



LA COOPERAZIONE MANCATA: SOPRAVVENUTA IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE E IMPUTABILITÀ DELL'INADEMPIMENTO*

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO E MARIA FEOLA**

SOMMARIO: 1. Buona fede contrattuale e correttezza nella conformazione del rapporto obbligatorio e nella ricostruzione della fattispecie dell'inadempimento. – 2. *Segue*. La distinzione tra buona fede e correttezza ai fini dell'inadempimento. Obblighi di protezione e rimedi in concreto esigibili. – 3. I profili strutturali e funzionali dei torti contrattuale e extracontrattuale. La responsabilità per inadempimento nel modello franco-italiano. La “relativizzazione” della nozione di impossibilità oggettiva sulla base del concreto rapporto obbligatorio e della clausola di buona fede. – 4. La critica alla tesi del Barassi, alla nozione di impossibilità “soggettiva” e all'apparente antinomia tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. Inadempimento e diligenza nell'adempimento nei diversi tipi di cooperazione dovuta. – 5. Le critiche di Giuseppe Osti e le incomprensioni del pensiero bettiano. Il superamento del concetto di impossibilità assoluta e la nozione oggettiva di imputabilità dell'inadempimento. – 6. *Segue*. I limiti al criterio della colpa e l'emersione di un modello oggettivo di imputazione nel campo della responsabilità da inadempimento. La diligenza quale criterio obiettivo e generale. – 7. La critica della partizione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” ai fini di un'unitaria disciplina dell'inadempimento. Il tema dell'onere della prova. – 8. Le convergenze nel pensiero di Betti, Osti e Mengoni e la ricezione da parte delle Sezioni Unite (n. 13533 del 2001). I principi di «vicinanza della prova» e di «presunzione di persistenza del diritto» anche in tema di adempimento inesatto. – 9. *Segue*. L'ulteriore intervento delle Sezioni Unite (n. 577 del 2008). L'allineamento ai principi comuni in tema di inadempimento anche per le obbligazioni di fare. Onere della prova e accollo, al debitore, della causa ignota. – 10. Il censurabile *revirement* della Terza Sezione civile e la strana regola dell'inadempimento ... extra-contrattuale per colpa del debitore (assicurato). Causa incerta e prova del rapporto di “casualità” materiale. – 11. *Segue*. Le ulteriori anomalie tecnico-giuridiche della “sentenza Scoditti”. La confusione tra le responsabilità contrattuale e delittuale, tra inadempimento (dell'obbligazione “di mezzi”) e colpa, tra causalità “giuridica” e “materiale”. – 12. *Segue*. Il regresso rispetto alla giurisprudenza sulle prestazioni c.d. routinarie. La violazione dei *dicta* delle Sezioni Unite e della riforma della responsabilità sanitaria.

1. Nella ricostruzione della fattispecie dell'inadempimento gioca, nel pensiero di Emilio Betti, il ruolo preminente assegnato alla «buona fede contrattuale»¹ rispetto alla correttezza ed alla diligenza nella conformazione della struttura e della funzione di un rapporto

* Questo contributo, che riproduce il titolo del § 6 dell'opera di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, pp. 8 e 107 ss., costituisce la relazione tenuta al Convegno «L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa», organizzato dall'Associazione Dottorati di Diritto Privato, dalla Scuola di Giurisprudenza e dalla Scuola di specializzazione in Diritto civile presso l'Università degli Studi di Camerino (5-8 settembre 2018).

** Antonino Procida Mirabelli di Lauro è autore, in via esclusiva, del testo e delle note dei §§ 1-6 e 10-12. Maria Feola è autrice, in via esclusiva, del testo e delle note dei §§ 7-9.

¹ Così, E. BETTI, *op. cit.*, p. 69.



obbligatorio inteso come «impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui»². La regola della buona fede, richiesta nella interpretazione (art. 1366 c.c.) e nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), quindi in ordine al comportamento che il debitore deve tenere per adempiere l'obbligazione, «abbraccia la totalità del contegno di cooperazione dovuto dall'una parte all'altra nel rapporto obbligatorio, e ha la finalità di soddisfare appieno l'interesse del creditore»³.

In presenza della molteplicità e dell'eterogeneità delle accezioni che il codice attribuisce alla buona fede, l'esimio Autore afferma che bisogna distinguere nettamente dalle altre nozioni la buona fede alla cui stregua deve essere condotta l'interpretazione e deve essere giudicata l'esecuzione di un contratto⁴. Da qui una nitida distinzione strutturale e funzionale della buona fede contrattuale dal dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) che deve informare i comportamenti del debitore e del creditore. Mentre la correttezza imporrebbe «normalmente solo doveri di carattere negativo»⁵, tutelando l'interesse «alla integrità della propria sfera giuridica»⁶, la buona fede contrattuale attribuirebbe «obblighi di carattere positivo», consistendo in un «atteggiamento di fattiva cooperazione che porta ad adempiere l'altrui aspettativa con un positivo contegno proprio, da spiegare nell'interesse altrui»⁷. Tale nozione è del tutto diversa dalla buona fede che «viene in discussione come atteggiamento della coscienza» e che consiste nella «ignoranza di ledere un interesse altrui tutelato dal diritto»⁸, come invece accade, ad es., nelle ipotesi di matrimonio putativo (art. 128 c.c.), di pagamento dell'indebitato (art. 2033) o in materia di possesso (art. 1147; a cui *adde* artt. 1706, 535, 1192, 1794, 936, comma 4, 937, comma 3, 938, 535, comma 2, 1479 e 2038). Né può concernere la buona fede come «credenza nell'apparenza di un rapporto qualificante che legittima la controparte [...] a disporre del diritto di cui nel negozio si tratta»⁹, cioè nelle ipotesi di pagamento al creditore apparente (art. 1189), di crediti relativi all'azienda ceduta (art. 2559), di diritti acquistati dai terzi nei riguardi dell'erede apparente (art. 534, comma 2), di acquisti compiuti dai terzi nei confronti del simulato alienante (art. 1415), di inopponibilità della simulazione ai creditori del titolare apparente i quali, in buona fede, hanno compiuto atti di esecuzione sui beni (art. 1416), ecc.¹⁰. Malgrado il codice faccia esplicito riferimento alla buona fede in tutte queste ipotesi, è evidente che «l'erronea credenza ingenerata dall'ignoranza del diritto altrui o dall'apparenza di un rapporto qualificante imprime al contegno di un consociato nei confronti dell'altro consociato un carattere di correttezza che, altrimenti, se la circostanza fosse stata nota, esso contegno non avrebbe»¹¹.

Così, anche la buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., malgrado si avvicini in qualche misura alla buona fede contrattuale, indica un criterio di correttezza che si concreta

² È intitolato «Impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui: buona fede contrattuale» il § 5 del I volume dedicato alla *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 65.

³ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 52.

⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 66 e 67.

⁵ Così, già, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1950, p. 68.

⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 67.

⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 68 e 71.

⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 69.

⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 72.

¹⁰ Per le ulteriori ipotesi ricondotte a questo insieme, cfr. E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 74 s.

¹¹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 75.



«anzitutto (anche se non esclusivamente) in doveri negativi, [...] nel dovere di astenersi da un'ingerenza scorretta, pregiudizievole per la controparte, che è resa possibile anche dal solo fatto del trattare»¹². L'atteggiamento che qui si richiede è un «dovere reciproco di lealtà e di probità»¹³ che impone di far palese alla controparte «la situazione reale delle cose, disingannandola da eventuali errori che siano riconoscibili, e soprattutto astenendosi da ogni forma di reticenza fraudolenta [...] e da ogni forma di dolo passivo che possa indurre in una falsa rappresentazione del volere»¹⁴. Tuttavia lo specifico «contatto sociale» che si instaura tra le parti richiede non semplicemente comportamenti negativi, ma spesso doveri positivi di lealtà, di chiarimento e di informazione¹⁵.

È soprattutto con riferimento «all'adempimento dell'obbligazione assunta» che la *bona fides* acquista quel «significato di carattere oggettivo» consistente in un «atteggiamento di fattiva cooperazione nell'interesse altrui», di «fedeltà al vincolo» tale da «ingenerare fondatamente un sicuro affidamento», per cui «l'una parte del rapporto obbligatorio è pronta ad adempiere le aspettative di prestazione della controparte»¹⁶. Quale «*fedeltà e impegno di cooperazione*»¹⁷ la buona fede «non è circoscritta ad atti singoli del contraente, ma abbraccia l'intero comportamento del contraente considerato nella sua intrinseca coerenza e nella sua *totalità*»¹⁸. Quale atteggiamento di cooperazione, di cui «gli aspetti salienti sono la fidejussione, la fedeltà, l'impegno, la capacità di sacrificio, la prontezza nel soccorso dell'altra parte e, in sede di trattativa, di formazione del contratto, la lealtà e la veridicità» verso la controparte, la buona fede è «essenzialmente un *criterio di reciprocità*» che, abbracciando la totalità dei congegni, «ha precisamente la portata [...] o di ampliare gli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto od eventualmente di restringere questi obblighi nei casi e nella misura in cui, farli valere nel loro letterale tenore, contrasterebbe con quel criterio»¹⁹.

La funzione integrativa della buona fede in ordine agli obblighi testualmente assunti con il contratto chiarisce la posizione che, coerentemente, Emilio Betti esprime in tema di inadempimento. Essa «impone al debitore di fare non soltanto quel che egli ha promesso, ma tutto quello che è necessario per far pervenire alla controparte il pieno risultato utile della prestazione dovuta»²⁰. Poiché la buona fede «sottopone a controllo, tutto intero, il comportamento delle parti [...] nei reciproci rapporti, in quanto anche l'altra parte debba comunque appagare una aspettativa», essa si impernia sulla fedeltà al vincolo contrattuale e sull'«*impegno* a mettere tutte le proprie forze al servizio dell'interesse della controparte nella misura richiesta dal tipo di rapporto obbligatorio di cui si tratta; impegno a soddisfare integralmente l'interesse della parte creditrice alla prestazione (art. 1174)»²¹.

Quindi è «col criterio della buona fede, inteso nel senso di fedeltà e impegno ora indicato», che è «da mettere in rapporto la norma dell'art. 1218, il quale prevede le conse-

¹² E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 80.

¹³ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 84.

¹⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 81 s.

¹⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 84.

¹⁶ Per le espressioni tra virgolette, cfr. E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 76 e 77.

¹⁷ Il corsivo è di E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 77.

¹⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 92.

¹⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 93.

²⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 94.

²¹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 103.



guenze dell'inadempimento dell'aspettativa creditoria; in funzione dell'aspettativa, andata delusa, si determina il torto contrattuale»²². Tale testo, nello stabilire la fattispecie dell'inadempimento imputabile, «mette in luce precisamente il criterio della buona fede che governa l'adempimento», là dove il «criterio della diligenza [1176] concerne solo l'attività strumentale richiesta al debitore»²³. Proprio l'incidenza della buona fede sull'inadempimento induce l'esimio Autore ad affermare che esso varia, unitamente all'«impegno in cui la buona fede contrattuale consiste»²⁴, secondo il tipo di rapporto obbligatorio e secondo le circostanze dell'esecuzione. Così, da un lato, la buona fede «serve a valutare se vi sia stato, o meno, il soddisfacimento dell'interesse della controparte, nei casi in cui si fa questione se la prestazione esiga od offra ancora per il creditore quella utilità che essa è destinata ad apportargli (artt. 1180, 1256, 1379, 1411, 1455 etc.)»²⁵. Anche nella valutazione dell'importanza dell'inadempimento (art. 1455), dell'essenzialità del termine (art. 1457) o dell'adempimento parziale (art. 1464) «l'apprezzamento non è arbitrario, bensì controllabile» sempre alla stregua della buona fede²⁶. Dall'altro, essa rileva nella fase patologica del mancato o inesatto adempimento. Benché non possa venire in discussione in funzione positiva, come impegno all'adempimento, poiché qui «non si tratta più del soddisfacimento delle reciproche aspettative», la buona fede impone al creditore «di cercare di circoscrivere i danni dipendenti dall'inadempimento»²⁷. Questo «non è soltanto un onere, ma è anche un dovere di correttezza verso la controparte, dovere che ha la sua sanzione generica nell'art. 1227»²⁸.

2. La netta distinzione operata da Emilio Betti tra buona fede contrattuale o oggettiva²⁹ e correttezza, nel senso che quest'ultima impone normalmente soltanto doveri di carattere negativo, mentre la prima impone obblighi di carattere positivo, può destare perplessità nell'odierno civilista, abituato a coniugare indistintamente le due nozioni di «buona fede in senso oggettivo o correttezza»³⁰ come fonti d'integrazione del contratto³¹, quale unitaria «regola di condotta alla quale devono attenersi le parti del contratto» e, più in generale, «i soggetti di qualsiasi rapporto obbligatorio»³². La «sostanziale coincidenza della buona fede in senso oggettivo con la correttezza» è considerata, oggi, un «dato acquisito»³³. Tuttavia, anche se-

²² E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

²³ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 103 s.

²⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 105.

²⁵ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 105 s.

²⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 106.

²⁹ Per la distinzione della buona fede come fatto psicologico o come criterio di comportamento v., altresì, R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 17.

³⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, pp. 393, ove, per altro, riconosce (in nt. 52) di aver modificato, «sul punto, l'idea già sostenuta in passato».

³¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 9.

³² Tra i tanti, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 473. Dimostra che la «buona fede dissemina doveri durante tutta la vita del rapporto contrattuale», R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. di Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, II ed., Torino, 2004, p. 438.

³³ Così, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 473, in nt. 4.



condo la più recente dottrina, la conclusione riguardo all'inadempimento non cambia: la violazione della «correttezza (o buona fede in senso oggettivo)» va qualificata anch'essa in termini di inesatto adempimento, «costituendo pur sempre una deviazione rispetto al comportamento dovuto dal debitore»³⁴.

Il declamato superamento³⁵ della posizione bettiana troverebbe fondamento nella intercambiabilità dei termini di buona fede e correttezza sotto il profilo semantico, mentre, dal diritto positivo, non si trarrebbe «alcun dato su cui fondare un loro preteso uso diverso da parte del legislatore»³⁶. Ma, come precipuamente rileva questa autorevole dottrina, esaminando i vari tipi di obblighi «esspressamente disciplinati e facenti capo alla direttiva dell'art. 1175, si avverte che, se alcuni hanno una funzione puramente negativa (ad esempio quelli previsti dagli artt. 1681 e 2087 c.c.), ve ne sono altri che concorrono all'attuazione dello scopo perseguito dalle parti, imponendo a ciascuna di esse di collaborare al raggiungimento del "risultato" atteso dalla controparte (cfr. gli artt. 1686, 1710, 2° co., 1712 e 1747 c.c.): questi doveri hanno perciò non solo contenuto, ma anche funzione positiva»³⁷.

Sotto quest'ultimo, assorbente profilo il discorso giuridico pare esattamente speculare a quello proposto da Emilio Betti. Con l'unica differenza che l'esigenza di precisione che muove l'esimio Scrittore lo induce a distinguere «dall'obbligo della prestazione tutti quegli altri obblighi strumentali, complementari ed accessori a questo, i quali sono ispirati alla finalità di adempiere l'aspettativa del creditore». Da questi obblighi di carattere positivo, «richiedenti un comportamento di cooperazione (senza escludere con ciò quelle obbligazioni il cui contenuto consiste in un "non fare")», vanno distinti gli obblighi di conservazione (proprio quelli previsti dai citati artt. 1681 e 2087 c.c.) «che si sostanziano nell'astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica, nel comportarsi cioè secondo un criterio di *correttezza*, in modo da evitare alla controparte un danno, o perlomeno un danno maggiore di quello che risulta dalla situazione data»³⁸.

Il supposto superamento del pensiero bettiano, quindi, si rivela essenzialmente nominalistico: esigenze sistematiche derivanti dalla classificazione della struttura e della funzione dei diversi rapporti obbligatori esaminati lo inducono ad escludere che la correttezza possa identificarsi *sic et simpliciter* con la buona fede, ma a sottolineare come le due nozioni siano strettamente correlate e complementari³⁹.

Così, se l'obbligazione di custodire fino alla consegna appare essere un obbligo integrativo strumentale⁴⁰ rispetto all'obbligazione di consegnare una cosa determinata (art. 1177 c.c.), obbligo che non ha una sua autonomia rispetto alla prestazione e la cui inosservanza

³⁴ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1984, p. 10.

