, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffré, Milano, 1968.
- Cabella Pisu L.*, Le clausole di esonero da responsabilità, in *Trattato di diritto civile diretto da P. Rescigno*, IX, UTET, Torino, 1984, 227 ss.
- Cacace S.*, I danni da (mancato) consenso informato, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010 fasc. 7-8, pt. 1, 790 ss., Nota a Cass. sez. III civ. 9 febbraio 2010, n. 2847.

- Callipari N.*, Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria, Giuffr , Milano, 2012.
- Calusi V.E.*, In tema di trattative e responsabilit  precontrattuale, Rivista trimestrale di diritto processuale civile, 1956, 470 ss.
- Calvo R.*, L'equit  nel diritto privato, individualit  valori e regole nel prisma della contemporaneit , Giuffr , Milano, 2010.
- Campione R.*, Condotta autolesiva dell'allievo e regole di responsabilit  nella giurisprudenza di merito: spunti per una ricostruzione alternativa, in Famiglia e diritto, 2009 fasc. 12, 1168 ss., nota a Trib. Bari 24 aprile 2009, n. 1667; Trib. Milano 21 aprile 2009, n. 5223.
- Canaccini A., Castro S.*, Caduta della studentessa dal balcone di un albergo: struttura ospitante responsabile per cose in custodia. L'allievo deve provare di aver partecipato alla gita la Pa dimostrare che il fatto doloso fosse inevitabile, in Guida al Diritto, 2012 fasc. 11, 25 ss..
- Canaris C.W.*, Anspruche wegen "positive Vertragsverletzungen" und "Schutzwirkung fur Dritte" bei nichtigen Vertragen, Claus-Wilhelm Canaris gesammelte Schriften, de Gruyter, Berlin, 2012, 669 ss.
- Canaris C.W.*, Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Monaco, 1983, 45 ss.
- Canaris C.W.*, Handelsgesetzbuch: 343-382, De Gruyter, Berlin, 2004, 71 ss.
- Canaris C.W.*, La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Cedam, Padova, 2003.
- Canaris C.W.*, Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (traduzione italiana a cura di Di Majo e Marella), in Rivista critica del diritto privato, 1983, 802 ss..



- Candian A., Gambaro A., Pozzo B.*, Property: Corso di diritto privato comparato, Cedam, Padova, 1992.
- Cannata C.A.*, L'inadempimento delle obbligazioni, Cedam, Padova, 2008.
- Cannata C.A.*, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, in *Iura*, XLIII, 1992, 31 ss.
- Cannata C.A.*, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (Materiali per un corso di diritto romano), Libreria editrice Torre, Catania, 1996.
- Capecchi M.*, Il nesso di causalità dalla teoria condizionalistica alla responsabilità proporzionale, Cedam, Padova, 2012.
- Capodanno M.*, L'interpretazione del contratto, Cedam, Padova, 2006.
- Carbone E.*, Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico-sanitaria, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011 fasc. 12, pt. 1, 1253 ss. (nota a Cass. sez. III 13 luglio 2011, n. 15386).
- Carnelutti F.*, Teoria generale del diritto, in *Biblioteca del foro italiano*, Roma, 1951, 172 ss.
- Carnicelli C.*, Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione, in *Giustizia civile*, 2011 fasc. 6, pt. 2, 293 ss.
- Carresi F.*, In tema di responsabilità precontrattuale, *Temi*, 1965, 458 ss.
- Casciaro G., Santese P.*, Il consenso informato, Giuffrè, Milano, 2012.
- Casciaro G., Santese P.*, Il consenso informato, Giuffrè, Milano, 2012.
- Cassano G.*, Danno esistenziale, e così sia!, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2001 fasc. 3, 1052 ss.
- Castronovo C.*, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 2006.
- Castronovo C.*, La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, in *Europa e diritto privato*, 2011 fasc. 1, 55 ss.

