

Luca Nivarra

**ALCUNE PRECISAZIONI IN TEMA
DI RESPONSABILITÀ
CONTRATTUALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

DIRITTI NAZIONALI E COMPARAZIONE

Luca Nivarra

ALCUNE PRECISAZIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

*Citando occorre riferire, distinguere, precisare, spesso
anche discutere: e allora di precisione in precisione dio
sa dove s'arriverebbe*

C.E. GADDA, *Meditazione milanese*

SOMMARIO: 1. Il moto centrifugo della responsabilità contrattuale: obblighi di protezione “connessi” e obblighi di protezione allo stato puro - 2. Il caso italiano. - 3. Segue. - 4. Gli obblighi di protezione e il risarcimento del danno. - 5. Segue. - 6. Un risarcimento del danno ambivalente. - 7. Segue. - 8. La prospettiva dei rimedi e il “risarcimento del danno” contrattuale. - 9. Segue. - 10. Il primato dell’adempimento in natura. - 11. Il danno contrattuale.

1. La “responsabilità contrattuale” è stata interessata, negli ultimi anni, da un moto centrifugo che ne ha allargato in modo sostanzioso i confini. In un panorama giurisprudenziale ricco e vivace campeggiano tre pronunzie le quali riassumono emblematicamente questa evoluzione e ciò, beninteso, a prescindere dal giudizio che si vorrà dare sui loro meriti (o demeriti) intrinseci. Mi riferisco a Cass. n. 589/1999 (1), a Cass. s.u. n. 26972/3/4/5/2008 (2) e, infine, a Cass. n. 27648/2011 (3).

Come è noto, la prima delle tre sentenze richiamate è quella

Saggio sottoposto a referato.

(1) Cass. 22-1-1999, n. 589, *Corr. giur.*, 1999, 441 s., con nota di A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

(2) Cass. 11-11-2008 n. 26972/3/4/5, *Foro it.*, 2009, 120 ss.

(3) Cass. 20-12-2011 n. 27648, in questa *Rivista*, 2012, 1227 s., commentata da C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*.

che ha tenuto a battesimo l'obbligazione senza prestazione (4); la seconda è quella che, in modo ambiguo e pasticciato, ha voluto riconoscere una patente di legittimità alla figura del "danno non patrimoniale da inadempimento"; la terza è quella che ha riscattato la nostra giurisprudenza da un risalente servaggio all'idea, ormai scaduta a pregiudizio, secondo cui la *culpa in contrahendo* avrebbe configurato gli estremi di un illecito aquiliano.

L'inclusione nel trittico degli arresti campione delle c.d. sentenze di S. Martino del 2008 richiede una certa audacia e, da parte mia, una spiegazione. Ho già avuto occasione di esporre le ragioni che mi inducono a considerare le sentenze di S. Martino del 2008 una vera "catastrofe argomentativa" (5). Le s.u., infatti, incappano in un gigantesco equivoco che è quello di ancorare il pregiudizio non patrimoniale all'inadempimento: ciò che è o banale, nel senso che se ad essere dedotto in obbligazione è un interesse, appunto, non patrimoniale, la sua inattuazione integra gli estremi di un puro e semplice inadempimento; o è insensato, nella misura in cui si pretenderebbe, per tale via, di ravvisare nell'inadempimento una carica offensiva che va oltre l'inosservanza del vincolo. Ma l'inadempimento, in quanto inadempimento, non può andare oltre se stesso e sdoppiarsi, perché l'unico interesse tutelato contro l'inesecuzione della prestazione è quello del creditore a ricevere la prestazione. Allo stadio attuale dell'elaborazione dogmatica, l'unico costruito di cui disponiamo per rendere rilevante, in sede obbligatoria, la lesione di interessi di carattere non patrimoniale (beninteso, diversi da quelli immediatamente tutelati dall'attribuzione della pretesa) è rappresentato dalla teorica degli obblighi di protezione (6). Ora, a mio avviso, in quelle pronun-

(4) Per la quale si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³ (Milano 2006), 443 s. Nel corso di questo saggio le locuzioni "obbligazione senza prestazione", "obblighi di protezione allo stato puro" e "obbligazione senza obbligo primario di prestazione" saranno usati come sinonimi.

(5) L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in questa *Rivista*, 2012, 475 s.

(6) A meno che non sia lo stesso legislatore a "criminalizzare" l'inadempimento in ragione delle conseguenze deteriori che esso produce nella sfera esistenziale del creditore e della sua famiglia (ed è quello che accade oggi con l'art. 47, co. 1 d.lgs. 23-5-2011 n. 79 (Codice del turismo): ma, in questo caso,

zie non vi è traccia, neppure remota, dell'impostazione corretta del problema: tuttavia, è possibile che *sicut canes ad Nili fontes bibentes e fugientes*, le s.u., il problema, lo abbiano almeno sfiorato sicché, stipulativamente, mi comporterò come se lì delle *Schutzpflichten* si facesse davvero questione (7).

Come è ovvio, e come, del resto, è già stato messo in luce dalla dottrina che, negli ultimi anni, raccogliendo e mettendo a frutta l'eredità di Luigi Mengoni, più si è spesa nel promuover-

come ovvio, siamo del tutto al di fuori della prospettiva degli obblighi di protezione (Nivarra, *La contrattualizzazione* cit., 497). Di recente S. Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in questa *Rivista*, 2012, 454, ha ritenuto di ravvisare nell'art. 36, co. 2, lett. a) d.lgs. 6-9-2005 n. 206 (Codice del consumo) (alla stregua del quale « sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista ») una norma per la quale « la fonte del danno non patrimoniale è (...) un fatto di inadempimento delle prestazioni gravanti sul professionista, senza alcuna distinzione tra sfera della prestazione e sfera della protezione ». Ora, quello che dice Mazzamuto è vero nel senso che, accolta l'idea per cui il rapporto obbligatorio include le *Schutzpflichten*, ne consegue che tutte le volte in cui si parlerà genericamente di responsabilità del debitore, la formula dovrà intendersi riferibile sia alle ipotesi in cui la responsabilità derivi dalla violazione di un obbligo di prestazione sia alle ipotesi nelle quali la responsabilità derivi da un obbligo di protezione: e ciò, naturalmente, varrà anche per le clausole di esonerazione dalla responsabilità, che potranno riguardare l'una o l'altra delle due ipotesi suddette. Detto questo, però, rimarrebbe da dimostrare che dall'ordinamento sia ricavabile una direttiva sulla base della quale risarcire il danno non patrimoniale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (la delusione per la cattiva riuscita del banchetto nuziale, il patimento provocato dall'impossibilità di assistere al concerto della rock-star preferita ecc.): soltanto a quel punto, la disposizione di cui all'art. 36, co. 2 lett. a) cod. cons. potrà valere anche per le clausole che pretendessero di esonerare il professionista per la morte o il danno alla persona del consumatore riconducibili all'inadempimento, mentre, come ovvio, non si può procedere al contrario posto che la norma *de qua* è in sé neutra, come accade a tutte le norme secondarie, ossia a tutte le norme che presuppongono una fattispecie compiutamente descritta e individuata altrove (nel nostro caso, la "responsabilità").

(7) Raccogliendo, così, il perentorio invito di Castronovo, *La Cassazione* cit., 1238, ad avviso del quale quando le s.u. parlano di « interessi di natura non patrimoniale (che) possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali », per quanto lo facciano in modo cauto ed impreciso, certamente agli obblighi di protezione si riferiscono.

la (8), questa evoluzione non ha una portata puramente quantitativa: in altri termini, l'obbligazione quale si presenta agli occhi dell'interprete nella sua veste attuale non è la semplice risultante del sovrapporsi dei nuovi guadagni teorici e giurisprudenziali alla struttura tradizionale, quanto piuttosto l'emergere di un dispositivo, funzionalmente più ricco e irriducibile al modo di essere dell'obbligazione codicistica (9). Quest'ultima, infatti, rinviene la propria ragion d'essere nell'utilità che il debitore deve assicurare al creditore, secondo lo schema chiaramente delineato dall'art. 1174 c.c. Certo, oggi sappiamo che quello schema individua solo la dotazione elementare del rapporto, il quale, in realtà, comprende anche tutte le attività accessorie e strumentali all'esecuzione della prestazione (si pensi all'obbligo di custodire rispetto a quello di consegnare di cui all'art. 1177 c.c.; ovvero a tutti gli obblighi serventi rispetto a quello principale ricavabili dalla direttiva della correttezza impartita dall'art. 1175 c.c.): e, però, qui la spinta è tutta interna allo schema di base (dunque, è centripeta), si sviluppa per così dire orizzontalmente e, quindi, non è in grado di mettere in discussione la funzione dell'istituto che è, appunto, quella di trasferire un'utilità al creditore.

Viceversa, tanto gli obblighi di protezione connessi ad una prestazione, quanto le obbligazioni senza prestazione (ovvero, quelli che potrebbero chiamarsi gli obblighi di protezione allo stato puro) segnano, rispetto allo schema di base, una netta discontinuità che colloca l'obbligazione (ammesso che di obbligazione *stricto sensu* si possa continuare a parlare) in una prospettiva completamente diversa. Il distacco si consuma secondo una certa gradualità, nel senso che gli obblighi di protezione "connessi" (10) mantengono un legame, sia pure soltanto

(8) C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in questa *Rivista*, 2011, 55 s.

(9) È fuor di dubbio che già nel codice civile del '42 fossero presenti, allo stato virtuale, tutti gli elementi necessari a dare fondamento agli sviluppi successivi (e, del resto, in un sistema di diritto scritto non potrebbe essere altrimenti); tuttavia è parimenti fuor di dubbio che gli approdi ultimi siano, comunque, il frutto di un processo dall'andamento e dagli esiti tutt'altro che lineari e scontati: basti pensare, tra l'altro, al tenace arroccamento della giurisprudenza sulla natura aquiliana della *culpa in contrahendo*.

(10) V. *infra*, nt. 16 e testo corrispondente.

costruttivo e non anche operativo, con la prestazione, mentre quelli puri ne sono, si direbbe per definizione, totalmente emancipati: ma in entrambi i casi ci troviamo in presenza di applicazioni del paradigma obbligatorio molto lontane dall'originale. Quest'ultimo, infatti, viene amputato della pretesa — e ciò, ovviamente, in quanto dalla scena esce la prestazione — riducendosi, dunque, alla pura dimensione del dovere, di un *alterum non laedere* che, collocato all'interno di questa cornice relazionale, acquista finalmente una concretezza inattuabile tutte le volte in cui se ne è voluto fare il motivo ispiratore del torto aquiliano. In altri termini, si può dire che mentre all'obbligazione con prestazione corrisponde uno schema dinamico inquadrabile entro la fenomenologia dell'esercizio di un diritto (il creditore diffida, costituisce in mora, agisce in revocatoria, espropria, perfino presso terzi), all'obbligazione senza prestazione (o, per usare la formula di Larenz, all'obbligazione senza obbligo primario di prestazione) e, a maggior ragione, alle *Schutzpflichten* corrisponde uno schema puramente reattivo, nel senso che la tutela accordata al portatore dell'interesse prende la forma del risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo (11).