³⁵ In questi termini, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 473, in nt. 4. Sul punto, ad es., M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, p. 242; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 47 ss.; S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 132 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 17; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 7; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del Cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, p. 281 ss.

³⁶ Su entrambi gli aspetti, testualmente, F. BENATTI, *Art. 1175. Comportamento secondo correttezza*, in *Commentario al Cod. civ.* diretto da P. Cendon, IV, 1, Artt. 1173-1654, Torino, 1991, p. 6.

³⁷ F. BENATTI, *op. loc. ult. cit.*; e già, ID., *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 50 s.

³⁸ Le due espressioni tra virgolette sono tratte da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 68.

³⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 68.

⁴⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 96.



rende senz'altro responsabile il debitore per inadempimento (art. 1218); i singoli doveri di protezione, tra i quali possono essere annoverati gli obblighi di avviso (artt. 1586, co. 1, 1663, 1686, co. 1 e 2, 1687, co. 2, 1690, 1710, co. 1, 1712, 1718, co. 3, 1728, co. 2, 1746, co. 1 1759, co. 1, 1770, 1780, co. 1, 1800, co. 2, 1913, co. 1, ecc.), di segreto (art. 2105), di salvataggio (artt. 1805, co. 1, 2 1914), di cooperazione (artt. 1956 e 1957)⁴¹ nonché i doveri di conservazione diretti alla tutela dell'integrità fisica e del patrimonio altrui trovano comunque la loro fonte nelle regole della buona fede e della correttezza, intese nel loro rapporto di complementarità, giammai, invece, nella regola della diligenza⁴². E ciò sia per la connotazione unilaterale che essa assume con riferimento alla posizione debitoria, rispetto al carattere di reciprocità che caratterizza buona fede e correttezza; sia con riguardo alla diversa funzione esercitata, che si esplica nel concorrere a determinare il contenuto della prestazione, pur senza identificarsi interamente con essa⁴³.

E poiché la buona fede contrattuale e la correttezza sono «la fonte di *tutti* gli obblighi di protezione funzionalmente connessi all'adempimento della prestazione», la disciplina dell'onere della prova disposta dall'art. 1218 c.c. in tema di inadempimento riguarda non soltanto gli obblighi di avviso, di segreto, di salvataggio e di cooperazione, che sono maggiormente collegati al contenuto del rapporto, ma anche gli obblighi «negativi» di conservazione, avendo tutti «identica fonte, natura e scopo»⁴⁴.

Una lettura meno «superficiale»⁴⁵ dell'art. 1453 consente, quindi, di esercitare la risoluzione non soltanto quando uno dei contraenti non esegua esattamente la prestazione principale, «bensì quando non “adempie le sue obbligazioni”, cioè non rispetta tutti gli obblighi (di prestazione e di protezione) che fanno capo a lui in virtù del regolamento negoziale nei contratti a prestazioni corrispettive»⁴⁶. E ciò al fine di assicurare alle parti un effettivo equilibrio delle reciproche posizioni nel rapporto contrattuale, equilibrio che viene compromesso in presenza della violazione sia degli obblighi di prestazione, sia degli obblighi di protezione⁴⁷. Così la ricerca, in concreto, del «rimedio esigibile» consente di superare il «luogo comune secondo il quale la violazione dell'obbligo di protezione consentirebbe di esperire la sola tutela risarcitoria»⁴⁸. Infatti l'obbligo di protezione rileva non soltanto, al pari del dovere generico di astensione, quando la lesione dell'altrui sfera giuridica si è ormai consumata, ma anche e soprattutto nella fase di attuazione del rapporto, munito com'è di una sua precettività in grado di orientare le parti, di prevenire l'inadempimento o di assicurare l'esecuzione sulla base dei rimedi inibitori o in forma specifica⁴⁹. Una volta «accettata

⁴¹ Per questa classificazione, F. BENATTI, *Art. 1175*, cit., p. 9.

⁴² *Contra*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 478, ove considera «inaccettabile» la tesi «che fonda sulla buona fede i c.d. 'obblighi di protezione'». Infatti nell'adempimento dell'obbligazione «il debitore è tenuto ad un comportamento che non leda i beni personali e patrimoniali del creditore»; ma qui la responsabilità dovrebbe essere valutata «non secondo il criterio della correttezza bensì secondo quello della diligenza».

⁴³ C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 8.

⁴⁴ Le due espressioni tra virgolette sono tratte da F. BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁴⁵ In questi termini, F. BENATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ F. BENATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ Così, F. BENATTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, in HE. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 239.

⁴⁹ Testualmente, S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 659.



l'idea che il dovere di protezione fa parte del contenuto del rapporto obbligatorio, sarebbe illogico negare ad esso quella forma di tutela (*specificata*) che assiste l'obbligo di prestazione»⁵⁰. Anzi è proprio nell'eventuale possibilità di esperire forme di tutela ulteriori rispetto al risarcimento del danno che si può cogliere una sicura peculiarità della dottrina degli obblighi di protezione rispetto alla tutela aquiliana⁵¹.

A differenza di quanto sostenuto da una parte della dottrina tedesca che, prima della riforma del 2002 (dei §§ 280, 241, comma 2, e 311 BGB), aveva tentato di costruire gli obblighi di protezione come una *enclave* della responsabilità delittuale nel territorio della responsabilità contrattuale, essi assumono «un preciso fondamento dogmatico nella struttura normativa del rapporto obbligatorio, integrata dall'art. 1175 c.c. in funzione di un ampliamento dell'area degli interessi tutelati dal rapporto»⁵². In virtù di questa norma «i doveri di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di *neminem laedere*, ma dal rapporto specifico in cui sono inseriti»⁵³. La disciplina dell'inadempimento (art. 1218 c.c.) è senz'altro applicabile anche alla violazione dei doveri di protezione direttamente o, quanto meno, per analogia⁵⁴. L'onere della prova non grava sul creditore (danneggiato) ma, «col segno rovesciato, sul debitore»⁵⁵.

3. Il torto può essere definito come “contrattuale” se «è preceduto e qualificato da un rapporto di obbligazione, qualunque possa esserne la fonte», o come extracontrattuale o aquiliano «se questo rapporto manca», ed è qualificato «dalla inosservanza di un dovere di rispetto dell'interesse altrui»⁵⁶. A questo elementare quanto fondamentale dato strutturale, che assurgerà ad elemento determinante nella migliore dottrina⁵⁷, Emilio Betti fa conseguire un essenziale aspetto funzionale, consistente nella diversità dell'interesse leso. Inquadrate in un rapporto obbligatorio preesistente, il torto «viene ad esistenza in funzione di un'aspettativa creditoria che è andata delusa»; delusione «da quale richiede un surrogato della cooperazione mancata»⁵⁸. Nell'altra figura, il torto «si determina in funzione di un danno ingiustamente recato, di un interesse protetto che è stato leso col contegno illegittimo: contegno, che si configura [...] quale inosservanza di uno specifico obbligo di conservazione e

⁵⁰ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 126 s.

⁵¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 241; ID., *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 939.

⁵² L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Scritti II, Obbligazioni e negozi*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 351 (da qui le ulteriori citazioni).

⁵³ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ In quest'ultimo senso, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 503, nt. 200.

⁵⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 350 s.

⁵⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 108.

⁵⁷ Si vedano, ad es., L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 299 s., ove rileva che «Si dice contrattuale la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente. Quale che sia la fonte», e C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 502, per il quale emerge che «ad essere caratterizzante in funzione distintiva rispetto alla responsabilità aquiliana è la preesistenza di un rapporto», anche «quando quest'ultimo non sia nato da contratto ma da una di quelle fonti dell'obbligazione che la distinzione tripartita chiama *variae causarum figurae*».

⁵⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 108 e 109.



di rispetto (*alterum non laedere*), ma non si inquadra in un rapporto di obbligazione preesistente»⁵⁹.

Quindi, le due situazioni sono nettamente distinte: «nell'una il torto consiste nell'inadempimento (imputabile) che si contrappone alla sopravvenuta impossibilità di prestare dipendente da causa non imputabile al debitore; nell'altra, invece, il torto consiste nell'indebita invasione della sfera d'interessi altrui»⁶⁰. Ma con ciò non si esclude «che l'aspettativa creditoria possa essere frustrata anche per opera di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio»⁶¹. La felicissima intuizione, che esplicitamente riguardava il comportamento doloso di terzi, consapevolmente diretto ad impedire l'adempimento⁶², ma che introduce la scienza giuridica italiana a quella tematica che poi verrà definita come lesione del credito da parte di terzi⁶³, può aver trovato la sua ispirazione sia nell'opportunità che Emilio Betti aveva avuto di rispondere al quesito proposto nella causa decisa nel 1950 dal Tribunale di Torino in occasione della sciagura aerea di Superga, quesito al quale risponde, tuttavia, in maniera «nettamente e totalmente negativa»⁶⁴, sia, soprattutto, nella sua illuminata concezione relazionale della responsabilità delittuale, che lo induce a contestare come «impropria ed enfatica»⁶⁵ la qualifica di diritti «assoluti». In realtà, «qui come altrove, il rapporto giuridico, se si ravvisa non nell'astratta virtualità, ma nell'attuale efficienza, si rivela come una posizione essenzialmente correlativa, che il diritto tutela non già nella sua astrattezza, ma sempre in confronto di altri soggetti; i quali non sono «tutti» i consociati – come si dice [...] parlando di diritti «erga omnes» –, ma quei consociati che siano in concreto nelle condizioni di fatto di poterla violare, e pertanto abbiano l'obbligo di rispettarla»⁶⁶.

Il punto essenziale è, invece, che, «in linea di principio, una collaborazione positiva (nell'interesse altrui) non è dovuta dal consociato al consociato se non nell'orbita di un rapporto d'obbligazione che leghi in precedenza l'uno all'altro: dove non preesista un rapporto siffatto, il titolare di un diritto non può esigere, in massima, da altri consociati un contegno positivo, di cooperazione, ma solo un contegno negativo, di rispetto della sua sfera giuridica nella interferenza degli interessi e, occorrendo, un contegno di cautela nello spiegare attività che possano esporre quella a un prevedibile pericolo»⁶⁷. La responsabilità contrattuale «nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2740 c.c.)»⁶⁸. E il risarcimento del danno è intrinseco e coesistente all'obbligazione⁶⁹, in quanto «ordinato al regolamento della medesima situazione di interessi»⁷⁰.

⁵⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 108.

⁶⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 109.

⁶¹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁶² E. BETTI, *Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, I, 1951, p. 146.

⁶³ Per tutti, F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1969.

⁶⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 150.

⁶⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 146.

⁶⁶ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁶⁸ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 300.

⁶⁹ F. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. di Dir. civ.* Vassalli, XV, 1, Torino, 1952, p. 5, in nt. 6.

⁷⁰ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 301.



Il codice italiano del 1865 aveva tradotto letteralmente, ma in bello stile, gli artt. 1147 e 1148 del codice francese negli artt. 1225 e 1226. Per il primo, il debitore doveva essere condannato al risarcimento dei danni, «tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo nell'esecuzione», ove non avesse provato che l'inadempimento o il ritardo non fossero derivati «da una causa estranea a lui non imputabile», ancorché non fosse «per sua parte intervenuta mala fede». Così l'art. 1226 disponeva che il debitore non fosse tenuto «a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito» fosse «impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato» o avesse fatto «ciò che gli era vietato». Ma, a differenza dell'art. 1137 *Code Civil*, che limitava alla sola «obbligazione di vegliare sulla conservazione della cosa» il dovere di «apporter tous les soins d'un bon père de famille», l'art. 1224 c.c. 1865 aveva effettuato una generalizzazione della regola della «diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue», che «è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'articolo 1843». Regola, questa, che peraltro si doveva «applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice».

Quindi, se nel diritto francese, fino al deflagrante intervento di René Demogue⁷¹, era di gran lunga prevalente la tesi oggettiva dell'inadempimento⁷², che tendeva a considerare l'art. 1337 come una «eccezione»⁷³ alla regola generale posta dall'art. 1147, il quale giudica insufficiente la prova, da parte del debitore, della sua diligenza e prudenza, richiedendo, invece, per la sua liberazione, la prova di una «cause étrangère qui ne lui est pas imputable», cioè di un «fatto esteriore (caso fortuito, fatto del terzo, fatto della vittima) imprevedibile e irresistibile»⁷⁴; nel diritto italiano la generalizzazione della regola della diligenza aveva potuto alimentare le teorie cc. dd. soggettive, che vedono in Nicola Coviello⁷⁵ l'autore che più di altri contribuirà alla compiuta elaborazione dell'idea secondo la quale il debitore è liberato quando sopravviene un impedimento che supera lo sforzo diligente al quale egli è tenuto, secondo la nota uguaglianza *casus = non culpa*⁷⁶.

Tuttavia le interpretazioni più rigorose della disciplina dell'inadempimento elaborate sotto il codice del 1865, secondo le quali «la responsabilità per inadempienza delle obbligazioni non ha per fondamento la colpa, bensì è immediatamente collegata al momento oggettivo dell'inadempienza, ed è esclusa solo dalla *impossibilità oggettiva e assoluta* di adempiere»⁷⁷, trovano una significativa ricezione nella stessa Relazione al Re (n. 571), ove dichiara che l'art. 1218, «logicamente connesso all'art. 1256 che disciplina l'estinguersi dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, [...] ha voluto mettere in

⁷¹ *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, p. 539.

⁷² Così, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ.* Ghestin, III éd., Paris, 2006, p. 507.

⁷³ Per il dibattito sul punto, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 505.

⁷⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 504.

⁷⁵ *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

⁷⁶ Sul punto, A. CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore (Dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 988; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, II ed., Bologna-Roma, 1979, p. 154.

⁷⁷ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 469 (il corsivo è nostro).



evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata: di guisa che non può, agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti al debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta; mentre, d'altra parte, anche gli impedimenti che si verificano nella persona o nella economia del debitore dovranno avere rilievo quando incidano sulla prestazione considerata in sé e per sé, nella sua sostanza o nei suoi obiettivi presupposti».

La prevalente dottrina italiana⁷⁸ riconoscerà che il codice del 1942 ha recepito «il contributo di elementi concettuali e linguistici fornito» da Giuseppe Osti⁷⁹. Il quale ribadisce, nel 1954, che l'art. 1218 «non dice affatto che il debitore sia responsabile quando non abbia fatto *quanto occorre per mettersi in grado di adempiere* [...] o quando non abbia compiuto “*tutto lo sforzo, l'impegno di cooperazione*, che gli era richiesto nell'interesse del creditore, secondo il tipo di rapporto obbligatorio in questione, per attuare la prestazione dovuta sempreché questa prestazione fosse oggettivamente possibile”⁸⁰. Dice, invece, «puramente e semplicemente, che il debitore è tenuto al risarcimento del danno per il solo fatto obiettivo di non adempiere o di ritardare ad adempiere, e che il suo comportamento può venire in questione solo quando l'inadempimento o il ritardo dipendano dall'essere divenuta impossibile la prestazione e cioè, com'è chiaro, la prestazione in sé e per sé considerata»⁸¹.

Emilio Betti condivide senz'altro con Osti che «l'impossibilità giuridicamente rilevante in confronto del creditore è solo quella oggettiva»⁸². Infatti, se l'«elemento *oggettivo*» del torto contrattuale «è dato dall'inesecuzione della prestazione», cioè «dalla violazione dell'obbligo di esatta e puntuale esecuzione della prestazione che al debitore incombe in base al rapporto obbligatorio»⁸³; l'elemento soggettivo, che si può «genericamente qualificare come *imputabilità* dell'inadempimento», è individuato dall'art. 1218 nella «mancata prova che la prestazione sia stata resa impossibile al debitore (cioè impedita ad esso debitore) da causa a lui non imputabile, cioè *estranea* alla sua sfera di controllo»⁸⁴.

Uno dei grandi meriti di Betti è quello di aver superato l'«idea naturalistica dell'impossibilità»⁸⁵ propugnata da Osti e di aver convinto la dottrina successiva⁸⁶ che «questa va sempre intesa nel senso di *impossibilità relativa a quel particolare tipo di rapporto obbligatorio*

⁷⁸ Tra i tanti, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 394 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 37; V. DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981, *passim*.

⁷⁹ Testualmente, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 314; C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento*, cit., p. 22. Sul punto, altresì, G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.

⁸⁰ G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, pp. 593-616), ora in *Scritti giuridici* con presentazione di P. Rescigno, I, Milano, 1973, p. 463 (il corsivo è dell'A.), ove cita, criticandole, le opinioni di Messineo e di Betti.

⁸¹ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

⁸² E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 112.