- Castronovo C.*, Obblighi di protezione e tutela del terzo, in *Jus* 1976, 158 ss.
- Castronovo C.*, Obblighi di protezione, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1990, vol. XXI.
- Castronovo C.*, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffr , Milano, 1979.
- Castronovo C.*, Ritorno all'obbligazione senza prestazione, in *Europa e diritto privato*, 2009, 679 ss.
- Cattaneo G.*, *Della mora del creditore*, Zanichelli, Bologna, 1974.
- Cattani M.*, Puntualizzazioni sullo ius variandi del datore di lavoro e sulla sua limitazione, desumibile dalle declaratorie contrattuali, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006 fasc. 2, pt. 1, 381 ss. (nota a Cass. sez. lav. 12 gennaio 2006, n. 425).
- Ceccherini G.*, *Responsabilit  per fatto degli ausiliari: clausole di esonerazione*, Giuffr , Milano, 2003.
- Cendon P.* (a cura di), *Il quantum nel danno esistenziale: giurisprudenza e tabelle*, Giuffr , Milano, 2003, 99ss.
- Cendon P.*, *Commentario al codice civile*, Giuffr , Milano, 2009, 110 ss.
- Chapman M.*, *The Snail and the Ginger Beer, The singular case of Donoghue vs Stevenson*, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2009.
- Checchini L.*, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Cedam, Padova, 1977.
- Childress D.E.*, Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions, in *Duke Law Journal*, Vol. 53, 2003, 193 ss.
- Cian G.*, *Antigiuridicit  e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, Cedam, 1966.
- Cian G.*, La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitariet  e pluralit  degli statuti (Relazione svolta al Convegno di studio in onore del prof. A. Falzea "Sci-

- enza e insegnamento del diritto civile in Italia”, Messina, 4-7 giugno 2002), in *Rivista di diritto civile*, 2002, fasc. 4, 491 ss.
- Cian G.*, Significato e lineamenti della riforma dello “Schuldrecht” tedesco, in *Rivista di diritto civile*, 2003 fasc. 1, pt. 1, 1 ss.
- Ciatti A.*, Responsabilità del notaio e testamento invalido, *Contratto e impresa/Europa* 1-2010, 26 ss.
- Cicero C.*, Negozio sul diritto altrui e giusto titolo, *Rivista del notariato* 2010, fasc. 2, 313 ss.
- Cimbali F.*, *La responsabilità da contatto*, Giuffré, Milano, 2011, 127 ss.
- Cimmino N.A.*, *La trascrizione immobiliare*, Giuffré, Milano, 2012.
- Collins H.*, *The law of contract*, LexisNexis Butterworths UK, 2003.
- Consolo C.*, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2011, 121 ss.
- Consorte F.*, Intervento della Corte EDU sull’interruzione della gravidanza: legislazione Polonia, (Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. IV 26 maggio 2011 (R.R. c. Polonia)), in *Rivista italiana di medicina legale*, 2012, fasc. 1, 291 ss.
- Cooke J.*, *Law of tort*, LexisNexis, 2007, 250 ss.
- Corea N.*, La responsabilità dei genitori secondo una recente pronuncia della Cassazione, in *La Responsabilità Civile*, 2007 fasc. 10, 798 ss.
- Cuffaro V.*, *Codice del consumo*, Giuffré, Milano, 2012.
- Cuffaro V.*, Responsabilità precontrattuale, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1270 ss.
- Cursi M.F.*, *Iniuria cum danno: antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, Giuffré, 2002.
- D’Albertis E.A.*, Brevi note sull’ efficacia nei confronti dei terzi delle clausole di esonero della responsabilità contrattuale inserite nel

contratto di locazione, in *Giurisprudenza di merito*, 1973 fasc. 2, 221 ss; nota a sentenza, *App. Napoli* 24 gennaio 1969.

*D'Amico G.*, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996.

*D'Apollo L.* (a cura di), *La responsabilità del medico*, Giappichelli, Torino, 2012, 121 ss.

*Dalla D., Lambertini R.*, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2001.

*Dalla Massera T.*, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004.

*De Cristofaro M.*, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 1994 fasc. 4, 567 ss.

*De Geest G.* (a cura di), *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. VI, Elgar, Cheltenham, 2011.

*De Luca N.*, *Revoca della fideiussione e obblighi di buona fede della banca*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004 fasc. 5, pt. 2, 524 ss., nota a *Cass. sez. I*, 7 novembre 2003, n. 16705.

*De Vergottini G.*, *Oltre il dialogo fra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

*Dean M.*, *Removing a blot on the landscape – the reform of the doctrine of privity*, in *Journal of Business Law*, 2000, 143 ss.

*Delfino R.*, *Il “Contracts (Right of Third Parties) Act 1999” nel diritto inglese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001 fasc. 2, 467 ss.

*Dell'Aquila E.*, *La correttezza nel diritto privato*, Giuffré, Milano, 1980.

*Della Negra F.*, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *I Contratti*, 2012 fasc. 4, 238 ss.