Si tratta, come è evidente, di uno schema di tipo aquiliano; ma è importante precisare che il richiamo alla *lex Aquilia* deve essere inteso non nel senso di un accostamento all'istituto di diritto positivo della responsabilità civile (ciò che costituirebbe di senso tutto il complesso lavoro costruttivo svolto, in primo luogo, dalla dottrina), quanto piuttosto nei termini di un riferimento ad un dispositivo ordinamentale, quello risarcitorio, che, pur rinvenendo la sua più compiuta e genuina espressione nella disciplina dei fatti illeciti di cui all'art. 2043 e s., può

(11) Infatti K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* (München 1982), I, 13, nel formulare la definizione della categoria, mette subito l'accento sul fatto che gli « *Schuldverhältnisse ohne (primäre) Leistungspflicht (...) sich zunächst in der Begründung allgemeiner Verhaltenspflichten unter bestimmten Personen erschöpfen. Durch die Verletzung einer solchen Verhaltenspflicht kann sich aus ihnen eine Schadensersatzpflicht und damit dann eine sekundäre Leistungspflicht ergeben* ». Appunto, "obblighi generali di comportamento" nei confronti di "persone determinate", ovvero un *alterum non laedere* ricondotto a sfere giuridiche puntuali l'inosservanza del quale genera, come è naturale, un obbligo di tipo risarcitorio.

trovare applicazione anche al di fuori di quel perimetro, come proprio le fattispecie di cui ci stiamo occupando si incaricano di dimostrare. Il risarcimento del danno occupa nel panorama delle tutele uno spazio preciso e non manipolabile *ad libitum*: suo specifico compito è quello di restaurare l'integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed esistenziali) del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica, in tal modo svolgendo, come pure si è detto, una funzione tipicamente conservativa (12). Ciò significa che non è possibile chiamare in causa il risarcimento tutte le volte in cui il problema da risolvere sia quello dell'attribuzione di un diritto: dove, per attribuzione di un diritto, in un contesto rimediale e, dunque, di regole di secondo livello, si deve intendere ogni misura intesa a ripristinare l'assetto istaurato dall'allocatione originaria. Ragione questa per la quale, lo anticipo già fin d'ora, ma sul punto mi soffermerò più avanti, è improprio, a mio avviso, continuare a parlare della corresponsione dell'equivalente pecuniario della prestazione divenuta impossibile come di un risarcimento del danno (13).

Ora, tornando agli obblighi di protezione, nella loro duplice variante, la loro appartenenza all'universo risarcitorio appare fuori discussione. Questo è certamente vero nel caso degli obblighi di protezione "connessi": qui, infatti, l'interesse leso appartiene al novero di quelli che formano la filiera aquiliana, ovvero risarcibili *ex art. 2043 c.c.* La *ratio* della contrattualizzazione del danno deve rinvenirsi, come già chiarito da Heinrich Stoll, nella *Einwirkungsmöglichkeit in den fremden Rechtskreis* resa possibile proprio dalla presenza della *Sonderbeziehung*, cioè il rapporto obbligatorio (14); in altre parole, quest'ultimo crea un rischio specifico, una specifica occasione di danno che, appunto, giustifica l'attrazione della perdita subita da una delle due parti del rapporto medesimo nell'orbita contrattuale (15).

(12) M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e « ingiustizia » del danno*, in questa *Rivista*, 2000, 442 s.

(13) V. *infra*, a partire dal § 7.

(14) Heinr. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, AcP (16), 1932, 298-299.

(15) Nella dottrina tedesca più recente quello del rischio specifico quale criterio di discriminazione fra le *ausserdeliktische Scutzpflichten* e le *delik-*

Quanto agli obblighi di protezione allo stato puro, è ben noto che il paradigma dell'obbligazione senza prestazione è rappresentato dalla *culpa in contrahendo*. Al riguardo la prima osservazione da fare, riprendendo quanto già detto più sopra, è che se è vero che, insieme con gli obblighi di protezione "connessi", la *culpa in contrahendo* ha potentemente contribuito al processo di allargamento dello spazio dell'obbligazione al di là dei confini segnati dal *Leistungsinteresse*, è altresì vero che il dispositivo in virtù del quale tale effetto si produce opera secondo modalità tra loro assai differenti. Infatti, nel caso degli obblighi di protezione, come si è visto, l'arricchimento del contenuto dell'obbligazione avviene attraverso l'innesto all'interno di essa di interessi, riconducibili alla sfera giuridico-patrimoniale delle parti, che, in difetto della sussistenza di un *vinculum iuris*, beneficerebbero, ove lesi, della tutela aquiliana. Tuttavia, almeno secondo una parte della dottrina, la rilevanza *ex contractu* di tali interessi, e, conseguentemente, della loro lesione, è subordinata alla circostanza che il pregiudizio sia in connessione diretta con l'esecuzione della prestazione, perché altrimenti l'innesto discenderebbe dal puro e semplice esserci del rapporto obbligatorio e non dalla considerazione di quest'ultimo come programma d'azione decifrabile secondo una sua specifica *ratio*. Stando così le cose, però, è evidente che l'obbligo di protezione finisce per affiancarsi all'obbligo principale ribadendo inevitabilmente il primato di quest'ultimo nella misura in cui soltanto le condotte intese alla esecuzione (o alla ricezione) della prestazione potranno proporsi quali veicoli di una possibile lesione dello *Schutzinteresse* (16).

Ben diversamente opera la *culpa in contrahendo*. Qui, infatti, il nesso con la *Hauptleistung* è programmaticamente escluso per la semplice, ma decisiva ragione che non vi è alcuna prestazione attorno alla quale agglutinare il piano d'azione delle parti, ancorché reso più ricco e complesso dalla presenza di obblighi accessori, strumentali o di protezione. Anzi, come è noto, il principale argomento a lungo utilizzato contro la lettu-

tsrechtliche Pflichten è molto valorizzato da J. Lüsing, *Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung* (Baden Baden 2010), 89 ss.

(16) Per un approfondimento sul punto rinvio a Nivarra, *La contrattualizzazione* cit., 486 s.

ra in chiave contrattuale della *culpa in contrahendo* è stato, appunto, quello dell'assenza di un contratto, ovvero di un dispositivo giuridico la cui stessa ragion d'essere risiede nell'attribuzione di una specifica utilità. Il fatto che la giurisprudenza di legittimità sia rimasta a lungo abbarbicata a questo « frusto argomento » (17) non lo rende di certo meno frusto e più accettabile: esso era il frutto di un autentico pregiudizio, qualcosa che vagamente ricordava, in peggio, l'equazione illecito aquiliano-diritto assoluto, ormai in palese contrasto con il dato normativo, l'elaborazione dottrinale e l'evoluzione della stessa giurisprudenza. Disancorare l'obbligazione dal contratto o, se si preferisce, dalla prestazione rappresenta però, innegabilmente, un passaggio molto delicato: e non è certo un caso che in Jhering un ancoraggio, sia pure molto fragile al contratto permanesse là dove egli aveva immaginato che, durante le trattative, le parti concludessero un patto tacito di garanzia in base al quale esse si impegnavano a rispondere del danno eventualmente scaturente dalla trattativa infedele (il nucleo originario dell'istituto risiede nella disposizione oggi contenuta nell'art. 1338 c.c.). Più in generale si potrebbe rilevare come, sia pure sullo sfondo e in negativo, il contratto mantenga un ruolo nella dinamica generatrice degli obblighi gravanti sulle parti impegnate nelle trattative: del resto, allo stesso Jhering si deve l'osservazione secondo cui « *der Ausdruck 'Nichtigkeit' des Contracts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen überhaupt* » (18): in altri termini, gli unici effetti che il contratto nullo non può produrre sono quelli immediatamente riconducibili all'obbligo di prestazione. Dunque, nella prospettiva di Jhering — destinata ed esercitare un'influenza durevole nel dibattito successivo — il distacco si consuma a metà: esso riguarda certamente la prestazione, ma non il contratto, almeno non fino in fondo, là dove quest'ultimo, sebbene per così dire

(17) L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Riv. dir. comm., 1956, II, 360, e ora Scritti II. *Obbligazioni e negozio* a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (Milano 2011), 267.

(18) R. Von Jhering, *Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, JherJB, 4, 1861, 32.

trasfigurato, viene comunque reinserito nel ciclo di produzione dell'effetto obbligatorio.

Se spostiamo in avanti le lancette dell'orologio di poco meno di un secolo, approdando al celebre saggio mengoniano in materia di responsabilità precontrattuale, sarà abbastanza agevole rendersi conto di come quel distacco si sia ora pienamente consumato e di come la *culpa in contrahendo* individui ormai il paradigma di un modo di essere dell'obbligazione rispetto al quale la prestazione stinge sino al punto di evaporare. Nel ragionamento di Mengoni, tre passaggi risultano cruciali. Il primo attiene alla distinzione formulata con grande chiarezza tra il contatto sociale cui ha riguardo la previsione dell'art. 1337 c.c. e il contatto sociale presupposto, per così dire, dall'art. 2043 c.c.: infatti « l'assoggettamento dei beni di appartenenza altrui alla concreta possibilità di danneggiamento (...) è solo una condizione di fatto della violazione dei corrispondenti doveri (assoluti) di non ingerenza che a noi incombono (...) ed è certo che alla determinazione del contenuto dei doveri corrispondenti ai diritti assoluti è estranea una valutazione alla stregua di buona fede » (19). Da questa premessa consegue poi l'ulteriore osservazione alla stregua della quale « quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata (...) in un rapporto obbligatorio » il cui contenuto si specifica, appunto, mediante una valutazione di buona fede. Per i Romani, *fidem praestare* designava l'adempimento di un'obbligazione e non a caso: anche nel nostro ordinamento, « il contrario della buona fede in senso oggettivo si risolve nel concetto (oggettivo) di inadempimento » (20). Dall'evidente parallelismo fra l'art. 1337 c.c. e gli artt. 1366 e 1375 c.c. è agevole desumere la scelta del legislatore del '42 di estendere gli obblighi reciproci di correttezza ex art. 1175 c.c. alla fase formativa del contratto, i quali « sorgono già in questa fase in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra in quanto tale, in

(19) Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Scritti II cit., 269.

(20) Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Scritti II cit., 272.

quanto cioè, attraverso la relazione instaurata dalle trattative, viene investita di una specifica possibilità (...) di ingerenze dannose nella sfera della controparte » (21).