⁸³ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 110 (il corsivo è dell'A.).

⁸⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 111 (il corsivo è nostro).

⁸⁵ Così C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento*, cit., p. 26, con riferimento al pensiero di L. Mengoni.

⁸⁶ Tra i primi, L. Mengoni: lo riconosce, con grande senso storico, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 21.



di cui la prestazione [...] forma lo specifico oggetto»⁸⁷. Se, per Betti, l'impossibilità "assoluta" rappresenta una «formola [...] assurda e inefficace»⁸⁸, una «qualifica enfatica, idonea solo ad ingenerare equivoci»⁸⁹, poiché il «regno del diritto è essenzialmente il regno del relativo», e la «impossibilità deve intendersi come relativa in quanto si ha sempre riguardo al tipo di rapporto di obbligazione di cui si tratta ed al tipico impegno di cooperazione che esso richiede»⁹⁰, con riguardo soprattutto alla funzione della buona fede nella determinazione del contenuto dell'obbligo di prestazione; anche per Natoli e per Mengoni «il giudizio di impossibilità deve essere argomentato in relazione al contenuto del concreto rapporto in questione così come risulta determinato dalla sua fonte»⁹¹. È dal contratto interpretato secondo buona fede che «si desume quali speciali capacità e conoscenze il debitore deve prestare, quali sono le tecnologie del cui mancato o difettoso impiego risponde, e in genere con quali mezzi si è obbligato a procurare quel tipo di risultato al creditore»⁹². Quindi, se per Osti il concetto naturalistico di impossibilità assoluta tende a realizzare una perfetta astrazione dell'obbligazione dal contratto, per Betti e per Mengoni tale nozione appare incompatibile con la buona fede quale «criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione»⁹³, la quale «esige che il limite di responsabilità del debitore sia valutato in relazione all'intero contenuto del rapporto obbligatorio»⁹⁴. Da qui l'idea che la specifica vicenda richieda «un'analisi approfondita del regolamento d'interessi sul quale l'impossibilità è destinata ad incidere e dal quale in definitiva dipende la sua stessa rilevanza; regolamento valutato nel contesto dei principi generali dell'ordinamento e del relativo giudizio di meritevolezza degli interessi in conflitto»⁹⁵.

4. L'impossibilità relativa, che è pur sempre oggettiva, non va confusa con l'impossibilità soggettiva, «la quale dipende dalle condizioni particolari dell'obbligato, da un impedimento insorto nella sua persona o nella sfera interna della sua economia individuale»⁹⁶. La tesi del Barassi viene sottoposta ad una «disamina attenta» anche in virtù del «patriziato scientifico cui appartiene il citato autore»⁹⁷. E «l'errore» nel quale incorre questa dottrina è individuato, «principalmente, proprio nel ritenere che la legge non ponga una distinzione fra queste due specie di impossibilità»⁹⁸. Ma, «per convincersi del contrario», è giudicata sufficiente «una lettura approfondita dell'art. 1218 in comparazione con l'art. 1176». Invero, «se la legge non ponesse la citata distinzione, a qual fine l'art. 1218 statuirebbe la ir-

⁸⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 48 (il corsivo è dell'A.).

⁸⁸ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 113.

⁹⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 112.

⁹¹ Così, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 330; e già U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di Dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XVI, t. 2, Milano, 1984, p. 72.

⁹² L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

⁹³ Così anche L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 333.

⁹⁴ Lo rileva C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 22, citando il pensiero di Mengoni.

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna- Roma, 1975, p. 441.

⁹⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 48.

⁹⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 49.

⁹⁸ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*



responsabilità del debitore per l'inadempimento nel solo caso che questo sia dovuto ad una impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile?»⁹⁹. La legge prevede anche la possibilità che l'inadempimento sia dovuto ad un'impossibilità soggettiva o ad una «impotenza alla prestazione» – nozione, questa, che, a differenza di quel che sostiene il Barassi, si rivela essere una mera «accezione» della prima –; ma, in questi casi, sarà sempre «conseguente una responsabilità del debitore»¹⁰⁰. Ciò è confermato dal carattere di “specialità” assunto dall'art. 1257 in tema di smarrimento della cosa determinata: «proprio perché la legge contempla questi casi speciali per parificarli, negli effetti liberatori, alla impossibilità oggettiva, ciò significa che negli altri casi in cui l'inadempimento sia prodotto da impossibilità soggettiva, resta ferma la imputabilità della inadempienza»¹⁰¹.

La critica mossa al Barassi concerne anche il rapporto esistente tra le regole poste dagli artt. 1176 e 1218 c.c., considerate da questi «se non contraddittorie, certo difficilmente conciliabili»¹⁰². Nella prima edizione della sua teoria generale delle obbligazioni egli aveva sottolineato il «dovere della diligenza normale», tentando di «liberarsi dall'obiezione che si poteva desumere dal fatto che il debitore deve pur sempre rispondere della propria impotenza ad adempiere quando oggetto dell'obbligazione è un “opus”, con l'ammettere una colpa che sarebbe insita “in re ipsa” in una impossibilità semplicemente soggettiva, cioè nell'inadempienza del debitore ancorché non per sua colpa impotente ad adempiere»¹⁰³. Nella seconda edizione dell'opera, invece, l'illustre A. «riconosce sforzata codesta spiegazione che in fondo si riduce a una finzione di colpa nel senso della impossibilità soggettiva e cerca di superare il dilemma con una soluzione eclettica: col tener fermo il principio della responsabilità per colpa, ma anche con l'ammettere, accanto a questo principio, che quando al debitore sia richiesto un risultato utile, un “opus” [...], allora esso debitore assuma una garanzia e si accoli tutti i rischi che possono ostacolarlo e ridurlo ad una situazione d'impotenza»¹⁰⁴, almeno fino al limite dell'impossibilità oggettiva. Tuttavia anche questa seconda soluzione non pare a Betti «affatto coerente» e sembra non aver «appagato neppure quell'esigenza che proprio il Barassi crede di doversi porre nel senso o di limitare la portata dell'art. 1176 o di attenuare la portata dell'art. 1218 (seguendo, in questa seconda alternativa, il precedente legislativo del codice tedesco, che nel § 275 equipara alla sopravvenuta impossibilità oggettiva una situazione di impotenza (Unvermögen) sopravvenuta al debitore a contratto concluso)»¹⁰⁵.

Per Emilio Betti non v'è, invece, alcuna “antinomia” o “contraddizione” tra le due norme, poiché l'art. 1176 concerne soltanto la diligenza da usare nell'adempimento, mentre l'art. 1218 «disciplina la responsabilità del debitore per inadempimento»¹⁰⁶. Convertendo «questa formola legislativa in una formulazione dogmatica, l'inadempimento o il ritardo di

⁹⁹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 50 e 49.

¹⁰¹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 50.

¹⁰² Il pensiero del Barassi è riferito da E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 113.

¹⁰³ L'edizione cit. da E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 114, è L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, n. 304.

¹⁰⁴ L'edizione cit. da E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*, è L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, II ed., 1948, p. 281 ss.

¹⁰⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 115.

¹⁰⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 113.



cui il debitore è chiamato a rispondere in confronto del creditore è quello che sia incorso senza derivare da causa imputabile ad esso debitore»¹⁰⁷. Soltanto nel caso in cui il fatto dell'inadempimento o del ritardo dipenda da causa non imputabile al debitore, costui potrà considerarsi liberato da quella responsabilità che altrimenti gli incombe e che – salva sempre una esecuzione (per surrogazione) in forma specifica – si concreta nel risarcimento del danno¹⁰⁸.

Per comprovare questa conclusione, Betti intraprende un approfondito esame del diritto romano classico, con riguardo ai vari aspetti del torto contrattuale e della *bona fides*, al fine di dimostrare come i criteri della “diligentia boni patris familia” e della “culpa” non fossero originari nel campo dell'inadempimento dell'obbligazione¹⁰⁹. Ma ai rielaboratori post-classici «la molteplicità di configurazioni del torto contrattuale non era più comprensibile»: il loro «atteggiamento moralizzante, rivolto essenzialmente all'elemento soggettivo, doveva logicamente spingerli a vedere nel concetto di *colpa* la chiave di volta per intendere e giustificare ogni aspetto del torto e della responsabilità contrattuale»¹¹⁰. Così il concetto di colpa viene a costituire il punto centrale e il cardine del sistema della imputabilità nelle glosse, parafrasi e interpolazioni che nei testi tramandati confondono e avviluppano il quadro del diritto classico¹¹¹. La colpa rappresenta ormai soltanto il rovescio di un dovere di diligenza che, dappertutto, «viene riguardato quale fondamento della responsabilità»¹¹². Le diverse gradazioni della colpa «si sono sviluppate da distinzioni classiche, presumibilmente rivolte a determinare il contenuto della *bona fides* nei singoli rapporti obbligatori»¹¹³. Ma soltanto «attraverso il trattamento generalizzante del diritto comune esse assorgeranno a differenti tipi d'imputabilità con una netta delimitazione dogmatica»¹¹⁴.

Nel codice francese, e sulla scia del pensiero di Pothier, il criterio della diligenza è limitato soltanto a quelle obbligazioni che hanno ad oggetto la consegna e la conservazione della cosa dovuta (art. 1137), mentre un principio di responsabilità oggettiva emerge chiaramente dalla regola generale prevista per l'inadempimento e per il ritardo, che esplicitamente individua nella “causa estranea” a lui non imputabile (così anche l'art. 1225 c.c. del 1865), nel caso fortuito e nella forza maggiore i soli fatti idonei ad escludere la responsabilità del debitore nelle obbligazioni sia di dare, sia di fare, sia di non fare (così anche l'art. 1226 c.c. del 1865).

La previsione di uno statuto unitario dell'inadempimento (e dell'adempimento inesatto) non soltanto per le obbligazioni di dare e di non fare, ma anche per quelle di fare rappresenta un dato essenziale, quasi sempre trascurato, che non sembra giustificare una diversa disciplina in ordine alla differente tipologia dei rapporti obbligatori, così come poi verrà proposto in base alla partizione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”. Abbandonato, nella formulazione dell'art. 1218 c.c., il requisito della estraneità della causa, al fine di comprendere anche le obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere* infungibile, «la cui prestazio-

¹⁰⁷ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁸ Testualmente, E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 113 e 114.

¹⁰⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 116-123.

¹¹⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 124.

¹¹¹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹² E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹³ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 124 s.



ne può essere resa impossibile anche da eventi che colpiscono il debitore nella sua persona»¹¹⁵, il riferimento della regola della diligenza «nell'adempiere l'obbligazione» (art. 1176 c.c.) non sembra assumere «una portata così generale, come potrebbe sembrare ad una lettura superficiale dell'art. 1176, la quale prescinde dai precedenti storici»¹¹⁶.

Per Betti, la disciplina dell'inadempimento va intesa in funzione di «almeno tre tipi di prestazione o, più esattamente, di cooperazione dovuta»¹¹⁷. Ma la diversa tipologia dei rapporti obbligatori non può frantumare una disciplina unitaria, che permane, altresì, oggettiva e generale.

Nelle obbligazioni che hanno per termine di riferimento un contegno di cooperazione valutabile a una stregua di diligenza o anche di abilità tecnica (ad es. contratto di prestazione d'opere col quale ci si obbliga a prestare dei servizi), «qui non è dovuto il risultato, bensì lo spiegamento di un'attività produttiva nell'interesse del creditore; attività che deve essere controllata ad una stregua di diligenza o di abilità tecnica»¹¹⁸. Ma anche in questo caso «il criterio in parola, quantunque necessario per riscontrare se vi sia stato esatto e puntuale adempimento», *non è sufficiente ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento*: perché, mancata la prestazione «esatta e integrale del servizio pattuito», bisognerà verificare se «questa mancanza sia imputabile allo stesso debitore che la doveva o non dipenda per avventura da causa a lui estranea, eventualmente dello stesso creditore che avrebbe dovuto ricevere il servizio e non lo ha accolto»¹¹⁹.

Nelle obbligazioni nelle quali, invece, ciò che il debitore deve «non è lo spiegamento di un'attività, ma è un risultato, un "opus", il risultato utile di un operare», è «facilmente intuibile che il criterio della diligenza abbia, sì, ragione di essere allorché si tratta di valutare quella attività, che si potrebbe chiamare strumentale, che il debitore era tenuto a spiegare per produrre l'"opus" dovuto»¹²⁰. Ma qui «evidentemente non è sufficiente che il debitore dimostri di avere svolto a regola d'arte un'attività strumentale»; bisogna che «ponga in essere l'"opus"»; e si può esonerare da responsabilità solo col dimostrare che la formazione dell'"opus" gli è stata impedita da una causa estranea alla sua sfera di controllo, da una causa che non è a lui imputabile»¹²¹. Qui «l'obbligazione non è adempiuta se non in quanto il risultato sia stato raggiunto e messo a disposizione del creditore»¹²².

Nelle obbligazioni nelle quali poi la cooperazione dovuta è «piuttosto virtuale che attuale», come quelle in cui l'obbligato assume la garanzia contro certi rischi, nelle quali «l'utilità consiste in una sicurezza che al creditore deve essere procacciata», manca del tutto «un contegno al quale il criterio della diligenza si possa applicare»¹²³. Nel contratto di assicurazione, ad es., «prima ancora che l'evento temuto si verifichi, v'è l'attribuzione di una utilità, da parte dell'assicuratore all'assicurato, che è data dall'*assunzione del rischio* di cui si

¹¹⁵ Così, G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 465.

¹¹⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 126.

¹¹⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 127.

¹¹⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 127 e 128.

¹¹⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 128.

¹²⁰ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹²¹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹²² E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 41.

¹²³ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 129.



teme»¹²⁴. In questi casi – e in altri nei quali v'è l'assunzione di un'obbligazione di garanzia: si pensi, ad es., alla fideiussione (art. 1936), alla garanzia del fatto del terzo (art. 1381) o alla garanzia insita in taluni contratti (artt. 1410; 2560 cpv.), anche indipendentemente da un accollo del debito altrui – manca del tutto «un contegno valutabile ad una stregua di diligenza o un risultato utile di un operare, ma c'è una garanzia, una sicurezza prestata dalla società assicuratrice per il solo fatto di avere assunto su di sé il rischio con l'impegno di provvedere al verificarsi del rischio stesso mediante una indennità o un risarcimento dell'eventuale danno»¹²⁵.

Quindi, malgrado l'apparente generalità della formulazione, «l'art. 1176, nell'enunciare il criterio della diligenza, non è punto inteso a stabilire quelli che sono i presupposti della responsabilità contrattuale»¹²⁶. Esso segna «un criterio di valutazione della condotta solo per le obbligazioni di contegno, non già per le obbligazioni di risultato, giusta una distinzione alla quale la civilistica francese (...) è stata indotta dal fatto che anche nel codice francese si trova una norma [...] che fa pensare ad una possibile indipendenza del criterio della sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione»¹²⁷. Ma questo criterio «non è decisivo per sé solo, perché l'osservanza della diligenza richiesta dall'art. 1176 è bensì condizione *necessaria* ma *non* è condizione *sufficiente* ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento e, così, ad evitare al debitore di incorrere nella responsabilità»¹²⁸. Sarebbe «ridicolo l'assunto del debitore il quale credesse di sfuggire alla responsabilità che gli incombe (in quanto l'inadempimento non possa dimostrarsi dipendente da causa a lui non imputabile), dicendo di aver fatto quanto stava in lui nello svolgere diligentemente quella attività strumentale che a lui si richiedeva»¹²⁹.

Dopo aver messo in rilievo come «non sia concludente, e non abbia perciò ragione di porsi il dilemma prospettato dal Barassi – o responsabilità per colpa, o responsabilità oggettiva, ricollegata al solo fatto dell'inadempienza fino al limite dell'impossibilità susseguente e non imputabile della prestazione –; dopo aver dimostrato l'insufficienza del criterio della diligenza, resta, dunque, ferma la conclusione che la imputabilità dell'inadempimento (e quindi anche la corrispondente responsabilità) è strettamente collegata al fatto oggettivo dell'inadempienza (che è il momento oggettivo del torto “contrattuale”) ed è esclusa solo da una sopravvenuta impossibilità oggettiva di adempiere, che dipenda da causa non imputabile all'obbligato»¹³⁰.

5. Le critiche che, nel 1954, Giuseppe Osti muove ad Emilio Betti, a solo un anno dalla pubblicazione dei *Prolegomeni alla Teoria generale delle obbligazioni*, appaiono, oggi, senz'altro eccessive e, per qualche verso, addirittura pretestuose.