*Dellacasa M.*, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Rivista di diritto privato*, 2007 fasc. 3, 553 ss.

- Di Majo A.*, Delle obbligazioni in generale, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 1 ss.
- Di Majo A.*, La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania, in Europa e diritto privato, 2004 fasc. 2, 354 ss.
- Di Majo A.*, La protezione del terzo tra contratto e torto, in Europa e diritto privato, 2000, 1 ss.
- Di Majo A.*, La responsabilità contrattuale, Giappichelli, Torino, 2007.
- Di Majo A.*, Le tutele contrattuali, Giappichelli, Torino, 2009, 85 ss.
- Di Majo A.*, Obbligazione, Diritto tedesco, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1990, vol. XXI.
- Di Marzio F.*, La nullità del contratto, Cedam, Padova, 2008.
- Di Robilant A., Mattei U.*, International style e postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche, in Rivista critica del diritto privato, 2001 fasc. 1, 89 ss.
- Di Ronza P.*, Elemento probatorio, indizio e massime di esperienze (Nota a Trib. Roma 7 dicembre 1977), in Giurisprudenza di merito, 1979 fasc. 1, 116 ss.
- Di Tramontano L., Bordon R., Rossi S.*, La nuova responsabilità civile. Casualità. Responsabilità oggettiva. Lavoro, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010, 245 ss.
- Dilcher H.*, Schuldrecht. Besonderer Teil: In Programmierter Form, De Gruyter Lehrbuch, Berlin, 1982, 472 ss.
- Donà G.*, voce Notariato e archivi notarili, in Nuovo Digesto Italiano, 1939, vol. VIII, p. 1067, n. 57.
- Dona V.*, Urgenza di una obbiettiva informazione ed educazione del consumatore, in Rassegna di diritto e tecnica dell'alimentazione, 1970 fasc. 11-12, 656 ss.
- Eisenhardt U.*, Deutsche Rechtsgeschichte, Verlag C.H. Beck, München, 2004.

- Esser J., Schmidt E.*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, Heidelberg - Karlsruhe, 1976.
- Facci G.*, Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una "trappola" per il sanitario, in *La Responsabilità Civile*, 2006 fasc. 6, 486 ss.
- Faillace S.*, La responsabilità da contatto sociale, Cedam, Padova, 2004.
- Falcone G.*, Obligatio est iuris vinculum, Giappichelli, Torino, 2003.
- Falzea A.*, Introduzione alle scienze giuridiche, Il concetto del diritto, Giuffré, Milano, 2008, 156 ss.
- Falzea A.*, L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore, Giuffré, Milano, 2011.
- Farolfi F.*, La responsabilità della pubblica amministrazione per il c.d. rischio di servizio, in *La Responsabilità Civile*, 2007 fasc. 12, 1008 ss.
- Fava P.* (a cura di), Le obbligazioni, vol. I, Giuffré, Milano, 2008, 335 ss.
- Favale R.*, La conclusione del contratto: proposta e accettazione, in *Rassegna di diritto civile*, 2011 fasc. 3, 937 ss.
- Feola M.*, La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il "diritto a nascere sano"), in *Diritto e giurisprudenza*, 2010 fasc. 1, 9 ss.
- Ferrante A.*, La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore, Giuffré, Milano, 2008.
- Ferrario A.*, Il danno da nascita indesiderata, Giuffré, Milano, 2011.
- Ferrario A., Mariotti P., Serpetti A.*, La responsabilità medica. Questioni processuali, Giuffré, Milano, 2010.
- Ferraro M.G.*, Sulla rilevanza dell'art. 2236 c.c. ai fini della configurabilità della colpa professionale del medico, in *Cassazione penale*, 2012 fasc. 6, 2077 ss..