In altri termini, grazie a Mengoni, assume una forma compiuta l'idea secondo la quale la buona fede non è più semplicemente il parametro di adeguatezza della condotta delle parti di un rapporto obbligatorio, e neppure il canale di integrazione del contenuto di quest'ultimo, ma la vera e propria fonte del vincolo nel senso, appunto, che « quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata (...) in un rapporto obbligatorio ». Del resto, il modo stesso in cui è formulato l'art. 1173 c.c. con il suo richiamo « ad ogni altro atto o fatto » quali possibili fonti dell'obbligazione collima perfettamente con questa attitudine costitutiva della buona fede, sulla quale credo sia opportuno brevemente soffermarsi. Da un certo punto di vista, la buona fede, nella veste di fonte dell'obbligazione, opera secondo un meccanismo che non è, almeno apparentemente, molto diverso da quello delle altre fonti: anch'essa, in altri termini, necessita della mediazione del "concreto" perché il vincolo giuridico insorga. Ora, in alcuni casi e, direi, in modo esemplare proprio in quello dell'art. 1337 c.c., è il legislatore stesso ad individuare il segmento di realtà da assoggettare alla sovranità della buona fede e, quindi, a trasformare « una relazione sociale in un'obbligazione ». Qualcosa del genere accade, appunto, in diverse altre ipotesi — si pensi, ad es., agli artt. 1327, comma 2, 1328, comma 1, e 1718, comma 4, c.c. — tutte accomunate, appunto, da questa mediazione cognitiva offerta dal legislatore la quale può ingenerare una percezione distorta del fenomeno e indurre a ritenere che la giuridicizzazione del rapporto sia opera delle norme che selezionano i comportamenti di volta in volta dovuti. In realtà, il vero fondamento dell'obbligo è sempre la buona fede anche se ciò si manifesta in modo più nitido là dove — mi riferisco all'art. 1337 c.c. — non una specifica tipologia di condotta viene presa in considerazione, quanto piuttosto l'intera classe delle azioni o delle omissioni riconducibili all'ambi-

(21) Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Scritti II cit., 272.

to delle trattative e della formazione del contratto. Già qui è più evidente che la previsione legislativa in quanto tale si limita a ritagliare la cornice storica all'interno della quale la buona fede svolgerà poi il suo compito di fondazione dei comportamenti effettivamente dovuti, questa volta non attraverso la mediazione del legislatore ma, in ragione della sua natura di clausola generale, attraverso la mediazione del giudice. In altri termini, spetterà al giudice, questa volta, stabilire se, tenuto conto delle circostanze concrete, un certo comportamento sia dovuto, così adempiendo al compito di specificare il contenuto di una norma a struttura aperta quale è quella che rinvia al canone della buona fede.

2. In Italia, quello che ho chiamato il movimento centripeto della responsabilità contrattuale ha seguito un andamento ondivago, in un certo senso rovesciato rispetto al percorso tracciato dalla dottrina tedesca o di derivazione tedesca (22). Se le tre direttrici fondamentali in cui questo movimento si è sviluppato sono contrattualizzazione della *culpa in contrahendo*, generalizzazione di un paradigma in cui il *vinculum iuris* progressivamente si emancipa prima dalla *Hauptleistung* e poi dal contratto (più o meno fedelmente riassunte, mi sembra, nella odierna formulazione del § 311 BGB) e, infine, la scoperta delle *Schutzpflichten* (§ 242, Abs. 2 BGB), il caso italiano presenta una geometria invertita, appunto, rispetto allo schema ora abbozzato (23).

Lasciando da canto queste ultime, è noto che, a partire dalla storica sentenza n. 589 del 1999, la S.C. ha definitivamente affermato il carattere contrattuale della responsabilità del medico, operante in una struttura sanitaria, nei confronti del paziente per il caso di danni alla salute di quest'ultimo: e ciò pur in difetto di un contratto d'opera professionale o di qualsivoglia altra natura. È altresì noto che il medio attraverso il quale viene argomentata e fondata tale soluzione (ricca di

(22) Nello stesso ordine di idee, mi sembra, Castronovo, *La Cassazione supera se stessa* cit., 1235.

(23) Sul § 311 BGB v., nella letteratura italiana, A. Zaccaria, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, Riv. dir. civ., 2013, 77 s.

notevoli implicazioni anche sotto il profilo applicativo: si pensi all'allungamento della prescrizione e al diverso assetto del regime probatorio, decisamente più favorevole all'attore) è rappresentato dal richiamo alla figura del contatto sociale. Ora, premesso che, a mio avviso, il contatto sociale (e, ancor più, i rapporti contrattuali da fatto) non c'entrano poi molto, la logica della decisione deve ravvisarsi nell'idea secondo cui, quando ci si rivolge ad un operatore il quale eserciti una professione protetta, ovvero, come si legge nella sentenza « una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, (art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost. », la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno) » (24).

(24) Nello stesso senso, v. l'importante arresto a s.u. della Cass., 11-1-2008 n. 577, Foro it., 2008, I, 453 ss., nonché Cass., 1-12-2009 n. 25277, Danno e resp., 2010, 2061 ss., con nota di D. Gianti, *Danno da emotrasfusione e questione di legittimazione passiva: quando un errore costa caro*. Secondo l'art. 3 d.l. 13-9-12 n. 158 ("Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più elevato livello di tutela della salute"), conv. nella l. 8-11-2012 n. 189 (c.d. legge Balduzzi, dal nome del Ministro della Salute all'epoca in carica) « l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta di cui al primo periodo ». La disposizione in esame ha riaperto il dibattito in ordine alla qualificazione della responsabilità del medico, nel senso che il richiamo all'art. 2043 c.c. sembrerebbe lasciare intendere che il legislatore abbia voluto riaffermarne la natura aquiliana. In realtà, come anche le prime pronunzie della giurisprudenza, di merito e di legittimità, testimoniano, questo esito è tutt'altro che scontato: e, anzi, come si vedrà più avanti (v. nt. 84), deve ritenersi che il dettato normativo possa essere inter-

È in questo schema, poi replicato da diverse altre pronunzie successive (25), che, appunto, si annida la *ratio decidendi* elaborata dalla giurisprudenza in esame. Il punto sul quale vorrei richiamare l'attenzione, perché indicativo dell'anomalia italiana alla quale accennavo in precedenza, è che, anche se i nostri giudici non lo danno a vedere — forse per una sorta di ritegno dogmatico, forse, e anzi, più verosimilmente, perché all'epoca ancora paralizzati dall'omaggio tributato alla tesi della extracontrattualità della *culpa in contrahendo* — il dispositivo giuridico qui all'opera è proprio quello della *culpa in contrahendo* nei termini in cui esso era stato illustrato *illo tempore* da Mengoni. Nella dinamica che presiede alla costituzione del vincolo, la fonte dell'obbligazione sembrerebbe essere l'eserci-

pretato in modo da trarne conferma, a livello sistematico, della esattezza della costruzione tenuta a battesimo da Cass. n. 589/1999. Sul dibattito aperto dalla legge Balduzzi v. G. Vettori, *La responsabilità medica ed il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Persona e mercato*, 2013, 351 s.; C. Sartoris, *La responsabilità del medico nell'art. 3, comma 1 della Legge Balduzzi* ivi, 358 ss.; A. Errante Parrino, *La direttiva 2011/24/UE sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera: verso un diritto europeo della salute?*, ivi, 379 s. Circa la riduttività della nozione di contatto sociale, v., da ultimo, Castronovo, *La relazione come categoria essenziale* cit., 76: («l'obbligazione nasce dal contatto sociale qualificato dallo status professionale del medico, e da tali due elementi sorge un affidamento, reso rilevante dalla buona fede quale fonte di obblighi»); nonché sempre Castronovo, *La civilizzazione della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2013, 640. Sulla diversità dei rapporti contrattuali di fatto, v. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 486 s.

(25) Cass., s.u., 27-6-2002 n. 9346, *Foro it.*, 2002, I, 1287 s., con nota di F. Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; Cass. 18-11-2005 n. 24456, *Foro it.*, Online; Cass. 3-3-2010 n. 5067, *Giust. civ.*, 2011, I, 172; Cass. 20-5-2010, n. 9325, *Danno e resp.*, 2011, 395 con nota di M. Pastore, *Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante: cui prodest?* (responsabilità dell'insegnante per i danni che l'allievo cagiona a sé stesso); Cass. s.u., 26-6-2007 n. 14712, *Corr. giur.*, 2007, 1710 s., con nota di A. di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili* (responsabilità della banca per il pagamento di un assegno a soggetto non legittimato); Cass. 14-7-2009 n. 16382, *Corr. giur.*, 2010, 210 s., con nota di R.P. Puce, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso* (responsabilità del mediatore per violazione del dovere di buona fede e correttezza); Cass. 21-7-1992 n. 15992, *Foro.it.*, 2011, I, 2636 s. (responsabilità dell'ex datore di lavoro verso il dipendente per erronee informazioni contributive).

zio di una professione protetta, ma ciò che al pari di quanto accade nell'ipotesi contemplata dall'art. 1337 c.c., perfeziona la fattispecie è l'affidamento riposto dalla controparte nelle competenze del professionista in quanto asseverate dalla legge. Da questo punto di vista l'analogia è perfetta perché, così come nel caso delle trattative e della formazione del contratto, l'affidamento diviene meritevole di tutela nella misura in cui la relazione resta assoggettata all'imperio della buona fede, e, del pari, anche qui la rilevanza dell'affidamento origina da un fatto oggettivo rappresentato dall'abilitazione all'esercizio della professione. In realtà, poi, almeno a parer mio, il fondamento ultimo del vincolo rimane pur sempre la buona fede, e ciò perché in definitiva gli obblighi in tesi ricavabili dallo *status* di professionista protetto rivestono un ineliminabile carattere di genericità e, come tutti i doveri a carattere pubblicistico, hanno un'efficacia *erga omnes*: soltanto il medio della buona fede, viceversa, è in grado di tradurre tali doveri in un rapporto tra soggetti determinati sulla base di un processo di concretizzazione della clausola generale in relazione al quale l'esercizio della professione finisce per occupare uno spazio storico-fattuale corrispondente a quello riservato dal legislatore *ex art.* 1337 c.c. alle trattative e alla formazione del contratto (26).

La recente, e già richiamata, Cass. n. 27648/2011 si inserisce a pieno titolo nel filone della giurisprudenza sulla responsabilità contrattuale da "contatto sociale" attraverso un'operazione, per la verità alquanto sconcertante in ragione della quale la contrattualità della *culpa in contrahendo* viene finalmente affermata proprio sulla base del richiamo al "contatto sociale". Si legge, infatti, nella pronuncia in esame che la giurisprudenza di legittimità è « da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale, conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare — oltre al danno sofferto — solo la condotta antigiusuridica, e non anche la colpa...la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicché

(26) Così sulla scia di Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 462 s.

deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno ». Da qui il « principio che, in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi — come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata — in una delle ipotesi previste nell'art. 1173 c.c. ».