¹²⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 42.

¹²⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 43 s.

¹²⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 130.

¹²⁷ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁸ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

¹²⁹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 130 e 131.



Osti concorda con Betti nella critica al Barassi, tant'è che rinvia esplicitamente alla sua opera per dimostrare «le oscillazioni [...] anche nel tempo»¹³¹ del pensiero di questo Autore. Le contestazioni riguardano proprio gli aspetti già individuati dal professore camererte: l'ambiguo rapporto tra l'art. 1176 e l'art. 1218, sintetizzato nell'enunciato «il debitore risponde se vi è colpa; e se non vi è impossibilità», e, soprattutto, la conseguente convinzione secondo la quale «l'irresponsabilità del debitore comincia dove finisce il dovere di diligenza e comincia l'impossibilità assoluta»¹³².

Del pari Osti concorda con Betti nella critica a quegli Autori i quali esplicitamente individuano il fondamento della responsabilità per inadempimento nella «colpa contrattuale» o in una «responsabilità soggettiva»¹³³, che concepiscono lo stesso fortuito liberatorio come «puro e semplice contrapposto del dolo o della colpa»¹³⁴ o che, distinguendo fra inadempimento volontario e inadempimento involontario¹³⁵, sembrano concludere che la responsabilità per inadempimento debba «trovare l'*ubi consistam* addirittura solamente nella colpa che determina l'impossibilità di adempiere»¹³⁶.

Tuttavia il pensiero di Emilio Betti viene a più riprese criticato e collocato, pur «con un più solenne paludamento dogmatico»¹³⁷, tra quegli Autori che, nel considerare l'inadempimento dell'obbligazione come una particolare ipotesi di illecito, pervengono dall'«unità concettuale dell'illecito» all'«unità concettuale della colpa», da classificare «secondo la distinzione tradizionale di colpa contrattuale e di colpa extra-contrattuale secondo che il comportamento del soggetto sia illecito perché violi un dovere generale di convivenza, o invece perché violi un dovere particolare che costituisca il contenuto di una obbligazione»¹³⁸.

La prima contestazione che riguarda l'«amico Betti»¹³⁹ è l'aver definito l'inadempimento come un «torto» e l'aver contrapposto il torto contrattuale a quello extra-contrattuale sotto i profili della struttura e della funzione, nell'ambito di una ricostruzione sistematica che, anche in questo settore, interessa particolarmente al giurista camererte. Ma il linguaggio utilizzato da Betti si rivela profeticamente moderno, tant'è che oggi è di gran voga l'utilizzo di questo termine¹⁴⁰, che testimonia una certa comunanza, quanto meno semantica, con il diritto anglo-americano. Riguardo, poi, alla delimitazione delle due specie della

¹³¹ G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 455, in nt. 5.

¹³² L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, II ed., cit., pp. 253 e 267.

¹³³ Così, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, II ed., 1954, pp. 499 e 505; A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1952, p. 331, testo e nota, ove afferma che l'inadempimento «dà luogo all'obbligo del risarcimento del danno soltanto se sia colposo».

¹³⁴ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 457, in critica al pensiero di S. SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*, II, 1, Napoli, 1952, p. 60.

¹³⁵ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1950, p. 235 s.

¹³⁶ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 458.

¹³⁷ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 460.

¹³⁸ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 459. Tra questi Autori sono citati D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, Torino, III ed., 1951, p. 47 ss., ed A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953, p. 165 ss.

¹³⁹ G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 460.

¹⁴⁰ Ad es., C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 519 ss. e *passim*. A questa tendenza non abbiamo saputo (né voluto) sottrarci nel volume A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, *passim*.



responsabilità civile ed alla loro caratterizzazione strutturale e funzionale v'è da ribadire come il pensiero di Betti colga puntualmente i dati più rilevanti, che saranno, poi, seguiti dall'odierna dottrina, in un periodo in cui la *summa divisio* era ancora imperniata sulla situazione giuridica violata, sul diritto assoluto o sul diritto relativo.

Anche il secondo rilievo non sembra decisivo, allorché Osti rileva che «Betti parte da una singolare posizione di principio, secondo la quale il diritto differirebbe dalla morale in quanto terrebbe “in conto il potere *di fatto* come presupposto del dovere”, non ammettendo cioè, in generale, “che un dovere possa essere costituito, imposto o anche mantenuto in vita, se non in quanto sussista il potere di adempierlo”¹⁴¹. Secondo Osti, pur tralasciando per ora «la morale, e i filosofemi che vi hanno attinenza [...]: “*Ne sutor ultra crepidam*” ...», sarebbe «facile comprendere come da quella premessa relativa al dovere giuridico (e, naturalmente, alla obbligazione concepita come vero e proprio dovere) il Betti sia poi condotto ad affermare che l'inadempimento ha un profilo *oggettivo* (l'inesecuzione della prestazione), ma che questo non è sufficiente a determinare la responsabilità, dovendo con esso concorrere anche un profilo *soggettivo*, vale a dire *un comportamento imputabile al debitore*»¹⁴². In questo senso Betti confonderebbe la responsabilità per inadempimento (della prestazione oggettivamente possibile) con la responsabilità per sopravvenuta impossibilità (oggettiva) della prestazione, imputabile a colpa del debitore¹⁴³.

Tuttavia, Betti non individua il profilo c.d. soggettivo nella colpa. Anzi, egli utilizza il termine “imputabile” in senso assai più tecnico di quanto non lo intenda Osti, non nel senso di “colpevole”, ma come criterio di “imputazione”, cioè di collegamento, ad un determinato soggetto (il debitore) di un certo regime di responsabilità, anche a titolo oggettivo.

Una evidentissima riprova del particolare significato “oggettivo” attribuito da Betti alla locuzione “elemento soggettivo” e al termine “imputabile” emerge da un suo scritto dedicato alla responsabilità aquiliana, nel quale individua l'elemento oggettivo nella *iniuria*, nella «qualificazione di illecito» rivestita da un determinato comportamento, e l'elemento soggettivo nella sua “imputazione”, «a questo titolo», ad un determinato soggetto¹⁴⁴. Detto in termini bettiani, l'elemento soggettivo dell'illecito consiste in «un criterio tale da rendere facilmente riconoscibili (ossia univoci), nella normalità dei casi, i termini del nesso di causalità fra l'azione e l'evento dannoso e quindi i presupposti di fatto per un apprezzamento di concreta imputabilità»¹⁴⁵. E se questa espressione dovesse lasciare ancora qualche dubbio, ecco che nella pagina successiva Betti è ancora più chiaro: «l'elemento soggettivo dell'imputabilità è «dato dal nesso causale» e «l'elemento oggettivo dell'illecito» è individuato nella «violazione di un obbligo», rappresentando entrambi i «momenti di un processo inscindibile, il quale non può essere identificato nella sua rilevanza giuridica se non viene ravvisato nella sua interezza»¹⁴⁶. Osti, quindi, fraintende (o vuol fraintendere) il pensiero di Betti, identificando le nozioni di “elemento soggettivo” e di “imputazione” non con il rapporto di causalità c.d. giuridica, bensì con la colpa.

¹⁴¹ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*, ove cita E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 47.

¹⁴² G. OSTI, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.), ove cita E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 111.

¹⁴³ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 461.

¹⁴⁴ E. BETTI, *Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana*, cit., p. 144.

¹⁴⁵ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 145 (il corsivo è nostro).



Che si tratti di un'incomprensione essenzialmente terminologica, o della volontà di criticare un autore che si era dimostrato abbastanza irrispettoso nei suoi confronti, poi, lo testimonia lo stesso Osti ove considera meritevoli di «particolare rilievo i termini molto netti e decisi con cui il Betti conclude la trattazione sul nostro tema», conclusione, questa, «pienamente conforme alla nostra tesi»¹⁴⁷.

Ad Osti, probabilmente, non erano piaciuti i termini, senz'altro netti, con i quali il giurista camerte aveva contestato la nozione di impossibilità assoluta. Ma impossibilità oggettivo-relativa non significa impossibilità soggettiva, e ciò Betti lo spiega chiaramente, determinando il definitivo superamento di quella nozione, ormai anacronistica, alla quale Osti era ancora assai legato.

È proprio questo tema, infatti, a suscitare la reazione più veemente del professore bolognese, il quale riconosce che, «per la verità», il Betti «ha tentato di superare la contraddizione fra il considerare la colpa come fondamento della responsabilità per inadempimento, e il porre come limite della responsabilità solamente la impossibilità obiettiva non colposa della prestazione, così da lasciare sussistere la responsabilità anche quando, nella ipotesi di responsabilità soggettiva, non vi sia colpa del debitore»¹⁴⁸. Ma il suo tentativo si sarebbe «concretato in un'argomentazione che non varrebbe la pena di riprodurre, tanto è inconsistente nella sua dialettica speciosità, se non mettesse in evidenza che la delicatezza del tema induce a inconcepibili storture perfino ingegni del più alto livello»¹⁴⁹.

Per Betti l'impossibilità oggettiva, che a differenza di quella soggettiva ha rilevanza giuridica nei confronti del creditore, «si deve intendere come impossibilità di adempiere, in cui viene a trovarsi un debitore tenuto all'impegno di cooperazione richiesto dal tipo di rapporto obbligatorio: impossibilità, alla quale non si sarebbe potuto ovviare da parte di qualsiasi consociato che, tenuto a quel tipico impegno di cooperazione, fosse venuto a trovarsi nella situazione di fatto del debitore»¹⁵⁰. Per Osti, però, il riferimento al criterio di valutazione del comportamento del debitore rappresenta una «incongruenza» che può interessare «il problema della responsabilità dal punto di vista dell'elemento soggettivo di essa»¹⁵¹. Per la determinazione dell'impossibilità di adempiere, «che invece ha attinenza all'elemento oggettivo», sarebbe «in ogni caso evidente che l'adozione di un criterio tipico, astratto, quale è quello della diligenza del buon padre di famiglia, [...] non toglie che tale valutazione debba essere fatta con riguardo alle concrete modalità del comportamento medesimo e (quando ne sia il caso) con riguardo altresì alla concreta situazione in cui il singolo soggetto effettivamente venga a trovarsi»¹⁵². Ma «l'impossibilità cui accenna il Betti» sarebbe «tipica impossibilità soggettiva, mentre l'impossibilità oggettiva, per definizione, è indipendente dalla situazione di fatto del debitore, essendo inerente alla prestazione in sé considerata»¹⁵³.

Il concetto di impossibilità adottato da Betti sarebbe «inesatto» anche da un altro punto di vista, «e precisamente in quanto egli nega che vi sia ragione di distinguere tra im-

¹⁴⁷ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 466, in nt. 26.

¹⁴⁸ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 468, in nt. 28.

¹⁴⁹ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁰ Lo riferisce G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵¹ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵² G. OSTI, *op. ult. cit.*, pp. 468 e 469, in nt. 28.

¹⁵³ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 469, in nt. 28.



possibilità assoluta e impossibilità relativa»¹⁵⁴. Ma questo sarebbe «nulla più che un giuoco di parole, se vuole significare nuovamente che l'impossibilità, anche per ciò che riguarda il requisito della assolutezza, deve essere determinata con riguardo al particolare rapporto e alla natura della prestazione che ne forma oggetto: che se per converso si dovesse intendere nel senso che, pur di fronte a prestazioni identiche, il vincolo obbligatorio potesse variare di intensità, o che in altri termini il debitore potesse ritenersi tenuto secondo i casi ad uno sforzo maggiore o minore per adempierla, *pur essendo identica la prestazione a suo carico*, si cadrebbe in quella concezione dell'obbligazione come un dovere di sforzo, ossia come un mero dovere di diligenza, della quale si fece banditore in Italia il Barassi sulle orme del Hartmann, e che dallo stesso Betti, poi, è fatta oggetto di critica»¹⁵⁵.

È proprio questo il punto cruciale della critica: Osti continua a pensare all'impossibilità oggettiva come a un'impossibilità assoluta, mentre Betti, conformemente ad una moderna concezione della regola di buona fede (ma non di colpa), intende la nozione di impossibilità in relazione al tipo di rapporto obbligatorio ed al complessivo regolamento di interessi che le parti si son date con il contratto.

Un importante riconoscimento dell'attualità del pensiero di Emilio Betti verrà dall'opera di Luigi Mengoni e dalla dottrina successiva. Una teoria che assolve il debitore da responsabilità «soltanto quando, per un evento a lui non imputabile, la prestazione sia divenuta un'impresa sovrumana o possa essere attuata soltanto con comportamenti contrari a norme giuridiche di ordine pubblico, che assume a regola del giudizio di possibilità la condizione di “una perfetta astrazione dell'obbligazione dal negozio giuridico onde può avere causa”¹⁵⁶, svalutando così le circostanze concrete del contratto» non poteva essere destinata «a raccogliere molti consensi»¹⁵⁷. Problema centrale «della teoria moderna della responsabilità contrattuale (con l'eccezione della dottrina di Osti) è il superamento di questo concetto rigoroso, evidentemente inadatto ai bisogni del commercio giuridico e incompatibile con la clausola generale della buona fede, la quale esige che il limite di responsabilità del debitore sia valutato in relazione all'intero contenuto del rapporto obbligatorio (...) e perciò in stretta connessione col regolamento negoziale da cui deriva»¹⁵⁸.

6. Tuttavia, è proprio Osti a cadere «nella stessa trappola del BGB, nel quale non l'inadempimento come tale è fonte della responsabilità, bensì, nel caso di inadempimento divenuto impossibile, l'impossibilità quando essa sia imputabile a colpa»¹⁵⁹. Da qui l'obiezione del Segré, per il quale nelle ipotesi di impossibilità la responsabilità fondata sulla colpa finisce con l'essere «una specie di obbligazione *ex delicto*»¹⁶⁰ e, dunque, «una nuova obbligazione»¹⁶¹. Così, la teoria di Osti porterebbe a «rompere l'unità di fondamento della

¹⁵⁴ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁵ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

¹⁵⁶ Così, invece, G. OSTI, *Revisione critica*, cit., p. 241.

¹⁵⁷ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 313 s.; conf. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 1988, p. 472.

¹⁵⁸ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 308 s.

¹⁵⁹ C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento*, cit., p. 4.

¹⁶⁰ *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 771.

¹⁶¹ Lo rileva L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 315.



responsabilità del debitore: a seconda che la prestazione sia mancata essendo ancora oggettivamente possibile oppure sia divenuta impossibile per una causa imputabile all'obligato, fondamento della responsabilità è un fatto oggettivo, l'inadempimento per sé considerato, oppure un fatto soggettivo, la colpa¹⁶². Dagli artt. 1218 e 1256 sarebbe argomentabile, invece, «in tutt'altro senso: sopravvenuta l'impossibilità della prestazione, non tanto la colpa è rilevante come fonte di responsabilità, quanto l'assenza di colpa come elemento concorrente a formare una fattispecie estintiva dell'obbligazione»¹⁶³.

Emilio Betti, pur senza contestare apertamente la partizione, così come farà Luigi Mengoni l'anno successivo, non predica la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” ai fini di una contrapposta disciplina dell'inadempimento, ma si limita a qualificare, descrittivamente, i tipi di “cooperazione dovuta”. Anche con riferimento alle obbligazioni che hanno per termine di riferimento un contegno di cooperazione afferma che la prova della diligenza o dell'abilità tecnica non è sufficiente ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento poiché, mancata la prestazione o l'esecuzione «esatta e integrale del servizio pattuito», bisognerà verificare se «questa mancanza sia imputabile allo stesso debitore che la doveva o non dipenda per avventura da causa a lui estranea»¹⁶⁴. Per le obbligazioni «di contegno» il criterio della diligenza (*ex art. 1176*) può essere considerato un «criterio di valutazione della condotta», ma «non è punto inteso a stabilire quelli che sono i presupposti della responsabilità contrattuale»¹⁶⁵.

Sul punto Osti è alquanto ondivago. Nella parte conclusiva del suo studio, malgrado sottolinei una netta divergenza di opinioni rispetto alle tesi esposte da Mengoni¹⁶⁶, egli afferma l'«unità concettuale della obbligazione» pur in presenza della «diversità delle prestazioni», là dove rileva che in ogni tipo di obbligazione v'è sempre un “risultato utile”, «*anche se la prestazione consista in una mera attività*»¹⁶⁷. Per quanto si possano «ben distinguere le prestazioni secondo che consistano in una mera attività del debitore o invece nella effettiva attuazione di uno scopo determinato», l'obbligazione «ha sempre per oggetto un risultato, consistente in un apporto di utilità, anche se tale apporto consista in una mera attività, perché il debitore è vincolato a compierla indipendentemente dalle sue concrete possibilità, e risponde del mancato adempimento di essa se non prova che la stessa attività in sé e per sé considerata è divenuta impossibile *senza sua colpa*»¹⁶⁸. Ecco che la colpa, anzi l'assenza di colpa, riemerge, nel pensiero di Osti, a qualificare l'impossibilità e, quindi, l'inadempimento non imputabile, del quale il debitore non è responsabile nei riguardi del creditore.