- Fikentscher W., Heinemann A.*, Schuldrecht, De Gruyter, Berlin, 2006, 322 ss.
- Franzoni M.*, Dei fatti illeciti, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1993, 12 ss.
- Franzoni M.*, Il contatto sociale non vale solo per il medico, in Responsabilità civile e previdenza, 2011 fasc. 9, 1693 ss.
- Franzoni M.*, La responsabilità del medico fra diagnosi, terapia e dovere di informazione, in Ragiusan, 2006 fasc. 263-264, 300 ss.
- Galati A.*, Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c, in Danno e responsabilità, 2012 fasc. 10, 933 ss.
- Galgano F., Visintini G.*, Art. 1372-1405 cod. civ., Effetti del contratto, in Commentario Scialoja Branca, , Zanichelli, Bologna 1993, vol. XXXIV, 388 ss.
- Gallo P.*, Le fonti delle obbligazioni, UTET, Torino, 2008.
- Gambaro A.*, Il diritto di proprietà, Giuffrè, Milano, 1995.
- Gambini M.*, Fondamento e limiti dello ius variandi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.
- Garofalo L.* (a cura di), Trattato delle obbligazioni, vol. III, Cedam, Padova, 2008.
- Garofalo L.*, Trattato delle obbligazioni, Vol. I, La struttura e l'adempimento, Tomo III, Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali, Cedam, Padova, 2010.
- Gavazzi L.*, La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: breve excursus sulle evoluzioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la materia, in Responsabilità civile e previdenza, 2011 fasc. 12, 2533 ss..
- Gazzoni F.*, Manuale di diritto privato, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

- Gernhuber J.*, Das Schuldverhältnis, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, 111 ss.
- Gernhuber J.*, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Festschrift für Nikisch, 1958.
- Gernhuber J.*, Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, Mohr, Tübingen 1989, 460 ss.
- Ghera E.*, Il contratto tra natura negoziale e di fonte normativa, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012 fasc. 2, pt. 1, 195 ss.
- Gianformaggio L.*, voce Analogia, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. I, UTET, Torino, 1987, 327 ss.
- Giardina F.*, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?, in *Rivista critica diritto privato*, 1987, 79 ss.
- Giardina F.*, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale, Giuffrè, Milano, 1993.
- Giovagnoli R.*, La responsabilità extra e pre-contrattuale della P.A., Giuffrè, Milano, 2009, 667 ss.
- Goldmann E., Lilienthal L.*, Das BGB, systematisch dargestellt - Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1903, S. 333 ss.
- Gometz G.*, La certezza giuridica come prevedibilità, Giappichelli, Torino, 2005.
- Grande E.*, Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli, Giappichelli, Torino, 2000.
- Grasso G.*, Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie, Giuffrè, Milano, 1983.
- Graziuso E.*, La tutela del consumatore contro le clausole abusive, Giuffrè, Milano, 2010.
- Greco G.*, Formazione di contratto nullo e responsabilità extracontrattuale, Temi, 1952, 467 ss.



- Grisi G.*, La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento, in *Rivista di diritto civile*, 2010 fasc. 1, pt. 1, 69 ss.
- Grundmann S., Kerber W., Weatherill S.*, Party autonomy and the role of information in the internal market, de Gruyter, Berlin, New York, 2001.
- Grundmann S.*, Risarcimento del danno contrattuale. Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa, in *Diritto e giurisprudenza*, 2005, fasc. 2, 169 ss.
- Gschnitzer F.*, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Recht, Springer-Verlag, Wien, 1992, 461 ss.
- Harpwood V.P.*, Modern tort law, Cavendish, London, 2009.
- Harpwood V.P.*, Principles of tort law, Cavendish, London, 2000.
- Heck P.*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1914.
- Himmelschein J.*, Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen, in *Arch. Civ. Pr.*, 135, 1932, 255.
- Hubner U.*, Vertrag mit Schutzwirkung für dritte und Ersatz von Vermögensschäden, in *VersR* 1991.
- Iannone R.F.*, Danno cagionato dall'alunno a se stesso: responsabilità civile dei precettori e dell'istituto scolastico, in *Il Foro italiano*, 2010 fasc. 9, pt. 1, 2390 ss.
- Iannone R.F.*, La responsabilità da contatto sociale dell'insegnante nelle ipotesi di danno autoinferto dall'alunno, in *La Responsabilità Civile*, 2010 fasc. 12, 845 ss.
- Izorche M.L.*, Gli effetti del contratto sui terzi: l'esperienza francese, in *Europa e diritto privato*, 2001 fasc. 4, 863 ss.
- Kren Kostkiewicz J., Schwander I., Wolf S.*, ZGB: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Verlag, 2006.
- La Torre A.*, La finzione nel diritto (Lezione svolta per l'inaugurazione dell'anno accademico 1999-2000 nel "polo didattico" di Reggio

Calabria, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catanzaro, 8 novembre 1999), in *Rivista di diritto civile*, 2000 fasc. 3, pt. 1, 315 ss.

*Lambo L.*, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007.