Quindi, non è la responsabilità da “contatto sociale” a rappresentare uno sviluppo della *culpa in contrahendo* ma, al contrario, quest'ultima ad individuare una variante della prima. Filologicamente parlando si tratta, come visto, di un notevole svarione; ma questo poco importa così come, in definitiva, poco importa che la “svolta” nasca, come del resto spesso è accaduto, dall'esigenza di risolvere un problema di ordine processuale e, più in particolare, di distribuzione dell'onere della prova. Ciò che davvero conta è che la pronunzia in esame, oltre ad avere finalmente potato un autentico ramo secco del nostro *ius receptum*, abbia con precisione messo a fuoco il significato della previsione di cui all'art. 1337 c.c. (27) come di una norma che ravvisa nella buona fede la fonte di un'obbligazione *ex art. 1173 c.c.*: così ripristinando il primato di un paradigma — quello della *culpa in contrahendo* — a lungo offuscato dai bizzarri percorsi delle nostre corti e che oggi, viceversa, viene portato alla luce sia pure in modo un po' tortuoso, posto che ciò che

(27) « La domanda di accertamento della responsabilità precontrattuale è validamente proposta sulla base della rappresentazione di elementi di fatto idonei a dimostrare la lesione della buona fede tenuta dalla parte nel corso della vicenda, e con ciò dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c.. La citata disposizione, infatti, delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c. ».

culpa in contrahendo e “contatto sociale” hanno in comune è proprio lo schema ricavabile dall’art. 1337 c.c. che è lo stesso di cui la giurisprudenza, attingendo ad una dottrina non sempre ben digerita, si è avvalsa per conseguire i risultati descritti nella parte iniziale del presente § (28).

3. Come già accennato, anche gli obblighi di protezione allo stato puro al pari degli obblighi di protezione “connessi”, sono presidiati da una modalità di tutela puramente reattiva, ossia risarcitoria. Vi è, però, una differenza in ordine al modo in cui il dispositivo risarcitorio si atteggia nei due casi. Nel caso delle *Schutzpflichten*, abbiamo visto, l’interesse pregiudicato si lascia ricondurre entro l’alveo di quelli suscettibili di tutela anche in sede aquiliana, rinvenendo il trattamento contrattuale del danno la propria giustificazione nel rischio specifico indotto dalla sussistenza dell’obbligazione. Viceversa, nel caso degli obblighi di protezione allo stato puro, il fondamento della pretesa risarcitoria risiede nella lesione dell’affidamento, il quale, come pure si è visto nel § precedente, risulta meritevole di tutela in ragione del combinarsi della direttiva di buona fede e delle circostanze di fatto di volta di volta rilevanti o sulla base di una previsione normativa (ad es., e paradigmaticamente, l’art. 1337 c.c.), o sulla base dell’opera di concretizzazione giudiziale della clausola generale.

Per altro verso si potrebbe sostenere che, atteso il regime di tipicità progressiva (se non di clausola generale) che caratterizza il nostro sistema della responsabilità civile, le differenze si attenuino, fermo restando l’elemento comune inaggrabile, cioè la non pretendibilità della condotta dovuta che risalta *ictu oculi* là dove si tratti di obblighi di protezione “connessi”, mentre, trattandosi di obblighi di protezione allo stato puro, la circostanza che qui, come scrive la Cassazione nel 1999, sia richiesto un *facere* e non semplicemente un *non facere*, potrebbe dar luogo a qualche incertezza. Tuttavia, non ci si deve lasciare ingannare dalle apparenze: infatti, è ormai chiaro che « il ri-

(28) Su tutto questo d’obbligo il rinvio a Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 443 s. (si tratta del noto saggio *Tra contratto e torto. L’obbligazione senza prestazione*, originariamente in *Scritti in onore di Luigi Mengoni* (Milano 1995), 148 s.).

spetto dell'altrui sfera giuridica » può esigere l'adozione di comportamenti attivi, così come l'arricchimento, tramite attribuzione di un'utilità, di quella medesima sfera può attuarsi in virtù di condotte puramente omissive (29). Il discrimine, in altri termini, non è rappresentato dalla morfologia dell'azione, ma dal fine pratico in vista del quale l'ordinamento la prescrive. A ciò deve aggiungersi un'ulteriore considerazione. La prosa delle nostre corti, spesso, rivela ancora oggi una subalternità, più esteriore che di sostanza, al paradigma dell'*alterum non laedere*, sebbene ormai da tempo la dottrina abbia rivelato come il dispositivo aquiliano non postuli affatto l'esistenza di un dovere *erga omnes* di rispetto dell'altrui sfera giuridica, figura già sommamente problematica in sede di teoria generale e certamente ignota al diritto positivo (30). Ora, proprio grazie a questo fondamentale lavoro di chiarificazione concettuale, dovrebbe ormai risultare evidente che quanto distingue la responsabilità contrattuale dalla responsabilità extracontrattuale non è la latitudine dell'obbligo la cui inosservanza genera il *nexum*, quanto piuttosto l'esistenza, o l'inesistenza, di un rapporto tra

(29) Quanto affermato nel testo mi dà modo di ritornare brevemente su una questione esaminata nel mio precedente scritto su *La contrattualizzazione* cit, nt. 10 ove, a proposito delle *Schutzpflichten*, avevo avanzato l'idea che tali obblighi potessero essere oggetto di un'esecuzione in forma specifica. *Re melius perpensa*, mi sentirei di aggiungere che, se questo è vero, è altresì vero che il fondamento del rimedio esecutivo deve rinvenirsi non tanto in un non meglio precisato trasmigrare delle tutele di cui gode il credito in direzione di ciò che credito, per definizione, non è, quanto, piuttosto e al contrario, dall'imporsi di una forma di tutela che ripete la propria ragion d'essere da un modo di atteggiarsi dell'illecito irriducibile all'inadempimento. Riprendo l'esempio già formulato, quello dell'artigiano che, chiamato a casa mia per svolgere un lavoro, si avvale di sostanze allergeniche: rimango convinto che sia possibile ottenere, magari in via d'urgenza, un provvedimento che imponga la sostituzione di sostanze non nocive, ma il fondamento del rimedio non è, ovviamente, la pretesa creditoria ma l'inviolabilità della mia sfera giuridica (sotto specie di diritto alla salute), sicché la tutela rivestirà qui un carattere schiettamente inibitorio. Invece, mi sembra del tutto indifendibile l'idea, lì solo accennata, che la violazione di una *Schutzpflicht* possa dar luogo ad una domanda di risoluzione, attesa l'irriducibilità dello *Schutzinteresse* al *Leistungsinteresse*.

(30) Un'opinione diversa al riguardo sembra nutrire M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile* (Torino 2011), 65 s. su cui v. la nt. successiva.

due soggetti determinati, cioè di un obbligo nell'unico senso in cui è possibile parlare di obbligo. Da questo punto di vista, l'apporto veramente originale che gli obblighi di protezione forniscono sul piano dello strumentario categoriale deve ravvisarsi in ciò che con essi, per la prima volta, la funzione risarcitoria viene associata ad una forma giuridica di chiara impronta relazionale che, però, si presenta depurata della pretesa, di talché il risarcimento del danno esibisce qui quei medesimi tratti di purezza che, sino ad ora, erano stati appannaggio esclusivo del risarcimento nella sua versione aquiliana (31). Ciò

(31) Infatti, per *ius receptum* la responsabilità contrattuale è locuzione con la quale si designano i fenomeni descritti dall'art. 1218 e 1223 c.c., ossia l'obbligazione risarcitoria posta a carico del debitore allorché la prestazione divenga impossibile per causa a lui non imputabile e finalizzata a ripagare il creditore della mancata percezione dell'utilità dovuta sia delle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento. Però, come si è visto, la caratteristica saliente degli obblighi di protezione è che essi sono funzionalmente autonomi dalla prestazione, sicché, attraverso di essi, responsabilità contrattuale e risarcimento del danno, almeno in una certa misura vanno ora a presidiare uno spazio ben più ampio di quello loro assegnato dalla tradizione. Sotto questo profilo, la censura che E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Diritto civile, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, III (Milano 2009), 234 s., muove alla categoria dell'obbligazione senza prestazione non appare giustificata. Ad avviso dell'A., se ho inteso bene, il *proprium* della responsabilità *ex contractu* risiederebbe in ciò che l'inadempimento è, in pari tempo ed *ex se*, violazione di una regola di condotta e lesione di un interesse (quello del creditore alla prestazione), là dove la responsabilità *ex delicto* implicherebbe sempre la (autonoma) prova dell'avvenuta lesione di un interesse. Da questo assunto, in sé condivisibile anche perché abbastanza intuitivo, l'A. fa poi discendere il corollario secondo cui poiché nella *culpa in contrahendo* vi è lesione di un interesse (l'affidamento) oggetto, appunto, di una specifica prova, e non la pura e semplice violazione di un dovere, saremmo in presenza di un illecito aquiliano e non di un illecito contrattuale: donde, appunto, il rigetto dell'obbligazione senza prestazione di cui la responsabilità precontrattuale, come si è visto, rappresenta il paradigma. Questa conclusione, però, semplicemente elude il problema posto (e risolto) dal costruito in esame, che è quello di dare una forma giuridica adeguata al fatto costituito dalla lesione di un interesse resa possibile soltanto dalla prossimità di due sfere giuridico-patrimoniali. Certo, si può negare in radice il problema e dire che quella prossimità non esiste o, comunque, non rileva per il diritto: ma se così fosse saremmo in presenza della pura e semplice riproposizione di una *Begriffjurisprudenz* fuori tempo nel senso, appunto, della programmatica chiusura del "sistema" di fronte al "problema", tanto più fuori tempo se solo si consideri la modesta

spiega la ragione per la quale a lungo i fenomeni oggi concettualizzati attraverso il medio degli obblighi di protezione siano

buona salute di cui il “sistema”, nel suo insieme, gode oggigià (sul punto mi permetto di richiamare L. Nivarra, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, Riv. crit. dir. priv., 2012, 211 s.). Più nel merito, poi, è fuor di dubbio che gli obblighi di protezione, fin dalla loro originaria elaborazione, concettualizzano e provano a dare una compiuta veste dogmatica all’innesto, su una struttura relazionale, di una vicenda che gli ordinamenti di *civil law* di tutto principio attribuiscono al dominio dell’aquiliano (ovvero il danno/perdita patrimoniale o di utilità esistenziali), dal canto suo, però, contrassegnato da un difetto di relazionalità: ma, appunto, una simile constatazione è ciò da cui tutto parte e non può essere il modo attraverso cui chiudere la questione. Argomentate critiche alla teorica dell’obbligazione senza protezione sviluppa anche M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile* cit., 65 s., delle quali, in particolare, non può essere condivisa l’equiparazione che, sotto il profilo logico-formale, l’A. propone tra la (esplicita) previsione di un obbligo e quella di una sanzione: in altri termini, ad avviso di Barcellona, collegare ad un certo comportamento una certa sanzione è un modo diverso nella forma, ma coincidente nella sostanza, per dire che quel comportamento è obbligatorio. In realtà, a ben vedere, la sanzione, cioè il risarcimento del danno, non si riannoda affatto alla violazione di un dovere (si tratti dell’*alterum non laedere* o dell’obbligazione) ma al pregiudizio arrecato all’altrui sfera giuridico-patrimoniale. Come si vedrà più avanti, danno/prejudizio patrimoniale o esistenziale e risarcimento sono nozioni ordinamentali unitarie, anzi identiche e, pertanto, comuni alle due forme di responsabilità le quali differiscono soltanto in ragione delle modalità attraverso le quali il danno diviene rilevante (v. *infra*, § 11). Orbene, il criterio discrezionale, quello che provvede a differenziare i due dispositivi, è individuato dalla legge nell’essere il danno originato da una *Einwirkungsmöglichkeit* (ovvero da una interferenza consentita dalla prossimità delle due sfere giuridiche) ovvero da una *Einwirkung* non mediata da una prossimità giuridicamente fondata: di talché, si avrà responsabilità contrattuale nel primo caso quando il danno discende dall’inadempimento (comprensivo, come si vedrà meglio in seguito, dell’inadempimento definitivo e dell’impossibilità sopravvenuta imputabile) di un’obbligazione, che è la forma giuridica della prossimità, mentre si avrà responsabilità extracontrattuale nel secondo caso quando il danno discende da un’incursione nel patrimonio o nella persona altrui svincolata da qualsiasi prossimità. In altri termini, l’obbligazione instaura tra le parti uno stato di cose in cui è iscritta una potenzialità dannosa che è del tutto estranea all’*alterum non laedere*, quandanche di quest’ultimo si volesse predicare la natura di comando giuridico (ciò che, a mio avviso, è, in relazione al problema in esame, abbastanza irrilevante): l’obbligo di protezione, nelle sue due varianti (“connesso” e in purezza), molto semplicemente, cattura e restituisce la prossimità come precondizione dell’insorgenza del danno, e questo basta a fondare la legittimità dogmatica della figura, pur nel prevalere della dimensione conservativa