Tuttavia egli pone in evidenza una rilevante diversità di prospettiva con riferimento alla controversa partizione: mentre «di solito il concetto di risultato è riferito alla posizione del creditore, intendendosi dire che a quest'ultimo è in ogni caso assicurato dal rapporto un risultato utile, salvo che questo può non essere senz'altro lo scopo finale da lui perseguito

¹⁶² L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 315 s.

¹⁶³ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 316.

¹⁶⁴ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 128.

¹⁶⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 130.

¹⁶⁶ G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 452, ove rileva di aver avuto l'opportunità di leggere, quando il suo studio era già in bozze, soltanto la prima parte dell'opera di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.

¹⁶⁷ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 484, anche in nt. 41 (il corsivo è dell'A.).

¹⁶⁸ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 484 (il corsivo è nostro).



(come è nelle “obbligazioni di risultato”), ma può anche essere solo il conseguimento di un mezzo (attività del debitore) ritenuto idoneo a renderne possibile il raggiungimento», per Osti «l’oggetto dell’obbligazione è sempre un risultato con riguardo al vincolo del debitore, nel senso cioè che in ogni caso il debitore è tenuto a porre in essere la prestazione, qualunque essa sia, salvo che essa diventi obiettivamente impossibile»¹⁶⁹. Inoltre egli afferma che Mengoni sarebbe incorso in un grave fraintendimento del suo pensiero, in quanto «nessuna antitesi nemmeno apparente» è stata mai affermata tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. e, soprattutto, quest’ultimo testo è (da lui) considerato «applicabile a tutte le obbligazioni, anche a quelle che il Mengoni chiama “di comportamento”, ossia a quelle che hanno per oggetto un *facere*»¹⁷⁰. Ma la critica al pensiero di Luigi Mengoni riguarda anche la proposta di applicare la regola della diligenza (art. 1176) alle obbligazioni di risultato, sulla base della constatazione che l’art. 1337 *Cod. Nap.* riferisce il dovere di «y apporter tous les soins d’un bon père de famille» all’obbligazione di custodire, la quale implicherebbe «*come risultato dovuto*, la conservazione della cosa»¹⁷¹. Ad Osti, però, «sembra che non occorra spendere parole per dimostrare la inconsistenza di tale assunto»: conformemente a ciò che pensa l’unanime dottrina francese, «essere obbligato a “*veiller à la conservation de la chose*” [...] è molto meno di essere tenuto a *conservare* la cosa, e significa solamente essere tenuto a un comportamento (apprestamento di cautele materiali, vigilanza ecc.) quale un uomo oculato suole adibire per lo scopo di assicurare tale conservazione, senza cioè dover rispondere del risultato finale, ma solo dell’attività impiegata come mezzo per conseguirlo»¹⁷².

Nel distinguere tra «colpa nell’adempimento e colpa dell’inadempimento (o, più precisamente ancora, della impossibilità oggettiva che determina l’inadempimento)»¹⁷³, Osti concorda invece con il pensiero di Betti, pur rilevando come sia «notevolmente eccessivo l’apparato dottrinale, storico e dogmatico» esaminato dal giurista camerte al fine di confutare la tesi del Barassi, «perché la rassegna delle varie soluzioni adottate progressivamente, dal diritto romano classico [...] al diritto giustiniano, [...] mette solo in evidenza l’impossibilità di trarre da quello sviluppo storico un principio logico dominante che possa dare luce al sistema positivo odierno»¹⁷⁴. Così, se si esamina la rilevanza della colpa dall’angolo visuale «dell’attività che il debitore deve spiegare nell’adempimento dell’obbligazione», essa riguarda sia le obbligazioni nelle quali «in quell’attività si concreti addirittura la prestazione dovuta, come in tutte le obbligazioni che hanno per oggetto un fare inteso come attività *diretta a uno scopo* (in quanto non l’attuazione dello scopo – *opus* in senso lato – bensì l’attività diretta ad attuarla sia *in obligatione*); sia che ne costituisca un elemento anche solo accessorio, come può essere nella obbligazione di dare»¹⁷⁵. Se invece si fa riferimento al regime dell’inadempimento, «il Betti», con la sua distinzione dei tipi di obbligazione, «sfonda una porta aperta, essendo di per sé evidente che la diligenza, in quanto qualità tipica di un’attività del debitore, non può trovare applicazione se non dove ad un’attività il debitore sia tenuto»¹⁷⁶. Perché «dove egli sia inve-

¹⁶⁹ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 484, in nt. 41.

¹⁷⁰ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 474, in nt. 36.

¹⁷¹ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 475, in nt. 36.

¹⁷² G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷³ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 473 (il corsivo è dell’A.).

¹⁷⁴ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 473 s.

¹⁷⁵ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 471.

¹⁷⁶ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 474.



ce tenuto nell'apprestazione di un risultato utile astrazione fatta dai mezzi necessari per attuarlo, ed in specie dalla necessaria attività sua o di chi altri per lui, evidentemente, di applicazione dell'art. 1176 non si potrà nemmeno parlare»¹⁷⁷.

Per Osti, come per Betti e per Mengoni, non v'è, quindi, alcuna "antitesi" con l'art. 1176, che è norma in tema di diligenza nell'adempimento (non nell'inadempimento) e che, pertanto, è solo criterio determinativo della prestazione, come «misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta», che «riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo»¹⁷⁸. E poiché «si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente la obbligazione»¹⁷⁹, non è possibile «portare l'indagine all'interno della psiche del debitore», in quanto «l'atteggiamento spirituale del debitore non è attinente alla prestazione in sé considerata, così da potersi ritenere idoneo a determinare una impossibilità oggettiva di esatto adempimento»¹⁸⁰.

7. La partizione delle obbligazioni, in relazione al loro oggetto, tra "mezzi" e "risultato" è stata sottoposta, proprio nella dottrina italiana, ad una delle più rigorose e convincenti critiche. Malgrado il celebre saggio di Luigi Mengoni sia apparso oltre sessant'anni fa, esso conserva una grande attualità, tant'è che, anche dalle sue pagine, la giurisprudenza più avvertita ha tratto spunto per elaborare alcuni orientamenti che hanno innovato l'intero settore della responsabilità per inadempimento. Riguardo, poi, al pensiero di Betti, ma anche a quello di Osti, pur in presenza di una indiscutibile originalità, il contributo di Luigi Mengoni rappresenta il momento conclusivo di un itinerario comune, soprattutto in ordine ai temi dell'adempimento inesatto e dell'onere della prova.

Contestate le varie denominazioni proposte dalla letteratura francese¹⁸¹ e sottolineata la "relatività" dei concetti di mezzo e di risultato, nel senso che qualsiasi fatto, «valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata»¹⁸², l'illustre Autore concorda con l'opinione, già sostenuta in Francia dal Wigny¹⁸³ e da parte della dottrina germanica, secondo la quale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato¹⁸⁴. La partizione, quindi, vuol significare non che in talune obbliga-

¹⁷⁷ G. OSTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁸ Così la Relazione al Re, n. 559.

¹⁷⁹ Relazione al Re, n. 559.

¹⁸⁰ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 479.

¹⁸¹ Secondo L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 186, l'altra denominazione "inventata" dalla dottrina francese (ovvero: "obbligazioni determinate" e "obbligazione generale di prudenza e diligenza") sarebbe «peggiore della prima».

¹⁸² L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 188.

¹⁸³ *Responsabilité contractuelle et force majeure*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, p. 19; così anche G. MARTON, *Obligations de résultat et obligations de moyens*, *ivi*, 1935, p. 499 s.

¹⁸⁴ Testualmente, L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*



zioni manchi il risultato dovuto, ma piuttosto che possa esistere, nei rapporti obbligatori, una maggiore o una minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, ovvero all'interesse da cui l'obbligazione trae origine. Mentre in alcuni rapporti (cc.dd. obbligazioni di risultato) «il risultato dovuto consiste in una realizzazione finale in cui si risolve, con piena soddisfazione, il fine economico del creditore, l'interesse che ha determinato il sorgere del vincolo», in altri (c.d. obbligazioni di mezzi, o “di mezzo”, come le definisce lo stesso Demogue) vi sarebbe soltanto un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza o utilità in ordine a quel fine, la cui realizzazione non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio¹⁸⁵.

La diligenza non può essere «giammai l'oggetto di una obbligazione di comportamento»¹⁸⁶. Nonostante la diligenza abbia assunto, nella prassi, un significato ulteriore, più ampio di quello originario, «attività diligente e attività obiettivamente adeguata allo scopo del rapporto obbligatorio non sono concetti reciprocamente impliciti»¹⁸⁷.

La diligenza “in senso tecnico”, essendo essenzialmente un criterio di imputazione, una misura della colpa, non riguarda il raggiungimento dello scopo dell'obbligazione¹⁸⁸. In un ordinamento «che alla responsabilità del debitore non riconosce altro limite se non il *casus* (art. 1218), cioè il limite stesso dell'obbligazione (art. 1256), la diligenza in senso stretto, intesa come dovere di sforzo in vista dell'adempimento, non può avere quella rilevanza generale che, *prima facie*, sembrerebbe indicata dall'art. 1176»¹⁸⁹. La regola della «culpa-diligentia» viene in considerazione per la fondazione della responsabilità contrattuale unicamente nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità (oggettiva) dell'adempimento¹⁹⁰. Soltanto in questo caso «importa accertare se e quanto il debitore si è sforzato per non lasciare inappagata l'aspettativa del creditore»¹⁹¹.

La valutazione della diligenza come regola generale di responsabilità nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione consente di individuare nella buona fede (artt. 1366 e 1375) «il vero principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione», che «non solo esige che il debitore compia tempestivamente tutti gli atti necessari da parte sua per la realizzazione del risultato dovuto, ma anche che, prima della scadenza, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di adempiere»¹⁹². La considerazione del dovere di diligenza *stricto sensu* non già come obbligo autonomo, bensì come una specificazione del contenuto dell'obbligo di prestazione consente di scorgere una fondamentale differenza con la responsabilità delittuale (per colpa): mentre in quest'ultima la negligenza «– intesa nel senso di deviazione da un determinato criterio di condotta, distinto dalla norma la cui infrazione costituisce l'ingiustizia – è rilevante come qualificazione del comportamento illecito, come elemento soggettivo normalmente complementare della fattispecie condizionante il diritto al risarcimento del danno (art. 2043)»; nell'ambito dei rapporti obbligatori, invece, la norma della buona fede (oggettiva) allarga la tutela dell'interesse del creditore fino a

¹⁸⁵ Così, L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 190 s.

¹⁸⁶ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 193 s.

¹⁸⁷ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 195.

¹⁸⁸ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 199.

¹⁸⁹ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁰ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹¹ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹² L. MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 202 e 203.



comprendere nel contenuto del vincolo anche l'osservanza di un complesso di cautele, normalmente necessarie per evitare ogni pregiudizio al pieno e integrale raggiungimento dello scopo dell'obbligazione¹⁹³.

«Disattesa l'idea di risolvere con la distinzione delle obbligazioni di mezzi e di risultato l'apparente antitesi fra l'art. 1176 e l'art. 1218»¹⁹⁴, l' esimio Autore procede, sulla scia del pensiero di Osti e Betti, ad una completa «revisione della concezione corrente della responsabilità contrattuale come responsabilità essenzialmente connessa alla colpa»¹⁹⁵. Determinato, alla stregua della buona fede, il contenuto dell'obbligo di prestazione e precisati, sulla base degli obblighi reciproci di correttezza (art. 1175), quegli obblighi di protezione o di *sécurité* che accedono al rapporto obbligatorio in ragione dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e il proprio patrimonio dal pericolo di danno derivante dalla specifica relazione costituitasi tra le parti¹⁹⁶, il debitore dovrà rispondere dell'adempimento «indipendentemente dall'entità dello sforzo necessario per il compimento degli atti dovuti»¹⁹⁷.

La dottrina più risalente, che oggi sorprendentemente dà ispirazione ad un censurabile orientamento della Terza Sezione civile della Cassazione¹⁹⁸, la quale costruiva «la responsabilità contrattuale in termini paralleli alla responsabilità extracontrattuale, vale a dire come responsabilità fondata su un illecito subiettivo», si fondava sull'«illusione» di considerare l'inadempimento come una colpa *eo ipso*¹⁹⁹. Ma, nella maggior parte dei casi, la c.d. “presunzione di colpa” si rivela «per quello che veramente è: una finzione di colpa»²⁰⁰. Questa concezione che, erroneamente, «scambia la colpa con la responsabilità, quasi che essere responsabili equivalga a essere in colpa», non si avvede della «fondamentale verità», secondo la quale l'inadempimento di un'obbligazione preconstituita è condizione logicamente sufficiente della responsabilità del debitore, senza bisogno della qualificazione soggettiva della colpa²⁰¹. Nella «secolare controversia» che ha interessato tale questione «si è dimenticato troppo spesso che la responsabilità è un momento essenziale dell'obbligazione, e come tale non può cessare se non in virtù di un fatto che produca l'estinzione o la sospensione del vincolo di prestazione»²⁰². La fattispecie della responsabilità «è costituita in ogni caso dall'inadempimento in sé considerato, come si argomenta del resto dall'art. 2740»²⁰³. Anche nelle “obbligazioni di mera diligenza” la responsabilità si fonda «sul fatto oggettivo

¹⁹³ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 203 e 204.

¹⁹⁴ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.* Nella dottrina più recente, l'idea secondo la quale l'art. 1218 c.c. sia una regola unitaria alla stregua della quale valutare la responsabilità del debitore è condivisa da G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Padova, 2006, p. 141 ss.; ID., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, p. 185 ss. e *passim*.

¹⁹⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 281.

¹⁹⁶ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 285.

¹⁹⁷ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 287.

¹⁹⁸ Per la critica del quale v., *infra*, i §§ 10, 11 e 12.

¹⁹⁹ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 289 e 296.

²⁰⁰ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 297.

²⁰¹ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 300.

²⁰² L. MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 300 e 301.

²⁰³ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 302.



dell'inadempimento, e non sull'inadempimento in quanto imputabile all'obbligato»²⁰⁴. In tal senso la colpa non è mai «parte integrante della fattispecie di responsabilità», ma è «propriamente un presupposto mediato, in quanto esercita una funzione di conservazione del rapporto obbligatorio, escludendo una circostanza (assenza di colpa) che, congiunta all'impossibilità sopraggiunta, completerebbe una fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio»²⁰⁵. Quindi, «il debitore non è responsabile non già per mancanza di colpa, cioè perché l'inadempimento non è a lui imputabile, ma piuttosto perché ha adempiuto la sua obbligazione»²⁰⁶.

L'incomprensione in cui è incorsa la dottrina meno avvertita, e in cui incorre oggi il contestato indirizzo della Cassazione²⁰⁷, è stata quella di aver pensato che la partizione tra le obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” si ripercuotesse sul relativo onere della prova, atteggiandolo diversamente²⁰⁸, secondo che si trattasse di un'obbligazione inquadrabile nell'una o nell'altra categoria. E tale convinzione è stata così pervicace da spingere una buona parte degli scrittori fino al punto da proporre tale *summa divisio* come «destinata a sostituire la tradizionale contrapposizione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, ai fini della ripartizione del carico della prova»²⁰⁹. Le regole sull'onere della prova sarebbero sempre eguali, qualunque sia la fonte della responsabilità (contratto o torto), «in relazione al contenuto dell'obbligo che si assume violato»: in presenza di obblighi di risultato spetterebbe «all'autore del danno provare di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di evitare il danno»; in presenza di obblighi di mero comportamento toccherebbe, invece, alla vittima del danno dimostrare la colpa del danneggiante²¹⁰. In tal senso, la differenza tra responsabilità contrattuale e delittuale, sotto il profilo dell'onere della prova, dovrebbe essere ristretta alle sole obbligazioni di risultato²¹¹. Affermazione questa che, nel ricostruire indebitamente la disciplina dell'inadempimento sulla base delle regole dettate per la responsabilità delittuale per colpa, denuncia una «duplice confusione di concetti»²¹², oltre a rivelarsi erronea, nella sua genericità, anche sotto altro profilo, riconoscendosi «universalmente» che per le obbligazioni negative, che sono una «specie di obbligazioni di risultato», spetta al creditore la dimostrazione dell'inadempimento²¹³.