*Lanotte A.*, Responsabilità del tour operator e obblighi di protezione, in *Il Foro italiano*, 2008, fasc. 4, pt. 1, 1211 ss., nota a Cass. sez. III civ. 27 giugno 2007, n. 14837. Si ricorda comunque che la materia è stata regolata dalla direttiva n. 90/314, attuata dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 111.

*Larenz K.*, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.H. Beck, Munchen, 1982.

*Larenz K.*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin, 1995, 299 ss.

*Lepre A.*, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie, Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Giuffré, Milano, 2011.

*Leser H.G.*, *Der Rucktritt vom Vertrag*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

*Libertini M.*, Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in *Contratto e impresa*, 2009 fasc. 1, 73 ss.

*Lipari N.*, Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?, in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 21 ss.

*Lipari N.*, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali, in *I Contratti*, 2010 fasc. 7, 704 ss.

*Liserre A.*, In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro, in *il Corriere giuridico*, 2010 fasc. 3, 369 ss.

- Lo Schiavo G., Marrese A.*, Il contratto a favore di terzi, Giuffré, Milano, 2003.
- Lombardi Vallauri L.*, La scienza giuridica come filosofia del diritto, Teorema, Firenze, 1974, vol. I, 94 ss.
- Lombardi Vallauri L.*, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Giuffré, Milano 1975.
- Lopez de Onate F.*, La certezza del diritto, Giuffré, Milano, 1968.
- Lorello L.*, La tutela del legittimo affidamento fra diritto interno e diritto comunitario, Giappichelli, Torino, 1998.
- Macchiarelli E.*, Concetto razionale e positivo della fictio iuris, Vallardi, Milano, 1984.
- Maffei D.*, Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizione, in *Rivista di diritto privato*, 2001 fasc. 3, 653 ss.
- Maggiolo M.*, Il risarcimento della pura perdita patrimoniale, Giuffré, Milano, 2003.
- Maggiolo M.*, Inadempimento e oneri probatori. (Intervento al convegno per il cinquantenario della Rivista sul tema: “Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?”, Treviso, 23-25 marzo 2006), in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 165 ss.
- Mantovani F.*, Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004 fasc. 4, 984 ss.
- Markesinis B.*, Five days in the House of Lords: some comparative reflections on *White v. Jones*, *Torts Law Journal* 1995, 169 ss.
- Marseglia C.*, Rottura brutale del credito e responsabilità della banca, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008 fasc. 1, pt. 2, 86 ss.
- Mattei U.*, *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

- Mazzamuto S.*, Libertà contrattuale e utilità sociale, in *Europa e diritto privato*, 2011 fasc. 2, 365 ss.
- Mazzotta O.*, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 408 ss.
- Medicus D.*, *Bürgerliches Recht*, Heymann, Berlin, 2007.
- Medicus D.*, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.
- Menga C.*, Il labile confine tra culpa in vigilando e culpa in educando, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010 fasc. 11, 2290 ss.
- Mengoni L.*, Responsabilità contrattuale, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1073 ss.
- Mengoni L.*, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.
- Menichino C.*, Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005 fasc. 2, 54 ss.
- Menini A.*, I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007 fasc. 3, pt. 1, 363 ss., nota a Cass. sez. III civ. 29 aprile 2006, n. 10030.
- Mentschikoff S., von Caemmerer E., Zweigert K.*, *Ius privatum gentium*, Festschrift für Max Rheinstein, Band II, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, 672 ss.
- Menzella R.*, In tema di responsabilità dei genitori, in *Il Foro italiano*, 2008 fasc. 10, pt. 1, 2883 ss..
- Merusi F.*, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970.
- Micheli G.A.*, *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942.
- Micklitz H.W., Reich N., Rott P.*, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerp Oxford Portland, 2009, 45 ss.