stati considerati, specie in alcuni settori della dottrina italiana, una sorta di “terra di mezzo” tra contratto e torto: un’ambiguità dogmaticamente insostenibile che l’opera di revisione e aggiornamento dell’obbligazione ha consentito di lasciarsi alle spalle (32).

4. Delineati, in modo spero non troppo sommario, i contorni di una vicenda di grande rilevanza, teorica e pratica, vorrei passare all’esame della questione che mi sta più a cuore e che provo a formulare nei termini più possibile semplici. In sostanza, si tratta di questo: come si è visto, tanto gli obblighi di protezione “connessi” quanto gli obblighi di protezione “in purezza” sono i vettori di un fenomeno assai singolare — almeno a voler ragionare secondo gli stilemi usuali — in forza del quale un rimedio di tipo risarcitorio viene attivato all’interno di una struttura relazionale, che può essere incistata nell’obbligazione *stricto sensu* (è il caso degli obblighi di protezione “connessi”), ovvero presentarsi in una versione non riducibile allo schema del *vinculum iuris* tradizionalmente inteso (è il caso degli obblighi di protezione “in purezza”: sul punto, però, tornerò da qui a breve) ma dove, comunque, il ristoro del danno è completamente autonomo dalla mancata esecuzione della prestazione. Come pure ho già avuto modo di osservare, il venir meno della prestazione si declina, nei due casi, secondo cadenze differenti: nel caso degli obblighi di protezione “connessi”, il nesso, appunto, con l’esecuzione, o la ricezione, della prestazione è ciò che vale a distinguere gli *Schutzinteressen* tutelati *ex contractu* dagli interessi i quali, per essere la loro lesione solo accidentalmente riconducibile all’esistenza del rapporto obbligatorio, rimangono affidati alle cure della *lex Aquilia*, di talché il costrutto risulta caratterizzato da un grado di autonomia relativo (o, se si preferisce, il venir meno della prestazione si

su quella attributiva che, ho già avuto modo di osservarlo, è una inevitabile conseguenza dell’ibridazione aquiliana.

(32) Vedremo, nel prosieguo, che l’immagine dell’allargamento dei confini della responsabilità contrattuale non è del tutto fedele alla realtà là dove si renda palese la circostanza per cui non è possibile parlare indifferentemente di risarcimento del danno sia con riguardo alla inosservanza dell’obbligo di prestazione, sia con riguardo all’inosservanza degli obblighi di protezione.

presenta in una forma meno radicale); nel caso degli obblighi di protezione “in purezza”, viceversa, l'appassimento della prestazione è totale, perché, appunto, ciò al cui cospetto ci troviamo è la castronoviana « obbligazione senza prestazione ».

Ora, questa evoluzione solleva due problemi strettamente connessi l'uno all'altro ed entrambi di grande impatto dogmatico. Il primo concerne il rapporto che intercorre tra gli obblighi di protezione — in entrambe le versioni — e l'art. 1218 c.c.; il secondo, invece, attiene alle ricadute sul modo di atteggiarsi della misura risarcitoria ivi contemplata, nel senso che, qualora si ravvisasse nell'art. 1218 c.c. un contenitore così capiente da farvi rientrare anche gli obblighi di protezione, sarebbe inevitabile interrogarsi circa la perfetta sovrapponibilità del risarcimento del danno da inadempimento al risarcimento del danno da violazione di un obbligo di protezione. In realtà, la prima delle due questioni indicate deve, oggi, considerarsi risolta nella misura in cui l'approdo del dibattito dottrinale sviluppatosi intorno al significato da attribuirsi alla *culpa in contrahendo* è stato, come si è visto nelle pagine precedenti, proprio la riconduzione tanto dell'ipotesi-madre, quanto delle sue gemmazioni applicative (riassunte nella equivoca formula del “contatto sociale”) entro l'alveo della c.d. responsabilità contrattuale, ossia, appunto, dell'art. 1218 c.c. Un esito siffatto implica, però, una rilettura di tale norma e, più in generale, una revisione profonda della teoria dell'obbligazione, perché, come è evidente già ad una prima, superficiale lettura, la responsabilità del debitore si ricollega alla mancata (o ritardata) esecuzione della prestazione, anche se poi essa si concretizzerà soltanto allorché la prestazione sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore medesimo (33). Sin qui, ovviamente, la disposizione in esame è stata intesa nel senso che la prestazione fosse la *Hauptleistung* e che l'interesse leso dalla sua omessa

(33) Sul punto v. L. Mengoni, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »* *Studio critico*, Riv. dir. comm., 1954, 185, ora in *Scritti II cit.*, spec. 197 s., il quale ha chiarito in modo definitivo che il fondamento della responsabilità contrattuale è l'inadempimento (ossia il combinato dell'obbligazione preesistente e dello stato di fatto contrario all'aspettativa tutelata del creditore mentre la colpa, dal canto suo, rileva solo indirettamente in quanto fatto che inibisce all'impossibilità sopravvenuta della prestazione di estinguere l'obbligazione (205).

esecuzione fosse il *Leistungsinteresse* dell'art. 1174 c.c.: in altri termini, la regola in punto di responsabilità del debitore è stata riguardata nella prospettiva dell'obbligazione corredata della canonica prestazione, mentre ora è necessario ridefinirne i confini in modo da dare spazio a due figure caratterizzate da un programmatico declino della prestazione.

A mio avviso, il punto di partenza per il corretto inquadramento del problema deve rinvenirsi nella nozione, cruciale nella elaborazione germanica delle *Schutzpflichten*, di *Einwirkungsmöglichkeit* (34). Il transito di un danno dall'orbita aquiliana (dove esso troverebbe, per così dire, naturale dimora, essendo un vero danno, consistente nella lesione della persona o del patrimonio dell'altra parte, e non lo pseudo danno collegato all'inadempimento e all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore: ma su questo tornerò diffusamente più oltre) a quella contrattuale trova il proprio fondamento, nelle pagine degli autori tedeschi e, in particolare di Hein. Stoll, in ciò, che il danno medesimo si sia prodotto in dipendenza, o (nelle letture più rigorose) in connessione, con l'esistenza di un rapporto obbligatorio il quale finisce per esercitare la sua *vis attractiva* anche sul pregiudizio arrecato al creditore o al debitore nell'eseguire, o nel ricevere, la prestazione. Il medium logico-normativo della contrattualizzazione del danno è rappresentato dalla buona fede: ma questo non cambia la sostanza delle cose, ovvero il ruolo baricentrico dell'obbligazione la quale, appunto, trasforma il generico (e, oggi si può dire, vacuo ed inafferrabile) *alterum non laedere* nello specifico obbligo di protezione. Ridotta all'essenziale, la sequenza si snoda attraverso i tre momenti della *Einwirkungsmöglichkeit* (determinata dall'inevitabile approssimarsi delle due sfere giuridiche conseguente alla nascita del *vinculum iuris*), della buona fede che, governando

(34) La nozione di *Einwirkungsmöglichkeit* trova oggi un'esplicita consacrazione normativa in seno al § 311 BGB post *Modernisierung* e, segnatamente, all'*Abs. 2, n. 2* dove è contemplata l'eventualità che un'obbligazione con gli obblighi di cui al § 241, *Abs. 2* tragga origine dalla "*Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut*".

l'intero rapporto obbligatorio, trasforma un *Sein* (la *Einwirkungsmöglichkeit*, appunto) in un *Sollen* (l'obbligo di protezione), culminando nell'ascrizione della responsabilità derivante dall'inosservanza di quell'obbligo alla responsabilità *ex contractu* in ragione della circostanza che siamo pur sempre in presenza di una condotta che si pone in contrasto con un comando individualizzato.

Questo schema, a mio avviso, può essere applicato, con tutti i necessari aggiustamenti, anche agli obblighi di protezione "in purezza". Fermo restando il ruolo spettante alla *Einwirkungsmöglichkeit*, che è ciò su cui si regge l'intero dispositivo (sotto il profilo empirico-fattuale, non normativo), il vero problema è rappresentato dalla individuazione dei criteri di rilevanza della medesima *Einwirkungsmöglichkeit*, posto che qui non ci si può giovare dell'effetto di approssimazione delle due sfere giuridiche assicurato dalla presenza del rapporto obbligatorio. Questo spiega il grande peso di una norma come quella dell'art. 1337 c.c. la quale fornisce un parametro al riguardo, costituito dal riferimento allo « svolgimento delle trattative » e alla « formazione del contratto »: sicché la *Einwirkungsmöglichkeit* potrà attingere la soglia della rilevanza quando l'approssimarsi delle due sfere giuridiche sarà stato reso possibile da fatti muniti di una consistenza paragonabile a quella di cui sono muniti i segmenti di realtà menzionati dall'art. 1337 c.c. Superata questa difficoltà, la strada risulterà decisamente più agevole perché poi — una volta acquisito che l'aspettativa riposta da una delle parti nella condotta dell'altra è sensata — sarà la buona fede, ancora una volta, a convertire il *Sein* (cioè l'*Einwirkungsmöglichkeit*) in un *Sollen* (l'obbligo di protezione), l'inosservanza del quale darà luogo all'insorgere di una responsabilità inevitabilmente contrattuale. Resta da precisare che, nelle fattispecie in esame, la buona fede non è, come nel caso degli obblighi di protezione "connessi", quella dell'art. 1175 c.c. (ossia, una buona fede, per così dire, "di risulta"), ma la buona fede dell'art. 1337 c.c. (dunque, una buona fede "autonoma") la quale assolve ad un duplice compito: quello di misurare la consistenza della *Einwirkungsmöglichkeit*, consacrando la legittimità dell'affidamento riposto dall'altra parte, e quello di fondare l'obbligo di

protezione (35), là dove, trattandosi di obblighi di protezione “connessi”, la funzionalità della buona fede si esaurisce nel solo secondo passaggio.