Per Luigi Mengoni, la pretesa contrapposizione tra obbligazioni cc.dd. “di mezzi” e “di risultato” non può incidere sull'onere della prova dell'adempimento²¹⁴. A differenza del diritto tedesco, ispirato ad una soluzione meno rigorosa (§ 275 BGB) di quella accolta dai diritti francese (art. 1147) e italiano (art. 1218)²¹⁵, il sistema franco-italiano «è costruito sul concetto di inadempimento: ciò che importa è la violazione dell'obbligazione, in qualunque

²⁰⁴ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 301.

²⁰⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 304.

²⁰⁶ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 307.

²⁰⁷ Sul quale, *infra*, i §§ 10 - 12.

²⁰⁸ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 314. Ricorda il pensiero di Mengoni anche G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., p. 155, nota 35.

²⁰⁹ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁰ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²¹¹ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 375.

²¹² L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²¹³ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 316 s.

²¹⁴ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 318.

²¹⁵ Così, L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 379.



forma e rispetto a qualunque singolo obbligo si manifesti»²¹⁶. Corrispondentemente a questa costruzione unitaria, la ripartizione dell'onere della prova stabilita dall'art. 1218 c.c. «vale per qualsiasi ipotesi di *inesatto adempimento*, consista la violazione in un comportamento omissivo del debitore (ritardo della prestazione principale o violazione di un obbligo positivo di protezione) oppure in un comportamento commissivo (difettosità qualitativa della prestazione eseguita, o violazione di un obbligo negativo di protezione)»²¹⁷.

«La verità» è che uno spostamento dell'onere della prova può verificarsi «soltanto in un sistema di responsabilità, come quello dell'art. 2043, legato al presupposto specifico della colpa, ravvisata come elemento integrante della fattispecie del diritto al risarcimento del danno»²¹⁸. Viceversa, tale modello «non è nemmeno concepibile»²¹⁹ quando la responsabilità è connessa a un rapporto obbligatorio preesistente. Il vincolo di responsabilità è un momento coesistente al concetto di obbligazione, cosicché l'esistenza del rapporto obbligatorio è un presupposto logicamente sufficiente della responsabilità del debitore inadempiente²²⁰. E poiché qui la colpa ha una rilevanza soltanto indiretta, come mero «requisito di conservazione dell'obbligazione», essa rappresenta «in ogni caso un tema di prova indicato non già dalla norma di cui l'attore chiede l'applicazione, bensì da una norma diversa, richiamata dal convenuto in quanto prevede un fatto estintivo o sospensivo dell'obbligo di prestazione»²²¹. In tal senso, tale tema di prova «dovrà sempre essere svolto dal debitore»²²². Le regole sull'onere della prova «giammai potranno aggravare la posizione dell'attore a tal segno, da imporgli anche la prova dell'inesistenza di fatti estintivi o modificativi del diritto reclamato in giudizio»²²³.

8. Nel complesso itinerario argomentativo che caratterizza il pensiero di questi esimi Autori, pur in presenza di talune non irrilevanti diversità di vedute, giova sottolineare soprattutto le essenziali convergenze.

Sia per Osti, sia per Betti, sia per Mengoni l'unica norma di riferimento in tema di inadempimento è l'art. 1218, da applicare, pur con diverse modalità, ad ogni tipo di obbligazione.

Tutti e tre gli Autori, pur con le diversità che si sono rilevate, predicano una disciplina di responsabilità oggettiva, contestando con veemenza la tendenza «a dare alla responsabilità per inadempimento un fondamento morale, e quindi a considerare la diligenza come un atteggiamento dello spirito anziché come una particolare modalità di azione concreta»²²⁴.

²¹⁶ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 374.

²¹⁷ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.* Il corsivo è nostro e tende a sottolineare come, nel pensiero dell'A., conformemente a Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565 ss., il problema dell'(in)esatto adempimento non possa essere risolto separatamente (e, semmai, in maniera opposta) rispetto a quello dell'inadempimento.

²¹⁸ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 378.

²¹⁹ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²²⁰ Testualmente L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 379.

²²¹ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²²² L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²²³ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

²²⁴ Con la consueta chiarezza, G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 476.



E ciò spiega perché, dal punto di vista del diritto, per ciò che riguarda i rapporti economici, «il debitore il quale pur senza sua colpa non si trovi in grado di adempiere, quando la prestazione in sé considerata è possibile, è tenuto responsabile dell'inadempimento»²²⁵.

Anche con riferimento alla partizione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” le posizioni di questi Autori non sono distanti. Per quanto dichiarò di avere percepito, nel suo scritto del 1918, l'«importanza di quella possibile diversità di oggetto delle obbligazioni, per determinare il significato e la portata dell'art. 1224 del codice del 1865 (ora art. 1176)», Osti non si «lagna», però, che quel suo spunto «non abbia avuto nella dottrina nostra la fortuna che il successivo rilievo del Demogue ha avuto nella dottrina francese», anche perché «è stata, questa, una fortuna un po' eccessiva, avendo oltre a tutto portato a conseguenze [...] non scvere di errore, specie nella determinazione dei principi relativi all'onere della prova dell'adempimento»²²⁶.

Questa ricostruzione unitaria dei rapporti obbligatori implica una disciplina comune dell'onere della prova anche per tutte le ipotesi di adempimento inesatto. Sulla base dell'inversione prescritta dall'art. 1218 il tema di prova deve essere svolto dal debitore, il quale dovrà dimostrare l'estinzione dell'obbligazione per adempimento (esatto) o per impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile.

La ricostruzione elaborata da questi Autori, ed avvalorata da più e meno recenti indirizzi della scienza giuridica italiana²²⁷, è stata recepita dalla nostra giurisprudenza quasi cinquant'anni dopo.

In una decisione che ha assunto una portata assai rilevante, perché ha investito la disciplina generale del rapporto obbligatorio, le Sezioni Unite della Cassazione, nell'abbandonare un altalenante percorso fin lì seguito, hanno affermato che il «principio di riferibilità o di vicinanza della prova» impone di esentare il creditore dall'onere di provare il «fatto negativo» dell'inadempimento in tutte le ipotesi contemplate dall'art. 1453 c.c., «con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento»²²⁸. Tale regola, che muove dalla considerazione secondo la quale «il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione», è altresì coerente con l'art. 2697 che, distinguendo tra fatti costitutivi e fatti estintivi, dispone che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione²²⁹.

Il principio «della presunzione di persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697», in virtù del quale, «una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine», grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dall'adempimento, deve ritenersi operante non soltanto nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, ove deve provare il titolo contrattuale o legale del suo diritto, ma anche nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della

²²⁵ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 483.

²²⁶ G. OSTI, *op. ult. cit.*, p. 471, in nt. 31.

²²⁷ Ulteriori indicazioni in C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., *passim*.

²²⁸ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

²²⁹ Testualmente, Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.



controparte, agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno²³⁰. Le domande di adempimento, di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno si collegano tutte al medesimo presupposto costituito dall'inadempimento. Al contrario, non sarebbe «ragionevole» attribuire diversa rilevanza al fatto dell'inadempimento a seconda del tipo di azione che viene in concreto esercitata, essendo le azioni di adempimento e di risoluzione «poste dall'art. 1453 sullo stesso piano, tanto è vero che il creditore ha facoltà di scelta tra l'una o l'altra»²³¹. Se la parte che agisce per l'adempimento «può limitarsi (come è incontrovertito) ad allegare (senza onere di provarlo) che adempimento non vi è stato, eguale onere limitato alla allegazione va riconosciuto sussistente nel caso in cui invece dell'adempimento la parte richieda, postulando pur sempre che adempimento non vi è stato, la risoluzione o il risarcimento del danno»²³².

Sulla base di tali argomentazioni, le Sezioni Unite concludono che il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione e/o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, mentre sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento²³³.

Questo «criterio di riparto», che trova la sola eccezione nel caso di inadempimento di obbligazioni negative, oltre ad applicarsi, a ruoli invertiti, nel caso di eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.)²³⁴, viene esteso, per le «richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio», anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento. Infatti appare «artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito, la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento»²³⁵. In realtà, «il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa richiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento»²³⁶. Al contrario, sarebbe «irragionevole» considerare sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza. In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sull'allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento²³⁷.

Il far gravare, anche in tale eventualità, sul debitore, l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento assume capitale importanza, non soltanto per gli obblighi di prestazione, ma anche per gli obblighi di protezione e di *sécurité*, tant'è che la stessa Cassazione cita, come esempi tipici di inesatto adempimento, oltre alle «difformità quantitative o qualitative

²³⁰ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

²³¹ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

²³² Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

²³³ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

²³⁴ Potendosi limitare, chi formula l'eccezione, ad allegare l'altrui inadempimento, mentre «sarà la controparte a dover neutralizzare l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico» (Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568).

²³⁵ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

²³⁶ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

²³⁷ Testualmente, Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.



dei beni» ed alla «mancata osservanza dell'obbligo di diligenza», l'inadempimento degli obblighi d'informazione e, più in generale, la «violazione di doveri accessori»²³⁸.

9. Tale fondamentale decisione²³⁹ è stata poi confermata dalla giurisprudenza successiva, anche da quella che si è pronunciata in tema di responsabilità sanitaria.

Ribadita la soluzione del 1999²⁴⁰, ovvero che la relazione che si instaura tra struttura sanitaria e paziente dà luogo ad un rapporto di tipo contrattuale²⁴¹, poiché «l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto»²⁴², la Cassazione doveva risolvere la questione più rilevante – che aveva ispirato a suo tempo Hermann Staub nella “scoperta” delle violazioni positive del contratto²⁴³ –, cioè quale fosse la disciplina applicabile alle ipotesi di gran lunga più frequenti, quelle nelle quali viene contestato un inesatto adempimento. In Francia, la qualificazione della responsabilità medica come responsabilità contrattuale²⁴⁴ non aveva apportato alcuna significativa innovazione, poiché la giurisprudenza non aveva mai seguito l'idea «di rovesciare sul medico l'onere di provare l'(esatto) adempimento»²⁴⁵. Considerando, sulla scia di René Demogue, l'obbligazione del professionista sanitario come la tipica obbligazione “di mezzi”, e avendo ricalcato la disciplina di tale modello su quella della responsabilità delittuale per *faute prouvée*, le Corti avevano continuato, nella sostanza, ad applicare alla medesima il testo dell'art. 1382, come se si trattasse di un'ipotesi di responsabilità aquiliana²⁴⁶.

Nelle importanti sentenze rese dalla Terza Sezione civile nel 2004, che ispireranno la successiva decisione delle Sezioni Unite, la giurisprudenza italiana, applicando alla responsabilità medica i principi di vicinanza della prova e di persistenza del diritto²⁴⁷, diversifica chiaramente lo “statuto” del rapporto obbligatorio dal calco della responsabilità delittuale (per colpa), provvedendo altresì a uniformare la disciplina tra obblighi di prestazione (even-

²³⁸ Cass. civ., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568; così già L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 374.

²³⁹ Sulla quale, in vario senso, G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903; V. MARCONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1569 ss.; P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss.

²⁴⁰ Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 298 s.

²⁴¹ Così, Cass., III Sez. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 25, annotata da R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

²⁴² Cass., III Sez. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 27.

²⁴³ H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1903, *passim*, ora anche nella versione it. di G. Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.

²⁴⁴ Che risale all'*arrêt Mercier*: Cass., 20 maggio 1936, in *Rec. Sirey*, 1936, I, p. 321.

²⁴⁵ Così, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 367, in nt. 4.

²⁴⁶ Sulla successiva evoluzione della giurisprudenza francese ed, in particolare, sulle obbligazioni “di mezzi” rafforzate, sulla connessione tra obbligazioni di *sécurité* “di risultato” ad obblighi di prestazione “di mezzi”, fino alla riforma del 2002 che discorre di una responsabilità *per faute*, prescindendo dal titolo contrattuale o delittuale della prestazione sanitaria (art. L 1142-1, commi 1 e 2, *Code santé publ.*), cfr. M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 339 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 914 ss.

²⁴⁷ Ad es., Cass., III Sez. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, cit., p. 25; Cass., III Sez. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, cit., p. 28.



tualmente “di mezzi”) ed obblighi di protezione o di *sécurité* (eventualmente “di risultato”)²⁴⁸. La Cassazione dispone che, sulla base dell’art. 1218 c.c., il paziente ha soltanto «l’onere di allegare l’inesattezza dell’adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità della colpa; il cui difetto (nel caso “ordinario” di cui all’art. 1176 c.c.) ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel senso di cui all’art. 2236 c.c.) deve essere invece allegata e provata dall’obligato alla prestazione che si assume inesattamente effettuata»²⁴⁹.

Superata la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà quale criterio di distribuzione dell’onere della prova²⁵⁰, la Corte decide che la prova della impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile e della diligenza nell’adempimento «è sempre riferibile alla sfera d’azione del debitore; in misura, inoltre, tanto più marcata quanto più l’esecuzione della prestazione consista nell’applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore siccome estraneo al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore»²⁵¹. Tale conclusione viene fatta collimare con la disciplina dell’obligazione “di diligenza”: secondo la Suprema Corte, «consistendo l’obligazione professionale in un’obligazione di mezzi», il paziente (che agisce in giudizio deducendo l’inesatto adempimento dell’obligazione sanitaria) «dovrà provare l’esistenza del contratto e l’aggravamento della situazione patologica o l’insorgenza di nuove patologie per effetto dell’intervento, restando a carico del sanitario o dell’ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile»²⁵². In una sentenza coeva si rileva, altresì, come la «colpa medica» integri ormai «una dimensione paraoggettiva della responsabilità (o, quanto meno, una dimensione comunque “aggravata”)», avendo rappresentato la «presunzione di colpa tout court» collegata alla “facilità” dell’intervento «il primo passo verso la sostanziale trasformazione dell’obligazione del professionista da obligazione di mezzi in obligazione di (quasi) risultato»²⁵³.

Il successivo passo verso l’individuazione di una disciplina unitaria del rapporto obligatorio, di prestazione e di *sécurité*, fondata sulla convinzione che in ogni caso v’è sempre un “risultato dovuto”, sia pure di maggiore o di minore ampiezza, rispetto al contenuto dell’interesse finale del creditore²⁵⁴, viene compiuto da un’ulteriore sentenza della Cassazione resa a Sezioni Unite, la quale, sulla scia delle dottrine testé citate, considera ormai «dogmaticamente superata» la distinzione tra obligazioni di mezzi e di risultato, ammissibile soltanto a fini “descrittivi”²⁵⁵. Ma il significato più pregnante di questa decisione involge il

²⁴⁸ V., sul punto, M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité Dr. civ. sous la direction de C. Larroumet*, II éd., Paris, 2012, pp. 894, 897 s.

²⁴⁹ Cass., III Sez. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, cit., p. 25.

²⁵⁰ Cass., III Sez. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, cit., p. 28.

²⁵¹ Cass., III Sez. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, cit., p. 26.

²⁵² Cass., III Sez. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, cit., p. 28.

²⁵³ Cass., III Sez. civ., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 33.

²⁵⁴ In questi termini, già L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 188 ss. e *passim*.

²⁵⁵ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790, annotata da G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.



problema della causalità e, soprattutto, quello del caso fortuito come «limite generale della responsabilità per inadempimento»²⁵⁶.

Nella specie, le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere un contrasto tra le Sezioni semplici in merito al problema del riparto dell'onere probatorio: nell'applicare in tema di responsabilità sanitaria i principi statuiti dalle Sezioni Unite nel 2001 (e ciò sembra chiarire altresì la portata di *rationes decidendi* dei relativi *dicta*, all'epoca revocata in dubbio da qualche Autore), alcune Corti avevano «ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso»²⁵⁷. Soltanto allora sarebbe stato «a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente»²⁵⁸.

Secondo le Sezioni Unite, proprio il punto relativo alla prova del nesso di causalità, che nelle controversie in materia di responsabilità professionale rappresenta il vero punto nodale al fine di condannare il debitore inadempiente al risarcimento del danno, «non può essere condiviso», perché «in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato»²⁵⁹. D'altronde, la partizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata spesso utilizzata dalle Corti per risolvere problemi di ordine pratico, «operandosi non di rado, per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista, una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso [...], definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio»²⁶⁰.