- Miotto G.P.*, Il nascituro e la responsabilità aquiliana ovvero della possibile diacronia di condotta illecita ed avveramento del danno, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998 fasc. 4-5, 1120 ss.
- Moneta G.*, Note in tema di responsabilità civile del personale scolastico statale dopo la legge n. 312 del 1980, in *Giurisprudenza italiana*, 1988 fasc. 3, pt. 1, 49 ss.
- Monfeli T.*, La riforma della privity of the contract nella common law inglese, in *Europa e diritto privato*, 2000 fasc. 4, 1102 ss.
- Monticelli S.*, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Cedam, Padova, 1995.
- Monticelli S.*, La recuperabilità del contratto nullo, in *Notariato*, 2009, fasc. 2, 174 ss.
- Moro S.M.*, Integrazione del contratto, in *Studium iuris*, 2000 fasc. 9, 989 ss.
- Moscarini L.V.*, Il contratto a favore di terzi, *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 59 ss.
- Nanna M.C.*, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.
- Napoli G.E.*, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2012.
- Napolitano C.*, Eccezione di inadempimento, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006 fasc. 10, 829 ss.
- Nardelli S.*, Domanda nuova nel passaggio dall'art. 2049 all'art. 2050 c.c.?, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997 fasc. 2-3, 425 ss., nota a Cass. sez. III civ. 8 ottobre 1996, n. 8784
- Nardi S.*, Sul contratto a favore di terzi, in *Studium iuris* 2009, fasc. 2, 134 ss.
- Nasti I.*, Sottrazione e falsificazione di moduli per assegni circolari: responsabilità della banca per inadeguata informazione, in *Danno e responsabilità*, 2000, fasc. 4, 392 ss., nota a Cass. sez. III civ. 18 febbraio 2000, n. 1859.

- Natoli U.*, L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Trattato del diritto civile e commerciale, XVI, Milano, 1984, 18 ss.
- Navarretta E.*, Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma, in Rivista di diritto civile, 2006 fasc. 6, 411 ss.
- Nicolussi A.*, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, in Danno e responsabilità, 2008 fasc. 8-9, 871 ss. (nota a Cass. sez. un. civ. 11 gennaio 2008, n. 577).
- Niro R.*, Art. 41, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), Commentario alla Costituzione, vol. I, UTET, Torino, 2006, 846 ss.
- Nivarra L.*, Lineamenti del diritto delle obbligazioni, Giappichelli, Torino, 2011, cap. VI ss.
- Norelli G.A.*, Indeterminatezza scientifica e ragionevole dubbio: una identità costante nella causalità omissiva?, in Rivista italiana di medicina legale, 2009 fasc. 1, 3 ss.
- Omaggio V.*, Natura della cosa, in Enciclopedia filosofica, vol. VIII, Milano, Bompiani, 2006, 7759 ss.
- Orrù G.*, Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno, Giappichelli, Torino, 1988, 147 ss.
- Osti A.*, Corte europea dei diritti: accelerazione sulla legalizzazione dell'aborto in Irlanda?, in Quaderni costituzionali, 2011, fasc. 1, 156 ss.
- Palazzo A.*, Contratto a favore di terzo e per persona da nominare, in Rivista di diritto civile, 1991 fasc. 2, 177 ss.
- Palmer V.V.*, The paths to privity, a history of third party beneficiary contracts at English law, The lawbook exchange, Clark, New Jersey, 2006.
- Parente F.*, Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione, in Rassegna di diritto civile, 2005, fasc. 4, 1003 ss.
- Perfetti U.*, L'ingiustizia del contratto, Giuffrè, Milano, 2005, 230 ss.

- Perlingieri P.*, Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica, in *Rivista di diritto civile*, 2010 fasc. 3, pt. 1, 31 ss.
- Perlingieri P.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1991.
- Perna T.*, Il debole confine tra responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il "contatto sociale" in ambito scolastico, in *Danno e responsabilità*, 2006 fasc. 11, 1084 ss.
- Perugini S.*, La fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova, in *Giurisprudenza italiana*, 2005 fasc. 7, 1416 ss.
- Pietrobon V.*, *Illecito e fatto illecito*, Cedam, Padova, 1998, 37 ss.
- Pizzetti F.G.*, La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale", in *Giurisprudenza italiana*, 2000 fasc. 4, 740 ss..
- Ponzanelli G.*, *Le clausole di esonero della responsabilità civile: studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1984, 21 ss.
- Pothier R.J.*, *Trattato delle obbligazioni*, Fratelli Vignozzi e nipote, Livorno, 1841, 53 ss.
- Pugliese G.*, Stizia F., Vacca L. (a cura di), *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2012.
- Querci A.*, Responsabilità dell'insegnante e del Ministero della Pubblica Istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso: l'estensione del dovere di vigilanza, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010 fasc. 11, pt. 1, 1162 ss.
- Raape L.*, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1942.
- Rago V.*, Obblighi di informazione del paziente e responsabilità del medico per omessa informazione, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2010 fasc. 2, 165 ss.