In sintesi, si può dire che, in entrambi i casi, è possibile rinvenire tracce del dispositivo disegnato dall'art. 1218 c.c. il quale, certamente, si presenta in una versione molto semplificata e indebolita, ma pur sempre imperniato sulla sequenza obbligo-inosservanza dell'obbligo-risarcimento del danno che è quanto basta, a mio avviso, perché si possa parlare di responsabilità contrattuale. Il paradigma alternativo in astratto praticabile, infatti, sarebbe quello della responsabilità aquiliana che, però, in concreto è impraticabile proprio perché sprovvisto di qualsiasi elemento, anche solo embrionale, di relazionalità: l'obbligo di risarcire, qui, infatti, non nasce dall'inosservanza di un obbligo ma dalla lesione di un interesse giuridicamente protetto. D'altra parte, proprio l'approdo ultimo della nostra giurisprudenza di legittimità in materia di *culpa in contrahendo*, sbarra definitivamente la strada ad ogni tentazione “terzista”, sicché, a meno di non voler cadere vittima della sindrome di Penelope, è da questo punto d'approdo che il discorso deve necessariamente ripartire, misurandosi, senza infingimenti, con le difficoltà, ma anche con le inevitabili conseguenze, scaturenti da un modello di responsabilità contrattuale “debole” (36).

(35) Beninteso, si tratta di due momenti che, nel concreto svolgersi dell'operazione di concretizzazione della clausola generale, sono fortemente e strutturalmente embricati, anche se poi, nel quadro di una sua analitica ricostruzione a posteriori, essi si lasciano distinguere.

(36) Secondo una recente dottrina (S. Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità*, (Perugia 2011), spec. 624 s.) la responsabilità contrattuale “in senso debole” sperimenterebbe una sua declinazione ancora più forte di quella proposta dagli obblighi di protezione là dove, come nel caso paradigmatico contemplato dall'art. 2497 c.c. con riguardo alle attività di direzione e coordinamento delle società, l'insorgenza dell'obbligo risarcitorio si riannodi alla inosservanza di una mera regola di condotta, un po' sulla falsariga del binomio discrezionalità amministrativa/interesse legittimo. Donde, nella prospettiva di Mazzamuto, la debolezza solo relativa, o “media” degli obblighi di protezione i quali, viceversa, manifesterebbero un'attitudine non puramente conservativa, nel senso che la tutela ad essa affidata farebbe registrare una progressione dal “dovere di risarcire il danno cagionato al dovere di evitare il danno altrimenti cagionabile”. Questo è vero: e, del resto, se così non fosse,

5. Ho già ricordato che l'inassimilabilità della *culpa in contrahendo* alla responsabilità contrattuale è stata a lungo asseverata sulla base dell'argomento, francamente puerile, secondo cui, non essendovi qui un contratto, neppure poteva darsi l'inosservanza del *vinculum iuris* da cui quel particolare tipo di responsabilità era destinato a germinare. È innegabile, tuttavia, che la *culpa in contrahendo*, ed i suoi sviluppi recenti raccolti sotto la formula ambigua del "contatto sociale", non possono essere considerati una pura e semplice epifania del rapporto obbligatorio e, conseguentemente, della responsabilità del debitore *ex art. 1218 c.c.* Ora, sebbene questo, per le ragioni che ho indicato nel § precedente, non sia d'ostacolo all'applicazione di tale ultima regola alle fattispecie in discorso, resta il fatto che, liquidato definitivamente l'improprio richiamo all'assenza del contratto quale causa ostativa all'affermazione della natura contrattuale della *culpa in contrahendo*, qualche precisazione in ordine al *modus operandi* di quest'ultima si impone in ogni caso.

La vera anomalia rispetto alla struttura del rapporto obbligatorio è rappresentata dalla circostanza che qui la "prestazione" non è identificabile con un'utilità preventivamente negoziata dalle parti, quanto, piuttosto, con l'adozione di un comportamento che, tenuto conto delle circostanze, risulta il più idoneo a preservare la sfera giuridico-patrimoniale approssimata. Da questo punto di vista la formula castronoviana (ispirata a Larenz) dell'obbligazione senza prestazione, è senz'altro corretta, poiché il non recedere arbitrariamente dalle trattative, il prendersi cura del paziente assegnato dalla struttura di appartenenza, il vigilare sullo scolaro minorenni ecc. non possono essere considerati prestazioni *stricto sensu* latitando qui la corrispondenza, nel senso del coordinamento, con l'interesse dei destinatari di tali comportamenti che, viceversa, è propria

non si vede in che modo potrebbe predicarsi la contrattualità del danno e della conseguente responsabilità da inosservanza di un obbligo che, sebbene solo di protezione, è pur sempre un obbligo. Resta il fatto che negli obblighi di protezione è presente un interesse (alla integrità della persona o del patrimonio delle parti della relazione) ma non una prestazione se non nella forma, irriducibile a quella scolpita dall'art. 1174 c.c. (*v. infra* nel testo) di una condotta (che, nella sua esteriorità materiale, può perfino assumere i connotati di un *facere*) intesa alla pura e semplice prevenzione di un danno.

della prestazione secondo quanto è dato ricavare dalla lettera dell'art. 1174 c.c. a mente del quale, come è noto, la prestazione, appunto, oltreché suscettibile di valutazione economica deve anche « corrispondere all'interesse del creditore ». L'attenzione degli interpreti si è concentrata sulla prima proprietà prescritta dal legislatore (il carattere economico della prestazione), trascurando abbastanza, viceversa, la seconda (la corrispondenza della prestazione all'interesse: il che, in una certa misura, è perfino comprensibile, nella misura in cui il *programmatico* nesso tra prestazione (del debitore) e interesse (del creditore) è ciò che più intimamente descrive il rapporto obbligatorio, anzi è il rapporto obbligatorio stesso colto nelle sue linee essenziali. Resta il fatto che, in assenza di quel nesso, non potrà sensatamente parlarsi di prestazione (e, per la verità, neppure di obbligazione) (37): ed è questo il motivo per cui *culpa in contrahendo* e sue gemmazioni individuano forme di relazionalità debole, non così debole da impedire l'attivazione del dispositivo messo a punto dall'art. 1218 c.c., ma certamente debole a sufficienza da risultare refrattarie ad un'assimilazione senza residui entro il paradigma dell'obbligazione che, viceversa, individua la forma di relazionalità forte per definizione.

Ancora una volta si manifesta la rilevanza, ai fini di un corretto e fruttuoso sviluppo del ragionamento, della *Einwirkungsmöglichkeit*, ossia di una prossimità foriera di danni alla sfera giuridico-patrimoniale approssimata, danni che possono essere scongiurati solo attraverso l'adozione di condotte positive ad opera dell'altra parte. Infatti, proprio la circostanza che le condotte in questione trovino origine nella prossimità esclude in radice l'eventualità che esse possano corrispondere all'interesse del creditore nel senso dell'art. 1174 c.c. Come dovrebbe risultare subito chiaro, prossimità e destinazione funzionale al soddisfacimento di un interesse sono incompatibili, perché la prima si risolve in un'interferenza (casuale anche se non occasionale, aggettivo che meglio si addice alle interferenze pregiudizievoli, *in primis* quella aquiliana) potenzialmente dannosa, mentre la seconda si riannoda ad una più o meno complessa

(37) Donde, appunto, la necessità di individuare un contenitore più ampio, la « relazione » di cui parla Castronovo, *La relazione come categoria essenziale* cit.

attività di selezione dei bisogni da soddisfare e di pianificazione degli strumenti attraverso i quali raggiungere il risultato che non sarà razionale nel senso predicato dell'*homo oeconomicus* dall'economia neoclassica ma che, ad ogni modo, non ha nulla di casuale. Quanto osservato da ultimo mi offre l'opportunità di allargare per un attimo l'orizzonte del ragionamento ricomprendendovi, a fini puramente euristici, le obbligazioni di fonte non contrattuale, ossia quelle con riguardo alle quali pure sarebbe dato sospettare un deficit di destinazione funzionale della prestazione all'interesse. In realtà, a ben vedere, in questi casi (fatto illecito, arricchimento ingiustificato, pagamento dell'indebito) l'interferenza (occasionale) ha già prodotto un danno al patrimonio dell'interferito (danno, che, beninteso, esibisce una morfologia non uniforme, donde le diverse regole di insorgenza del vincolo), sicché l'obbligazione si presenta nella veste del rimedio eteronomo e non in quella di modalità di autogestione di privati interessi: ciò che implica alcune evidenti forzature, la prima delle quali emerge proprio dall'art. 1174 c.c. che è una regola sensata se pensata come prescrizione rivolta ai *cives*, ma è del tutto fuori quadro se riferita ad obbligazioni il cui contenuto è per intero plasmato dalla legge.

In altri termini, almeno a mio avviso, l'obbligazione si disloca lungo una retta alle due estremità della quale si trovano il contratto e la legge: nel primo caso, essa è funzione dell'autonomia privata, nel secondo caso essa rimedia ad un pregiudizio patrimoniale provocato da un'interferenza occasionale; nel primo caso la regola che prescrive la corrispondenza della prestazione del debitore all'interesse del creditore è costitutiva dello stesso dispositivo obbligatorio; nel secondo caso quella regola è di pura risulta rispetto al trapianto che l'obbligazione subisce trascorrendo dal piano dell'autonomia a quello dell'eteronomia (38). Orbene, è chiaro che gli obblighi di protezione "in purezza" non sono riducibili né all'uno né all'altro dei due

(38) Si possono dare, poi, stati intermedi. Ad es., l'obbligazione alimentare, o anche l'obbligazione legale di contrarre, hanno fonte nella legge e, tuttavia, esse non rimediano ad un danno ma si sostituiscono di tutto principio all'autonomia privata giudicata inadatta a garantire la tutela dell'interesse protetto. Un caso interessante è quello della gestione d'affari altrui, dove l'obbligazione ha una genesi legale, nasce da un'interferenza non dan-

estremi. Certamente non al primo, non riscontrandosi qui traccia veruna di una negoziazione alla quale riportare il nesso di corrispondenza tra prestazione e interesse; non al secondo, perché qui l'interferenza non ha ancora prodotto un danno, bensì creato una potenzialità pregiudizievole che potrà essere scongiurata solo adottando comportamenti idonei ad evitare che il peggio si verifichi. Insomma, acquisita la distanza siderale che separa le fattispecie in esame dalle obbligazioni a base negoziale, si può dire che la differenza che passa tra le obbligazioni/rimedio e gli obblighi di protezione "autonomi" è la stessa differenza che passa tra *Einwirkung* e *Einwirkungsmöglichkeit*: tra una prossimità/interferenza che ha già sprigionato tutta la sua carica negativa, di talché altro non resta da fare che munire il danneggiato di un diritto al ripristino (in senso ampio) dello *status quo ante*, e di una prossimità/interferenza in cui il danno è ancora allo stato virtuale, di possibilità, appunto, e dove, quindi, un intervento commisurato alla posta in gioco si esaurisce nella imposizione all'interferente di un obbligo di condotta (39), l'inosservanza del quale genererà l'obbligo di risarcire il danno (infatti, a quel punto, la *Einwirkungsmöglichkeit* si sarà convertita in *Einwirkung* con conseguente irruzione sulla scena dell'obbligazione/rimedio, che sarebbe quella di cui parla l'art. 2043 c.c., se non fosse che, a causa dell'embrione di relazione generato dalla sequenza interferenza, affidamento, buona fede, il tutto non precipitasse nel diverso contenitore dell'art. 1218 c.c.).