Poiché la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” «è stata sottoposta a revisione sia da parte della giurisprudenza che della dottrina»²⁶¹, il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova (ai sensi dell'art. 2697 c.c.) in materia di responsabilità contrattuale, «in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito», è «identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, *ex art. 1453 c.c.*, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*», senza dipendere in alcun modo dalla contestata divisione²⁶².

²⁵⁶ In questi termini, L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 290.

²⁵⁷ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

²⁵⁸ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

²⁵⁹ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790. Sul punto, A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 797 ss. Crede ancora in questa partizione, invece, G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 141 ss.

²⁶⁰ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., pp. 790 e 791.

²⁶¹ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

²⁶² Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.



Prestata piena adesione ai principi espressi nella sentenza n. 13533 del 2001, le Sezioni Unite «ritengono [...] che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno»²⁶³. Ciò significa, per un verso, che «l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno»; per altro verso, che «competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno»²⁶⁴.

In tal modo, il problema si sposta dalla (pretesa) inversione dell'onere della colpa, all'inversione della prova della causalità²⁶⁵, conformemente a quanto dispone l'art. 1218. L'allegazione di un adempimento inesatto «astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato» impone al debitore di «dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»²⁶⁶. Ai fini della prova dell'interruzione del rapporto causale è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell'adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore.

Tale conclusione era sembrata del tutto evidente²⁶⁷ ancor prima che intervenisse nuovamente la Cassazione²⁶⁸ a sancire siffatta soluzione. Ai fini della prova del nesso di causa tra inesatto adempimento e danno è sufficiente dimostrare che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento, rappresentato o «dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione», o «dal suo aggravamento», o «dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato»²⁶⁹. In tal modo la Suprema Corte fa gravare sul debitore il rischio della causa ignota o incerta²⁷⁰, accollandogli l'onere di provare la specifica causa che ha reso impossibile il risultato dovuto²⁷¹. Tale regola è stata, poi, generalizzata all'intera responsabilità contrattuale. Anche nel caso di un danno cagionato da un allievo a sé stesso durante una partita di pallavolo svoltasi in assenza del «precettore», in presenza di una causa ignota che non consente di dimostrare che «l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante», è sufficiente dimostrare che il danno (una distorsione al ginocchio arrecata dall'aver poggiato «malamente la gamba sinistra») si sia verificato «nel corso dello svolgimento del rapporto» per ingaggiare la responsabilità contrattuale della scuola e del precettore²⁷².

²⁶³ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

²⁶⁴ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

²⁶⁵ Testualmente, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

²⁶⁶ Così Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 792.

²⁶⁷ M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁸ Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33 ss.

²⁶⁹ Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, cit., p. 33.

²⁷⁰ M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*; e poi G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 39 ss.

²⁷¹ A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

²⁷² Cass., Sez. III, 10 maggio 2013, n. 11143, in *Danno e resp.*, 2014, p. 605 s.



10. Di recente, tuttavia, la Terza Sezione civile, pur senza rimettere la decisione alle Sezioni Unite, così come sarebbe (ancor oggi) opportuno, ha intrapreso un percorso che riporta indietro nel tempo di almeno quarant'anni²⁷³ gli orientamenti in tema sia di responsabilità contrattuale, sia di (prova del) rapporto di causalità, sulla base di un'evidente confusione tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.). Ma, pur in presenza di questo *pot-pourri* tra le responsabilità contrattuale e delittuale, dal quale emerge la "scoperta" di una strana teoria sull'inadempimento... extra-contrattuale per colpa (del debitore assicurato), la rimessione della questione alle Sezioni Unite è doverosa in quanto, come si dirà, malgrado vane affermazioni di circostanza, il novello orientamento introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti" si pone in aperto contrasto con le citate decisioni (SS.UU. n. 13533 del 2001; SS.UU. n. 577 del 2008) nonché con le stesse scelte operate dal legislatore, sia nell'art. 1218 c.c., sia nella legge n. 24 del 2017.

Si tratta di una giurisprudenza più *militante* che *savante*²⁷⁴ che, seguendo un orientamento del tutto minoritario anche all'interno della Terza Sezione²⁷⁵, per di più giudicato "superato" proprio dalle Sezioni Unite (n. 577 del 2008), in poco più di un anno ha prodotto una sentenza *leader*²⁷⁶ e molteplici decisioni, molte delle quali nella forma dell'ordinanza²⁷⁷, nelle quali si predicano i nuovi "principi di diritto".

La riprova della razionalità della scelta del legislatore (art. 1218 c.c.) di far gravare, in tema di responsabilità contrattuale, l'onere della prova della "causa" non imputabile e, quindi, il rischio della causa ignota sul debitore²⁷⁸, anzi, sull'assicuratore del debitore-struttura sanitaria (art. 12 l. n. 24/2017) emerge anche dal carattere "ingiusto" delle decisioni rese sulla base del novello orientamento. La Cassazione civile, non abituata per tradizione (così come, invece, la Cassazione penale) a confrontarsi con i problemi di causalità, pur

²⁷³ Così, G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 357, in nt. 46, ove acutamente rileva che «da sentenza-Scoditti – forse *malgré soi* – implica un ritorno alla (vecchissima) posizione che caratterizzava la giurisprudenza prima della sentenza n. 6141 del 1978».

²⁷⁴ La distinzione è dovuta all'arguzia di D. MAZEAUD, *Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, Torino, 2016, p. 192 ss.

²⁷⁵ Ad es., Cass., Sez. III, 9 ottobre 2012, n.17143, in *Pluris Rep. Contra*, del tutto allineate all'orientamento delle Sezioni Unite (n. 13533 del 2001 e n. 577 del 2008) sono, tra le altre, Cass., Sez. VI, Ord., 30 dicembre 2011, n. 30267, in *Pluris Rep.*; Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, *ivi*, anche in *Danno e resp.*, 2014, p. 33; Cass., Sez. III, 22 maggio 2014, n. 11363, in *Pluris Rep.*; Cass., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, *ivi*; Cass., Sez. III, 6 ottobre 2014, n. 21025, *ivi*.

²⁷⁶ Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*

²⁷⁷ Oltre alle sentenze del 7 dicembre 2017, n. 29315 (Cass. civ., Sez. III), in *Pluris*, e del 15 febbraio 2018, n. 3704 (Cass. civ., Sez. III), *ivi*, molte altre decisioni assumono la forma dell'ordinanza: ad es., Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, in *Pluris*; Cass., Sez. III, Ord., 19 luglio 2018 n. 19204, *ivi*; Cass., Sez. III, Ord., 22 agosto 2018, n. 20905, *ivi*; Cass., Sez. III, Ord., 13 settembre 2018, n. 22278, *ivi*; Cass., Sez. III, Ord., 20 novembre 2018, n. 29853, in *De Jure*.

²⁷⁸ Anche secondo l'insegnamento di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 340, «il rischio della causa ignota è sempre sopportato dal debitore».



declamando a più riprese la formuletta del “più probabile che non”²⁷⁹, non sembra avere le idee molto chiare allorché deve passare dalla enunciazione del principio alla sua applicazione nel caso concreto. Per di più, il Consulente Tecnico di Ufficio, soprattutto se medico legale, per cultura è allenato allo studio delle regole del diritto penale. Gli basta individuare – così come avvenuto in molte decisioni²⁸⁰ – tre possibili cause dell’evento dannoso, ognuna delle quali implicitamente collocata al 33% delle probabilità, senza specificare che una delle tre integri l’*id quod plerumque accidit*, per aversi una causa incerta o ignota. E si ha l’impressione che la sistematica esclusione della responsabilità delle strutture sanitarie trovi fondamento, non certo nel vincolo di solidarietà verso i Colleghi o in un generale *favor* per le imprese di assicurazione, ma in virtù di un rapporto di causalità “materiale” che si vuole provato, anche in sede civile e, paradossalmente, in tema di responsabilità contrattuale, “di là da ogni ragionevole dubbio”²⁸¹, regola che, invece, molto opportunamente deve informare il solo processo penale. Come si è lucidamente rilevato, in presenza dell’indirizzo introdotto dalla “sentenza Scoditti” i destini della responsabilità sanitaria sembrano ormai affidati unicamente alla risarcibilità del danno da perdita di *chance*, essendo il pregiudizio caratterizzato da una costante “incertezza eventistica”²⁸².

Infatti, nella sentenza n. 18392/2017, pur essendosi accertata «una incontestabile marcata emorragia addominale in sede di intervento», che poteva aver causato una tromboembolia polmonare a cui era conseguito il decesso del paziente a pochi giorni da un intervento alla prostata, il giudice di merito, «avendo richiamato in astratto il criterio della probabilità superiore al 50%, non ha poi adottato in sede di apprezzamento di merito il criterio della probabilità relativa perché ha concluso recisamente, all’esito delle disposte CTU, nel senso del carattere ignoto della causa dell’arresto cardiaco»²⁸³.

Così, nell’ordinanza n. 18540/2018 la Cassazione considera non responsabile il ginecologo che aveva prescritto alla gestante, fin dal primo mese di gravidanza, una massiccia dose di vitamina A, per la nascita di un figlio affetto da afalagia della mano sinistra e fistole laterale al collo. Pur avendo il consulente d’ufficio «concluso per la sussistenza del nesso causale tra la malformazione e l’assunzione del vitaminico, dando per presupposto che ciò fosse avvenuto “nella misura di 9.999 UP” e che il limite andasse individuato in 8.000 UI», egli «aveva anche aggiunto che altri studi statunitensi, successivi di un decennio rispetto ai primi, avevano concluso “in modo autorevole” che “il livello della soglia di rischio” andava portato al più alto dosaggio di 10.000 UI»²⁸⁴. E ciò aveva consentito di escludere «la prova del nesso causale secondo i parametri premessi».

Così, nella sentenza n. 29315/2017 la Cassazione approva la decisione della Corte d’Appello la quale aveva escluso la responsabilità della struttura sanitaria, senza aver «tenu-

²⁷⁹ Sul punto, Cass., Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, p. 12 s., e Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corriere giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*.

²⁸⁰ Emblematico il caso deciso da Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 696 ss.

²⁸¹ In proposito è sufficiente rinviare all’“epocale” arresto Franzese (Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.).

²⁸² Così, M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 36, nel chiosare Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1285 ss.

²⁸³ Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 699.

²⁸⁴ Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, cit., p. 4.



to conto dei risultati della c.t.u., che aveva accertato una responsabilità “diffusa” in capo ai sanitari e aveva ritenuto, “in via di presunzione”, che l’inadeguata condotta dei sanitari avesse “concorso a determinare in maniera più o meno rilevante, ulteriori aggravamenti delle già precarie condizioni di salute del [paziente], riducendo le sue già compromesse possibilità di sopravvivenza”²⁸⁵. Malgrado ciò, la Cassazione ravvisa una «insuperabile incertezza del nesso di causa», in quanto la sussistenza dell’accertata condotta colposa «non comporta, di per sé, la dimostrazione del secondo e viceversa»²⁸⁶.

Del pari nell’ordinanza n. 19204/2018 la Cassazione esclude la responsabilità della struttura sanitaria per la morte di una paziente a seguito di una tardiva ed erronea diagnosi di meningite batterica. Non avendo la ricorrente provato la «causalità tra l’errata diagnosi e l’evento morte», rimasta «incerta» la causa del decesso, la domanda viene rigettata²⁸⁷.

Infine, nell’ordinanza n. 29853 del 2018 la Suprema Corte cassa la decisione della Corte di Appello che aveva condannato la struttura sanitaria al risarcimento dei danni conseguenti all’insorgenza di un arresto circolatorio e respiratorio avvenuto a due giorni da un intervento di aneurismectomia dell’aorta toraco-addominale. La mancata somministrazione, nei giorni successivi all’intervento, di trattamenti opportuni (quale il temporaneo supporto dialitico) e la omessa terapia anticoagulante prima e dopo l’intervento non sono considerate “negligenze” idonee ad «evitare la complicità dell’ischemia-riperfusion che aveva causato al paziente la paraplegia e l’insufficienza renale denunciate»²⁸⁸.

Non è necessario procedere ad ulteriori esempi poiché i casi citati danno un evidente quadro delle decisioni assunte sulla base del novello orientamento.

Pur in presenza di interventi cc.dd. routinari e di condotte evidentemente negligenti, imperite e/o imprudenti dei sanitari, in tutte le decisioni la causa rimane sempre incerta e il danno permane là dove cade, ovvero sul paziente. L’obbligazione di garanzia cui è tenuto l’assicuratore rimane inoperante, anche se l’obbligo di assicurazione normalmente è previsto dalla legge non (soltanto) a vantaggio del lucro dell’assicuratore, ma anche a favore dell’assicurato e, soprattutto, del paziente danneggiato.

Il paziente che, pur oggetto di *medical malpractice*, decede a qualche ora da un intervento “routinario”, decede “a seguito”, “in occasione”, giammai “a causa” della condotta negligente, ma sempre “per caso”.

Più che di un rapporto di causalità, quello scrutinato dall’indirizzo che si ispira alla “sentenza Scoditti” sembra essere un rapporto di “casualità” materiale.

11. Tralasciando questi problemi di *policy* e passando, ora, all’esame delle problematiche tecnico-giuridiche affrontate dalla Cassazione, la prima capitale anomalia consiste nell’affermazione secondo la quale «l’art. 1218 solleva il creditore dell’obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall’onere di provare la colpa del debitore, ma non dall’onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il

²⁸⁵ Cass., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29315, cit., p. 2.

²⁸⁶ Cass., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29315, cit., p. 2.

²⁸⁷ Cass., Sez. III, Ord., 19 luglio 2018, n. 19204, cit., p. 2.

²⁸⁸ Cass., Sez. III, Ord., 20 novembre 2018, n. 29853, cit., p. 5.



danno di cui domanda il risarcimento»²⁸⁹. Ma la Cassazione dimentica di aver qualificato la fattispecie come inadempimento, e di essere in tema di responsabilità contrattuale, ed applica, invece, le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.). Nella disciplina dell'inadempimento, come s'è visto affermare dai più autorevoli studiosi, l'art. 1218 lascia poco spazio alla colpa e al rapporto di causalità c.d. "materiale". Prova ne sia che anche la dottrina che predica un'interpretazione "soggettiva" dell'inadempimento considera la diligenza nell'adempimento di cui all'art. 1176, nelle obbligazioni di fare, come un parametro oggettivo che concorre a determinare il contenuto della condotta del debitore. Con la conseguenza – senz'altro contrastata dai fautori delle teorie più rigorose – che la negligenza integri di per sé un inadempimento. E, in presenza di un inadempimento, lungi dal dover provare il creditore il nesso di causa "materiale" con l'evento dannoso che si è verificato a seguito di condotte negligenti, imperite e/o imprudenti, la prova incombe sul debitore il quale deve dimostrare l'avvenuto esatto adempimento (vicenda estintiva del rapporto) ovvero l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile.

La Cassazione proprio questo afferma quando ritiene che «la previsione dell'art. 1218 c.c. trova giustificazione nell'opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente, o non esattamente adempiente, l'onere di fornire la prova "positiva" dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla»²⁹⁰. Ma poi incorre in un'evidente contraddizione allorché rileva, di seguito, che «tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste [...] in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 cod. civ. e non può che valere – quindi – il principio generale sancito dall'art. 2697 cod. civ., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa»²⁹¹.

Questa dichiarata confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale e delittuale (per colpa) fa obliterare alla Cassazione che, in presenza dell'inadempimento, nessuna prova di causalità materiale spetti al creditore. Allorché il debitore non riesca ad esonerarsi dalla responsabilità provando l'esattezza dell'adempimento o l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta dovuta al caso fortuito o a forza maggiore, l'unico problema che si pone è quello della c.d. causalità giuridica, ovvero della quantificazione dell'entità del danno risarcibile ai sensi degli artt. 1223 ss. c.c., cioè del c.d. "danno-consequenziale" risarcibile.

La prova (dell'esattezza) dell'adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa non imputabile al debitore attiene alla vicenda estintiva del rapporto (non a quella costitutiva!)²⁹², essendo entrambi modi di estinzione dell'obbligazione. Pertanto, l'onere della prova della vicenda estintiva del rapporto grava senz'altro sul debitore, non sul creditore.

²⁸⁹ Tra le tante, Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, cit., p. 3.

²⁹⁰ Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, cit., p. 3.

²⁹¹ Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, cit., p. 3.

²⁹² *Contra*, seguita dalle altre già citate decisioni, Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.