- Raimondi E.*, Alcune considerazioni sul licenziamento per superamento del periodo di comporta, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2012 fasc. 1, 172 ss..
- Rang C.*, *Die Haftung des Schuldners fur Dritte: nach gemeinem Recht*, Kessinger, Whitefish, 2010.
- Rescigno P.*, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, 142, 160 ss.
- Riccobono S.*, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Collinet P., de Visscher F. (a cura di), Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, Vanderpoorten & Company*, 1926.
- Rioda M.*, *La responsabilità civile degli insegnanti*, in *Studium iuris*, 2011 fasc. 2, 180 ss.
- Rodotà S.*, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffré, Milano, 2004.
- Rolli R.*, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008
- Roppo V.*, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2001.
- Rossello C.*, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il putò di vista della giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, vol. 2, 1996, 642 ss.
- Rossi E.*, *Art. 2*, in *Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (cur.)*, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, 38 ss.
- Rossi M.*, *Il "semplice" ritardo e la risoluzione per inadempimento*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007 fasc. 4, 327 ss.
- Rossi S.*, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Utet, Torino, *Appendice di aggiornamento V*, 346 ss.
- Sacco R.*, *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1999 fasc. 5, pt. 1, 609 ss.
- Sacco R.*, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2005, 125.
- Sacco R.*, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949.



- Sack R.*, Produkthaftung fuer reine Vermoegensschaeden von Endabnehmern, Versicherungsrecht-Aufsaeetze, 2006, Aufsaeetze; Heft 13, 582.
- Salvi C.*, Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento, in Alpa G., Roppo V. (a cura di), Seminario in onore di Stefano Rodotà, Napoli, 2005, 241 ss.
- Sammarco P.E.*, Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2008 fasc. 6,. 711 ss.
- Sangermano F.*, L'interpretazione del contratto, profili dottrinali e giurisprudenziali, Giuffré, Milano, 2007, 131 ss.
- Santoro A.*, La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali, Giuffré, Milano, 2012.
- Sapone N.*, Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto, in Giurisprudenza di merito, 2007 fasc. 4, pp. 971 ss., Nota a Tribunale Catania 3 maggio 2006.
- Sapone N.*, La responsabilità precontrattuale, Giuffré, Milano, 2008.
- Scaglione F.*, Il mercato e le regole della correttezza, Wolters Kluwer Italia, 2010.
- Schellhammer K.*, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: Samt BGB Allgemeiner Teil, C.F. Muller, Heidelberg, 2008, 598 ss.
- Schenk A.*, Die Pflichtverletzung (Leistungsstörung): Arten und jeweilige Rechtsfolgen nach dem neuen Leistungsstorungsrecht, Grin, 2007.
- Schöller W.*, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miethe und Dienstvertrag nach dem BGB, in Gruchot, 46, 1902, 26 ss.
- Schwab D.*, Einführung in das Zivilrecht, Heidelberg, 1987, 347 ss.

- Schwartz E.*, Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in Archiv für Bürgerliches Recht, I, 1899.
- Schwarze R.*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001, 40 ss.
- Scognamiglio C.*, La nuova responsabilità precontrattuale ed il danno non patrimoniale, in Responsabilità civile e previdenza, 2009, 1450 ss.
- Sebastio G.*, I danni risarcibili nella responsabilità civile, UTET, Torino, 2005.
- Sessler A.*, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994.
- Sicchiero G.* (a cura di), Autonomia contrattuale e diritto privato europeo, Cedam, Padova, 2005.
- Siliquini Cinelli L.*, L'art. 2236 c.c. tra onere probatorio e risarcimento del danno, in Danno e responsabilità, 2010 fasc. 5, 454 ss.
- Somma A.*, Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale: aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale, Giuffrè, Milano, 2000.
- Somma A.*, La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto, in Europa e diritto privato, 2006 fasc. 2, 50 ss.
- Spadafora A.*, La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno, Giappichelli, Torino, 2007.
- Speziale V.*, Le “esternalizzazioni” dei processi produttivi dopo il d.lg. n. 276 del 2003: proposte di riforma, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2006 fasc. 1, 3 ss.