6. Se il percorso tracciato nelle pagine precedenti è quello giusto, non v'è dubbio che il suo approdo proponga all'interprete il problema, al quale ho già accennato all'inizio di questa parte del ragionamento, di una rilettura dell'art. 1218 c.c. che tenga conto della necessità di fare spazio agli obblighi di protezione "in purezza". Quella regola, infatti, è stata dettata avendo riguardo all'obbligazione, la quale è sempre caratterizzata

nosa e finisce per essere assoggettata alle stesse regole del mandato, ciò che corrisponde proprio al carattere cooperativo dell'interferenza originaria.

(39) A. Thiene, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, Trattato della responsabilità contrattuale, diretto da G. Visintini, I (Padova 2009), 329.

da una prestazione primaria (veicolata dall'adempimento), cui si sostituirà, allorché essa sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, il c.d. risarcimento del danno. Là dove la prestazione primaria abbia ad oggetto una somma di denaro (che è quanto accade, di norma, con le obbligazioni/ rimedio), la differenza sembra appannarsi, nella misura in cui anche la prestazione risarcitoria ha un contenuto monetario e, per di più, *genus nunquam perit*: ma anche qui, in realtà, le due prestazioni non sono sovrapponibili perché la seconda, oltre al valore della prima, incorpora anche la traduzione propriamente risarcitoria di quella peculiare forma di impossibilità che è il ritardo (40).

Una cosa, in ogni caso, può dirsi certa: e cioè che la struttura binaria (prestazione primaria-risarcimento del danno) non cattura l'obbligo di protezione puro dove, prima della violazione dell'obbligo, vi è soltanto l'obbligo, mentre dopo vi è l'obbligazione risarcitoria che è una comune obbligazione/ rimedio, di per sé poco interessante: anche se in realtà essa ha, alle spalle, non il vuoto al quale, *d'emblée*, si sovrappone il pieno della *Einwirkung* generatrice del pregiudizio patrimoniale, ma un semipieno (la *Einwirkungsmöglichkeit*) che assume la forma di un obbligo di condotta il cui contenuto potrà essere ricostruito soltanto *ex post*, ossia quando si tratterà di stabilire ciò che si sarebbe dovuto fare nel caso concreto per evitare che l'interferenza sfociasse in un danno per l'interferito. Risiede qui, in altri termini, il "mistero" dell'obbligazione senza prestazione: nell'essere una struttura che ripete il suo senso più profondo da quella generica direttiva di conservazione dell'altrui persona o patrimonio che sta alla base del dispositivo aquiliano (la quale mai attinge la consistenza dell'obbligo, permanendo nello stato di mera ratio giuspolitica dell'istituto) arricchita, in pari tempo, di un embrione di relazionalità che ne inibisce l'assoggettamento all'art. 2043 c.c. Però, e si arriva così al cuore della questione per me cruciale, è di assoluta evidenza che il risarcimento del danno da violazione di un obbligo di protezione non può essere la stessa cosa del risarcimento del danno quale succedaneo dell'inadempimento, essendo il primo una misura di compen-

(40) Su tutto questo tornerò più avanti.

sazione di una perdita patrimoniale (o esistenziale) e il secondo una modalità alternativa di attuazione di un diritto. All'illustrazione e allo sviluppo di questo assunto, e delle conclusioni da esso ricavabili, saranno dedicate le pagine che seguono.

7. Nella nostra cultura giuridica, e non soltanto, è sempre stata solidamente radicata e largamente diffusa l'idea che la responsabilità aquiliana e quella contrattuale differissero in quanto ai presupposti (fattuali e di disciplina) ma finissero per convergere quanto alle conseguenze, ossia il risarcimento del danno: un'opinione questa che, a tacer d'altro, trae conforto oltre che dall'impiego di una terminologia sostanzialmente coincidente (l'art. 1218 c.c. dice che il debitore è tenuto a risarcire il danno, l'art. 2043 c.c. che il danneggiante è obbligato a risarcire il danno), anche da una norma come quella dell'art. 2056 c.c. che in modo esplicito connette i due risarcimenti finendo, così, per farne uno solo. Stando così le cose, appare veramente temerario voler mettere in discussione un convincimento con radici tanto profonde, e, tuttavia, a ben vedere, proprio l'evoluzione che ho tratteggiato nei §§ precedenti mi sembra vada nella direzione di un profondo ripensamento di questa idea (41). Infatti, come si è visto, la violazione di un obbligo di protezione che, in entrambe le sue versioni, è un obbligo senza prestazione, nel senso che ho provato a chiarire, comporta che l'inosservante risarcisca il danno; ma il risarcimento del danno sembrerebbe anche la conseguenza dell'impossibilità della prestazione per causa imputabile al debitore, di talché, sotto questo profilo, dovrebbe ritenersi che la presen-

(41) Nella letteratura italiana recente l'Autore che più di ogni altro si è allontanato dalla tradizionale "rappresentazione unitaria" del risarcimento del danno è C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma, Atti del cinquantenario della Rivista di diritto civile (Padova 2006), 81 s. Sulla sua scia A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 156 s. Ma, in precedenza, v. già le nitide osservazioni di R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Nss. Dig. it., XV, (Torino 1968), ora in *Responsabilità civile e danno* (Torino 2010), spec. 96-97. Per una panoramica dei rapporti tra i due tipi di responsabilità v. F. Giardina, *La distinzione tra responsabilità e responsabilità extracontrattuale*, Trattato della responsabilità contrattuale, diretto da G. Visintini, I cit., 73 s.

za, o meno, della prestazione sia, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo risarcitorio, del tutto irrilevante. Poco male, verrebbe da dire, posto che, almeno secondo l'opinione dominante, anche le due forme archetipiche di responsabilità condividono, insieme con l'identità dell'effetto, una diversità di presupposti: ciò che, appunto, non è mai stato considerato una ragione sufficiente per dubitare che il risarcimento del danno fosse, comunque, uno e uno solo. Vi è, però, una differenza sostanziale nel caso del rapporto tra obbligazione e obblighi di protezione, perché qui, almeno in parte, il fondamento della responsabilità (la violazione di un obbligo, altrimenti non sarebbe possibile parlare di responsabilità contrattuale) è comune, mentre ciò che diverge è la prestazione, presente nell'obbligazione ma assente, per definizione, nell'obbligo di protezione. In altri termini, proprio perché inosservanza dell'obbligazione e inosservanza degli obblighi di protezione si configurano come due *species* del medesimo *genus*, appare oltremodo problematico sostenere che il risarcimento del danno assolve, in entrambe le ipotesi, alla medesima funzione.

In realtà, a me pare del tutto evidente che, proprio a causa dell'inclusione nell'alveo della responsabilità contrattuale di figure caratterizzate dall'assenza della prestazione, si renda manifesto oggi ciò che una *communis opinio* lungamente coltivata aveva occultato, ossia che il c.d. risarcimento del danno da inadempimento è, a ben vedere, un rimedio a carattere non risarcitorio ma reale, non potendosi dare di un diritto — di qualsiasi tipo di diritto — tutela se non, appunto, in forma reale: infatti, qui, il parametro al quale si commisura l'entità del risarcimento è rappresentato, in primo luogo, dal valore della prestazione divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, mentre, nel caso degli obblighi di protezione, quel parametro è rappresentato dalla perdita patrimoniale subita dall'interferito, secondo una logica squisitamente aquiliana. Questo, naturalmente, non significa che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non sia anche un fatto generatore di danno in senso stretto, una *Einwirkung* che attualizza la *Einwirkungsmöglichkeit* veicolata dalla sussistenza del rapporto obbligatorio. E, del resto, l'art. 1223 c.c. dice chiaramente che « il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore quanto il

mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta»: appunto, «comprendere», nel senso che danno emergente e lucro cessante concorrono alla formazione del montante risarcitorio, ma non lo esauriscono e, per di più, la parte residua — ovvero, il valore della prestazione — è fuori dal perimetro del risarcimento propriamente inteso. In definitiva, quindi, il «risarcimento del danno» di cui parla l'art. 1218 è un rimedio che incorpora due anime, una schiettamente risarcitoria (riflessa dal testé richiamato art. 1223 c.c.), l'altra reale. Ed è su quest'ultima che vorrei ora soffermare l'attenzione.

8. La tesi che intendo sostenere è la seguente: attuazione del diritto e risarcimento del danno sono reciprocamente incompatibili, nel senso che i rimedi giurisdizionali apprestati dall'ordinamento al fine di attuare un diritto in difetto della cooperazione spontanea di chi sarebbe tenuto a farlo non hanno, né possono avere, una natura risarcitoria, mentre, dal canto suo, il risarcimento del danno non è, né può essere, una misura strumentale all'attuazione di un diritto. Un buon punto di partenza per il mio ragionamento, il quale esige uno sviluppo puntuale di ciascun passaggio, è rappresentato dall'art. 948, comma 1 c.c. ove, a proposito del caso in cui il convenuto abbia cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa, è previsto che egli sia tenuto a recuperarla a proprie spese, ovvero a corrispondere all'attore il valore, «oltre a risarcirgli il danno». Questa norma, a mio avviso, è il perfetto omologo dell'art. 1218 c.c., al netto di alcune differenze di fondo su cui mi intratterò da qui a breve: ma, per l'intanto, mi preme sottolineare come, in entrambi i casi, la legge preveda, in presenza della sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione (che, nella prospettiva dell'art. 948 c.c., è la restituzione della cosa illegittimamente sottratta, mentre nella prospettiva dell'art. 1218 c.c., è l'utilità senza nome che, di volta in volta, l'adempimento è chiamato a procurare al creditore), la conversione di quest'ultima in un equivalente monetario commisurato al valore della prestazione medesima. L'art. 948 c.c., in più, ha il pregio di rendere immediatamente percepibile la distanza che separa l'attuazione del diritto per equivalente dal risarcimento per equivalente, là dove, come si è visto, l'art. 1218 c.c. ficca

tutto dentro la misura risarcitoria (42): ma il riduzionismo terminologico del legislatore non può imporsi alla sostanza delle cose e alla incommensurabilità di due rimedi (quello attuativo e quello compensativo) separati da una distanza incolmabile (43).