La confusione tra colpa e rapporto causale trova una sua ulteriore conferma allorché la Cassazione, incautamente, identifica il caso fortuito con l'assenza di colpa, secondo la nota uguaglianza «(*casus = non culpa*)»²⁹³. Ma, dopo Nicola Coviello, ovvero dopo il 1895, la dottrina di gran lunga prevalente ha fermamente escluso che il caso fortuito possa essere individuato nell'assenza di colpa, essendo questo un evento imprevedibile, inevitabile e invincibile che è del tutto estraneo alla condotta del debitore. Lo stesso orientamento della Cassazione lo dimostra, allorché interpreta²⁹⁴ il caso fortuito di cui all'art. 2051 c.c.

A trarre d'impaccio la Cassazione non giova neppure qualificare l'obbligazione della struttura sanitaria come obbligazione "di mezzi". Infatti, anche per la dottrina che pur continua a credere nella partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", l'unica differenza che sussiste in tema di inadempimento è che, mentre per le prime «l'inadempimento allegato dal paziente è che il medico non ha impiegato i "mezzi" che avrebbero potuto condurre, ove impiegati, al "risultato"», per le seconde «è invece sufficiente la allegazione del mancato e/o difettoso risultato»²⁹⁵. Ai sensi della disciplina generale e unitaria dell'inadempimento, poi, la struttura sanitaria «può sempre dimostrare che un impedimento od ostacolo di carattere oggettivo, ma non attinente al suo comportamento, né evitabile pur con la dovuta diligenza, ha reso impossibile l'adempimento dell'obbligo (art. 1218)»²⁹⁶. Deve trattarsi di un inadempimento qualificato. Ma sarà sempre il debitore a dover provare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che esso, pur esistendo, non è stato la causa del danno²⁹⁷.

L'orientamento della Terza Sezione si rivela «assai distante dalla distinzione tra mezzi e risultato ma anche da ciò che può dirsi proprio della responsabilità contrattuale»²⁹⁸. Nel modello tradizionale della responsabilità contrattuale, «una volta dimostrato l'inadempimento del debitore, è dato presumere che il danno sia quasi *in re ipsa*, identificandosi, esso, con la mancata e/o difettosa prestazione e con la perdita da essa recata»²⁹⁹.

Quindi, se un primo errore della Cassazione sta nel considerare, in tema di responsabilità contrattuale, l'inadempimento come «solo "una parte" o un elemento della fattispecie di responsabilità, completandosi essa, con l'evento di danno, come ha luogo per la responsabilità *ex art. 2043 c.c.*», una successiva più grave incomprendenza sta nel richiamare il rapporto di causalità c.d. materiale, che «è tipico della resp. extracontrattuale e/o da fatto illecito, giacché, in essa, occorre collegare causalmente, anche in senso materiale, la condotta del danneggiante al danno subito dal danneggiato»³⁰⁰. Ma la Terza Sezione dimentica che, mentre nella responsabilità delittuale non v'è «alcuna presunzione [...] che la stessa condotta (da inadempimento) abbia potuto essere all'origine del danno subito dal danneggiato»³⁰¹, nella

²⁹³ Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.

²⁹⁴ Sul punto, si rinvia a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi" e "di risultato" nell'uniformazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 561 ss.

²⁹⁵ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 12.

²⁹⁶ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, pp. 12 e 13.

²⁹⁷ Testualmente, A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 13.

²⁹⁸ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁹⁹ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 15.

³⁰⁰ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

³⁰¹ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*



responsabilità contrattuale v'è la preesistenza di un rapporto obbligatorio che pone le parti in relazione (di causalità “materiale”) e che impone al debitore di eseguire la prestazione dovuta in maniera esatta e puntuale.

Ciò che è «propria della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione» è non la causalità c.d. materiale, ma la causalità c.d. giuridica, allorché si tratta di «accertare quali “conseguenze pregiudizievoli” l'inadempimento abbia provocato»³⁰². E, «in tal caso, la causalità non va accertata in senso materiale, ma ricorrendo ad un criterio di “regolarità causale”», nel senso di «ri-comprendere tutte quelle “conseguenze” che, in base a tale criterio di regolarità e/o di normalità, sono da considerare conseguenze “immediate e dirette” dell'inadempimento (art. 1223 c.c.)»³⁰³.

12. Un'ulteriore incauta affermazione consiste, poi, nel dichiarare che il novello orientamento non si porrebbe in contrasto con la sentenza delle Sezioni Unite n. 13533 del 2001, poiché il principio di vicinanza della prova invertirebbe l'onere di provare la colpa, non il rapporto di causalità³⁰⁴. Ma anche le tesi “soggettive” che ravvisano nella diligenza di cui all'art. 1176 un elemento di qualificazione dell'inesattezza dell'adempimento affermano che, allorché le condotte negligenti e/o imperite integrano la fattispecie dell'inadempimento, sta al debitore provare che l'evento dannoso che ne è derivato non è a lui imputabile perché l'obbligazione si è estinta per esatto adempimento o per impossibilità sopravvenuta dovuta al fortuito o ad un evento di forza maggiore.

L'art. 2697 c.c., inoltre, non afferma per nulla che la “fattispecie costitutiva” della responsabilità contrattuale faccia gravare sul creditore la prova della condotta colposa, dell'evento e del nesso causale³⁰⁵, bensì dispone che l'attore debba provare, a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale o delittuale, i fatti che «costituiscono il fondamento» del suo diritto. A differenza di quanto accade nella responsabilità extracontrattuale, nella quale non v'è la preesistenza di un rapporto obbligatorio che pone in relazione (di causalità “materiale”) debitore e creditore, il «principio della presunzione di persistenza del diritto», riaffermato proprio da queste splendide Sezioni Unite³⁰⁶, implica che, in ambito di responsabilità contrattuale, il creditore provi l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, allegando (le condotte negligenti, imperite e/o imprudenti che integrano la fattispecie di) un inadempimento astrattamente idoneo a causare il danno lamentato e rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che l'obbligazione si è egualmente estinta per impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile.

Quindi, secondo l'unificazione del regime probatorio introdotto da questa fondamentale decisione, «l'onere dell'attore è lo stesso»³⁰⁷, agisca egli per l'adempimento o per il risarcimento del danno (da inadempimento). Deve limitarsi a dare «la prova del proprio di-

³⁰² A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 15, in nt. 11.

³⁰³ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

³⁰⁴ Ad es., Cass., Sez. III, Ord., 19 luglio 2018, n. 19204, cit., p. 2.

³⁰⁵ Così, invece, tra le altre, Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.

³⁰⁶ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567 s.

³⁰⁷ Discorre, infatti, di «identità del regime probatorio, per i tre rimedi previsti dall'art. 1453», Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.



ritto, derivante dal contratto e/o da altro titolo, e, permanendo la presunzione della persistenza di esso, salvo che il diritto risulti estinto per via di adempimento, è sufficiente che provi di avere (ancora) “il diritto”³⁰⁸. Il paziente che si assume danneggiato è «solo onerato di fornire la prova del proprio diritto ad una condotta sanitaria corretta che fosse tale da produrre il risultato sperato, salvo poi che quest’ultimo non abbia potuto realizzarsi per l’intervento di altri fattori, non aventi riguardo al comportamento del medico»³⁰⁹. «Ma così non è»³¹⁰ per questo inusitato modello di responsabilità predicato dalla Terza Sezione. Il contratto e l’obbligazione «servono ben poco al paziente-creditore, essendo, questi, onerato di dare la prova dell’intera fattispecie costitutiva della responsabilità»³¹¹.

Si è, dunque, «ben distanti dalla forma della responsabilità contrattuale, per la quale dovrebbe essere sufficiente, da parte del paziente, la dimostrazione, nel caso di specie, *del diritto ad una prestazione medica professionalmente adeguata* e l’allegazione dell’inadempimento (art. 1176 c.c.)», salvo la prova contraria del debitore di aver adempiuto o che ne è stato “impossibile” l’adempimento per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.)³¹².

È paradossale, poi, l’affermazione secondo la quale il novello orientamento «non si pone in contrasto» con quanto deciso da Cass., S.U. n. 577/2008³¹³. Tale assunto non è valso, però, ad ingannare la dottrina la quale, unanime, ha anzi rilevato che le decisioni in esame stabiliscono «una regola diametralmente opposta» a quella sancita dalle Sezioni Unite, discostandosene «in modo siderale»³¹⁴. Nella fattispecie decisa dalle Sezioni Unite, la domanda di risarcimento era stata rigettata in primo e in secondo grado proprio perché i giudici di merito avevano deciso sulla base di quell’ormai superato (benché oggi riproposto) orientamento secondo il quale «gravasse sull’attore [...] oltre alla prova del contratto, anche quello dell’aggravamento della situazione patologica o l’insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l’azione e l’omissione del debitore e tale evento dannoso»³¹⁵. Le Sezioni Unite non condividono proprio «il punto relativo alla prova del nesso di causalità [...] nei termini in cui è stato enunciato»³¹⁶, sia perché fondato su una artificiosa e ormai desueta distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”, sia perché ispirato al disconoscimento di qualsiasi connotazione “contrattuale” per la responsabilità della struttura sanitaria ed alla mortificazione della disciplina dell’inadempimento di cui all’art. 1218, ricalcando pedissequamente la struttura dell’illecito che è propria della responsabilità extracontrattuale per colpa. Questo aspetto è colto molto lucidamente dalle Sezioni Unite, le quali affermano che, proprio sotto il profilo dell’onere della prova, la distinzione veniva ad arte utilizzata per sostenere che, mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il ri-

³⁰⁸ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 16.

³⁰⁹ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

³¹⁰ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

³¹¹ A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

³¹² A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 17 (il corsivo è dell’A.).

³¹³ Tra le altre, Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, cit., p. 3.

³¹⁴ Così, D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale*, cit., pp. 700 e 703; conf., sul punto, G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 352 ss.; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 9 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *ivi*, 2018, p. 14 ss.

³¹⁵ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

³¹⁶ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.



sultato, sul creditore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile³¹⁷.

Il novello orientamento della Cassazione appare anomalo anche rispetto alla giurisprudenza criticata dalle Sezioni Unite, che pur faceva corretta (anche se non condivisibile) applicazione della disciplina dell'inadempimento nelle obbligazioni "di mezzi". Anche là dove volesse seguirsi la tesi (c.d. soggettiva) che qualifica l'inadempimento sulla base della regola della "diligenza nell'adempimento" (art. 1176 c.c.), una volta che sia accertata una qualche condotta negligente, imperita e/o imprudente che integri un inadempimento, la prova, ai sensi dell'art. 1218, andrà a gravare sul debitore, non sul creditore della prestazione inesattamente eseguita.

L'indirizzo introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti", oltre a rivelarsi censurabile sotto il profilo della disciplina dell'inadempimento, rappresenta un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sugli interventi cc.dd. routinari o "ad alta vincolatività". Secondo questo orientamento, ogni qual volta una prestazione fosse da qualificare come "routinaria", si doveva «ragionevolmente *presumere*, in tal caso, che la mancata realizzazione dell'interesse del creditore andasse imputata ad un inadempimento del debitore»³¹⁸. Il concetto di intervento "ad alta vincolatività" era utilizzato dalle Corti, pur in presenza di una generale qualificazione della prestazione sanitaria come obbligazione "di mezzi", come un parametro "interno" che tendeva a differenziare (dagli interventi che implicavano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), sotto il profilo della disciplina, quei «casi in cui esiste una così stretta correlazione tra osservanza delle regole dell'*ars* e percentuale di successo dell'intervento, da rendere il peggioramento delle condizioni di salute *necessariamente* imputabile ad un errore del medico (e, quindi, ad un inadempimento)»³¹⁹. Il debitore, per escludere la propria responsabilità doveva «*non tanto* [...] *provare di non essere in colpa* (cioè di aver rispettato le regole tecniche che andavano applicate nel caso di specie, e, quindi, di aver adempiuto la propria obbligazione)», quanto dimostrare, quale «*unica prova capace di esonerarlo da responsabilità*, che l'insuccesso dell'intervento (ossia la mancata realizzazione dell'interesse del creditore)» era stato determinato «dal sopravvenire di una causa estranea (imprevedibile e inevitabile) che [aveva] reso "impossibile" il conseguimento del "risultato" che l'intervento avrebbe dovuto procurare»³²⁰.

Questo orientamento, che verrà poi superato dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2001 e del 2008 con l'abbandono della distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", aveva comunque il merito di aver ricostruito la disciplina delle obbligazioni "di mezzi" nel campo dell'inadempimento e di aver compreso che «non si possono toccare le regole sull'onere della prova senza modificare la fattispecie sostanziale della responsabilità»³²¹, perché «tali regole, seppur appartenenti al diritto processuale, sono [...] strettamente legate alle norme del diritto materiale»³²².

³¹⁷ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790, che riproduce, quasi testualmente, il pensiero di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 314.

³¹⁸ G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 351.

³¹⁹ G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 352.

³²⁰ G. D'AMICO, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

³²¹ G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 351, in nt. 11.

³²² Così, L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato"*, cit., p. 319 e *passim*.



L'indirizzo scaturito dalla c.d. "sentenza Scoditti" si pone anche in evidente contrasto con la scelta consapevole del legislatore di disciplinare in termini extracontrattuali (per colpa) (art. 2043 c.c.) la sola responsabilità degli operatori sanitari, salvo che abbiano agito nell'adempimento di obbligazioni contrattuali assunte con il paziente, ma, in ambito contrattuale, la responsabilità delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private che, «nell'adempimento della propria obbligazione» si siano avvalse «dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa» (art. 7, commi 1 e 3, l. n. 24 del 2017). Il sistema del c.d. "doppio binario", che pur è sembrato pervaso da una qualche «contraddittorietà» nella misura in cui dispone che «il medico non risponde della propria "prestazione" ma solo per aver arrecato danno ad altri come un *quisque de populo* (art. 2043 c.c.)»³²³, ha, però, il merito di aver ricomposto l'interpretazione dell'art. 1228³²⁴, riconducendo anche gli operatori sanitari nel novero degli ausiliari del debitore che, a differenza di quest'ultimo, responsabile a titolo contrattuale e oggettivo dei loro fatti dolosi e colposi, rispondono a titolo extracontrattuale e per colpa³²⁵. La responsabilità del debitore (la struttura sanitaria) che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, quindi, non può che essere contrattuale, come esattamente dispone la recente legge di riforma, che richiama esplicitamente gli artt. 1218 e 1228 c.c. (art. 7, comma 1).

La coerenza del sistema, poi, trova il suo fondamento nella proponibilità, da parte del soggetto danneggiato, esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 8), dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione che dà copertura assicurativa alla struttura sanitaria o all'esercente la professione sanitaria che abbia prestato la propria attività ai sensi del comma 2 dell'art. 10 (art. 12, comma 1). Malgrado il nostro legislatore continui a prevedere un'incredibile ipotesi di contrattazione obbligatoria asimmetrica (nel senso che sono obbligati a stipulare il contratto di assicurazione le strutture e gli operatori sanitari, ma non le imprese di assicurazione), che ha determinato a tutt'oggi gravissime conseguenze (una fuga "autorizzata" delle imprese di assicurazione dal settore *med-mal*, con conseguente enorme incremento dei premi richiesti da imprese che operano in regime di sostanziale monopolio), la strada dell'azione diretta tende a riversare, così come accade nella r.c. auto, il costo dei danni sugli assicuratori, ovvero su soggetti istituzionalmente idonei ad assumere il rischio del danno, rendendo inopponibili «al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6» (art. 12, comma 2).

In presenza di questa normativa, lo strano orientamento della Terza Sezione civile che colloca in ambito extracontrattuale la disciplina dell'inadempimento anche per le strutture sanitarie si rivela essere del tutto contrastante con la lettera e lo spirito della legge e rischia di «creare una ampia area di "irresponsabilità", che finisce per coprire anche comportamenti di cui pure sia stata accertata la negligenza e/o l'imperizia o l'imprudenza»³²⁶. Pur in presenza di interventi cc.dd. *routinari* e di condotte evidentemente negligenti e/o imperite o imprudenti dei sanitari, in tutte le decisioni esaminate la causa rimane sempre ignota e il

³²³ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 10.

³²⁴ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 921.

³²⁵ Per l'unanime interpretazione in tal senso, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 64.

³²⁶ G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota"*, cit., p. 355, in nt. 34.



danno permane là dove cade, ovvero sul paziente. Questo censurabile tentativo di “contro-riforma giurisprudenziale”, che indebitamente allinea la responsabilità “contrattuale” della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale per colpa dell’ausiliare (art. 1228 c.c.), si risolve in un ingiustificato *favor* per le sole imprese di assicurazione.