- Stanzione P.* (diretto da), Trattato della responsabilità civile, Cedam, Padova 2012.
- Stapleton J.*, Product liability, Butterworths, London, 1994.
- Staub H.*, Le violazioni positive del contratto, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001; l'edizione in lingua originale è H. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, 1904.
- Steinbock B.*, Life before birth, the moral and legal status of embryos and fetuses, Oxford University Press, New York, 2011.
- Stella G.*, Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni, in Responsabilità civile e previdenza, 2012 fasc. 2, 377 ss.
- Stolfi G.*, Il principio di buona fede, in Rivista di diritto commerciale, I, 1964, 163 ss.
- Stoll H.*, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen, in Archiv für die zivilistische Praxis, Tübingen, 1932.
- Stoll H.*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, in Archiv für die zivilistische Praxis, Tübingen, 1936.
- Symmons C.R.*, The duty of care in negligence: recently espresse policy elements, in The Modern Law Review, Volume 34, Issue 4, 394 ss., July 1971.
- Talamanca M.*, Istituzioni di diritto romano, Giuffré, Milano, 1990.
- Tanzi A., Heck P.*, L'integrazione del sistema giuridico e le sue ragioni, in Sociologia del diritto, 2005, fasc.1, 41 ss.
- Tardia I.*, Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale, in Rassegna di diritto civile, 2004 fasc. 3, 724 ss.
- Terrè F., Simler Y., Lequette P.*, Droit civil. Les obligations, Dalloz, 1999, 509 ss.
- Thiene A.*, Responsabilità del medico, in Studium iuris, 2000 fasc. 5, 595 ss.

- Toriello F.*, Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nell'esperienza inglese, in *Contratto e impresa. Europa*, 2000 fasc. 1, 80 ss.
- Tramontano L., Bordon R., Rossi S.*, La nuova responsabilità civile, casualità, responsabilità oggettiva, lavoro, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010.
- Trimarchi G.*, Il contratto a favore del terzo, in *Notariato*, 2000 fasc. 6, 576 ss.
- Turco C.*, *Lezioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 279 ss.
- Uda G.M.*, Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1990, fasc. 5-6, 30 ss.
- Vedovato L.*, Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004 fasc. 2, 400 ss.
- Venchiarrutti A.*, Responsabilità per danni cagionati dall'infermo di mente, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009 fasc. 1, pt. 1, 61 ss., nota a Cass. sez. III civ. 20 giugno 2008, n. 16803.
- Venosta F.*, Profili della disciplina dei doveri di protezione, in *Rivista di diritto civile*, 2011 fasc. 6, pt. 1, 839 ss.
- Venturelli A.*, Il momento preclusivo dell'adempimento ritardato, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008 fasc. 3, 246 ss.
- Venturelli A.*, Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048, secondo comma, c.c., in *Danno e responsabilità*, 2004 fasc. 11, 1098 ss.
- Verucci S.*, Clausole vessatorie e tutela del consumatore. Oltre la formalità della dichiarazione, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009 fasc. 3, 588 ss.
- Vicentini U.*, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Cedam, Padova, 2000, 78 ss.
- Viganò P.*, *Limiti e prospettive del consenso informato*, Franco Angeli, Milano, 2008.

- Villa G.*, Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica, in *Rivista di diritto civile*, 2002 fasc. 5, pt. 2, 70 ss.
- Viola L.* (a cura di), *L'inadempimento delle obbligazioni, accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Cedam, Padova, 2010, 149 ss..
- Viola L.* (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova, 2009.
- Viola L.*, *Inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2010.
- Visintini G.* (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Visintini G.* (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2009.
- Visintini G.* (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale, I*, Cedam, Padova, 2009, 92 ss.
- Visintini G.*, *Inadempimento e mora del debitore: artt. 1218-1222*, Giuffrè, Milano, 1987.
- Visintini G.*, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Cedam, Padova, 1965.
- von Bülow O.*, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig (Duncker & Humblot), 1885.
- von Jhering R.* (traduzione di Luigi Bellavite), *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Pirota, Milano, 1855.
- von Staudingers J.*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter, Berlin, 2005, 18 ss.
- Wolf M.*, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2003, 23 ss.
- Zauli F.*, *Intervento di routine: il giudice esige che sia infallibile*, in *La Responsabilità Civile*, 2008 fasc. 6, 550 ss., Nota a Cass. sez. III civ. 26 giugno 2007, n. 14759.
- Ziegler H.B., Phillip J.*, *Impotenz durch Behandlungsfehler - geht der Partner leer aus? Aufsätze; Heft 4; S. 181.*

*Zoppini A.*, Fonti del diritto privato, concorrenza tra ordinamenti giuridici e riforma del diritto delle obbligazioni (note minime), in *Rivista di diritto civile*, 2006 fasc. 6, 123 ss.

*Zweigert K., Kotz H.*, *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2011, 164 ss. e 206 ss.