Sarebbe poi un errore, frutto di un apriorismo ideologico davvero duro a morire, ritenere che la conversione della pretesa alla restituzione della cosa in pretesa alla corresponsione dell'equivalente monetario del valore della cosa medesima sia, per così dire, il riflesso della particolare natura del diritto di proprietà, quasi che, appunto, ancora una volta si dovesse celebrare il rito, ormai insopportabilmente vecchio, del primato in punto di tutela della proprietà. Al riguardo è opportuno osser-

(42) Molto più perspicua, da questo punto di vista, la formulazione dell'art.1307 c.c. ove, in materia di obbligazioni solidali, con riguardo al caso in cui l'inadempimento sia divenuto impossibile per una causa imputabile solo ad alcuni dei condebitori, chiaramente si distingue tra il valore della prestazione (che gli altri condebitori sono comunque tenuti a corrispondere) ed il risarcimento del danno ulteriore (che può essere preteso dai debitori inadempienti). Indicativa, nello stesso senso, è la lettera degli artt. 1515 e 1516.

(43) Sul rimedio reale "per equivalente" contemplato dall'art. 948, comma 1, c.c. v. i due importanti contributi di M. Comperti, *L'occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione fra la disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, Giur. it., 1980, IV, 353 s.; Id., *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla « occupazione appropriativa »*, Riv. giur. ed., 1985, 3. Anche secondo U. Mattei, *La proprietà*, Tratt. dir. civ., diretto da R. Sacco (Torino 2001), 915, « si può considerare assodato che esistano nel nostro sistema civilistico azioni che mirano ad ottenere un soddisfacimento monetario, ma che non per questo cessano di avere la propria base in un diritto di proprietà, e quindi non divengono inevitabilmente azioni delittuali, e che esse sono compatibili con l'esistenza di una proprietà altrui sul medesimo bene ». Data questa premessa, del tutto condivisibile, risulta poi incomprensibile perché l'azione volta ad ottenere il *tantundem* dovrebbe essere soggetta al termine ordinario di prescrizione e non essere soggetta, viceversa, al regime dell'imprescrittibilità (in questo senso Comperti, *L'occupazione illegittima* cit., 371). Meno convincente, almeno a mio avviso, è la prospettiva indicata da A. Gambaro, *La proprietà*, Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo, pros. da Mengoni e diretto da Schlesinger (Milano 1995), il quale sembra voler ricondurre il rimedio *de quo* entro l'alveo dell'ingiustificato arricchimento. Considerazioni analoghe a quelle proposte nel testo, nel quadro, però, di un percorso ricostruttivo molto diverso, in M. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni* (Napoli 2008), 121.

vare, comunque, che l'art. 948 c.c. fotografa il diritto di proprietà nel momento in cui esso, per poter essere restaurato, necessita di uscire da sé e si proietta verso l'esterno: certo, si tratta di una estroflessione puramente strumentale ma che, tuttavia, assume la forma dell'obbligazione restitutoria, tipica obbligazione/rimedio, ma pur sempre obbligazione. Ora, posto che all'origine della conversione, nei due casi, stanno vicende appartenenti al medesimo ordine di fenomeni (il perimento o la irrecuperabilità della cosa per fatto del convenuto, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa imputabile al debitore), per poter sostenere che il suo punto d'approdo è diverso (il diritto all'equivalente monetario del valore che è la risultante della trasfigurazione del diritto alla restituzione, a sua volta epifania rimediale del diritto di proprietà, nell'ipotesi dell'art. 948, comma 1, c.c.; il diritto al risarcimento del danno che ingoia e fa sparire il diritto alla prestazione nell'ipotesi dell'art. 1218 c.c.) (44), è necessario, appunto, continuare a pensare nei termini di una ontologica superiorità del *dominium*. In altri termini, risulta davvero incomprensibile la ragione per la quale, pur in presenza del medesimo evento, cioè la sopraggiunta inattuabilità del bene della vita su cui insiste il

(44) È opportuno precisare che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, quando sia imputabile, estingue l'obbligo di eseguire la prestazione, sostituendolo con l'obbligo di risarcire il danno, lasciando però intatta l'obbligazione intesa come struttura complessa o rapporto fondamentale (L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, Enc. dir., XXXIX (Milano 1988), 1073, ora in Scritti II cit., 300. Donde, osservo incidentalmente, l'irricevibilità della tesi di F. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, Riv. dir. comm., 1912, II, 747 ad avviso del quale « neppure in materia contrattuale l'obbligazione, avente per oggetto il risarcimento, preesiste alla colpa: non bisogna confondere l'obbligazione originaria con l'obbligazione succedanea: quella è il presupposto della colpa, questo è l'effetto »). Viceversa, l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile estingue l'obbligazione *tout court* (art. 1256 c.c.). Sotto il profilo probatorio, conseguirebbe da ciò che il creditore, il quale agisca per l'adempimento, deve semplicemente allegare l'esistenza del proprio diritto, mentre il creditore che agisca per il risarcimento deve provare l'impossibilità della prestazione, non solo e non tanto perché il diritto ora fatto valere sia diverso dal diritto originario, ma perché il principio dell'adempimento in natura preclude la richiesta risarcitoria fino a quando la prestazione sia possibile (Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, Scritti II cit., 347). Ma sul punto tornerò più avanti, al § 10, nt. 72.

diritto, e pur in presenza della medesima reazione da parte dell'ordinamento, cioè l'attribuzione di una pretesa (sostitutiva) al pagamento di una somma di denaro, l'inquadramento dogmatico dei due rimedi debba essere tanto radicalmente diverso.

La risposta si rinviene, appunto, nell'idea, del tutto anacronistica, per cui il modo di essere del diritto, nella configurazione che esso riceve dall'ordinamento, condizionerebbe il modo di essere della tutela, almeno sotto il profilo della sua qualificazione teorica, anche quando, viceversa, sotto il profilo del concreto articolarsi dei dispositivi rimediali, è dato registrare una perfetta sovrapposibilità degli strumenti apprestati dall'ordinamento (45). Si tratta, a mio avviso, non solo di una svista in punto di logica, ma anche di un ritardo sul piano culturale perché la prospettiva dei rimedi, uno dei pochi guadagni significativi che la civilistica italiana degli ultimi decenni possa iscrivere al proprio attivo, tanto più meritevole di essere valorizzato quanto più esso appare in sintonia, al netto del ben diverso grado di consapevolezza teorica, con l'ispirazione profonda del diritto unionista (46), dovrebbe agevolare, anzi imporre, una visione più realistica, ossia, appunto, meno ottenebrata da apriorismi di tipo dogmatico, della macchina dei diritti i quali, proprio se riguardati attraverso la specola della tutela giurisdizionale, finiscono per subire un processo, se non di appiattimento, quanto meno di avvicinamento a fronte del quale certi perduranti "distinguo" si rivelano del tutto ingiustificati. A ben vedere, però, proprio talune incertezze, o timidezze, nel percorrere fino in fondo quella importante opzione culturale, rivelano la permanenza, nella *forma mentis* diffusa tra i dottori, del paradigma dualistico (diritto-rimedio) che, invece, la nuova prospettiva avrebbe dovuto battere in breccia: ciò che, verosimilmente, deve imputarsi al fatto che il ragionamento sulle tutele, in un certo senso, risente ancora oggi della istanza che lo mosse in origine, quella dell'effettività, intesa più come direttiva giuspolitica volta a promuovere un rafforzamen-

(45) Per una critica di tale prospettiva, intimamente contraddittoria con quella c.d. dei rimedi, v. A. di Majo, *La tutela civile dei diritti* (Milano 2003), 103.

(46) Sulla cui vocazione rimediale v. S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012), 1 s.

to di situazioni soggettive che il *ius receptum* voleva contrassegnate da una ontologica debolezza (i diritti personali, e il diritto di credito in particolare), che come canone metodologico ispirato al programmatico superamento del dualismo tradizionale (47). Con questo non voglio dire che non siano stati fatti notevoli passi avanti in questa direzione, ma solo che non sempre si è proceduto con la coerenza ed il rigore auspicabili.

La questione di cui mi sto occupando qui è davvero emblematica e credo valga la pena di ripercorrere, sia pure per sommi capi, alcuni passaggi del dibattito in ordine ai rapporti tra credito e tutele, proprio al fine di pervenire ad un più soddisfacente inquadramento teorico della materia. Come è noto, su questo terreno, la posta in palio è stata quella della estensione al credito della tutela reale, ossia dell'esecuzione in forma specifica, in alternativa, anzi in aperta contrapposizione alla linea di pensiero che faceva capo a Satta, per la quale, invece, l'esecuzione in forma specifica era rimedio riservato ai diritti reali, dovendosi l'obbligazione accontentare di una tutela "generica", o per equivalente, destinata a prendere corpo nella sola forma della tutela per espropriazione (48). Orbene, è indubbio che questa partita sia stata vinta e che oggi il diritto di credito goda di un corredo di rimedi — ivi inclusa l'*astreinte* prevista dall'art. 614 *bis* c.p.c. — a carattere "reale": resta il fatto, però, che al perimento della cosa o, più in generale, all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, non imputabile al debitore, venga fatto risalire uno strano fenomeno di declassamento del diritto all'adempimento a pretesa puramente risarcitoria, e qui si annida l'ultimo, ma pur sempre pericolosissimo, lascito dell'apriorismo ideologico per altro verso strenuamente combat-

(47) Sul punto v. le importanti riflessioni di S. Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità* cit., 19 s.

(48) S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Tratt. Vassalli (Torino 1969), 4 s., F. Mazzarella, *Esecuzione forzata (diritto vigente)*, Enc. dir., XV (Milano 1966), 462 s. Una più recente riproposizione dell'idea che il debitore è sì tenuto ad adempiere l'obbligazione, ma il creditore non può reclamarne l'esecuzione coattiva si deve a C.A. Cannata, *L'inadempimento delle obbligazioni* (Padova 2008), 11 s., per una critica puntuale delle cui posizioni v. ora F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* (Napoli 2011), 150-154.

tuto (49). Ciò di cui, infatti, non ci avvede è che il c.d. risarcimento del danno assicura al creditore esattamente quanto al creditore spetta una volta divenuta impossibile la prestazione, ossia, per il tramite della corresponsione di un equivalente pecuniario, il valore economico di quest'ultima, trasferendosi sulla pretesa alla somma di denaro il carattere di realtà del diritto all'adempimento, al netto del nuovo stato di cose determinatosi *medio tempore* (50). In altri termini, ciò di cui non ci si avvede è che la tutela che assiste il diritto di credito è sempre una tutela specifica, salvo prendere atto degli adattamenti ai quali essa deve acconciarsi, sotto il profilo tecnico, a causa delle trasformazioni subite dalla realtà materiale. Distinguere tra una tutela reale e una tutela generica è possibile solo se, sulla scia di Satta, si esclude la possibilità di un attingimento forzoso della prestazione pur in presenza della perdurante possibilità di quest'ultima: ma una volta andati oltre, e liquidato il *non possumus* dogmatico, quella distinzione perde completamente di significato perché il contenuto "risarcitorio" della pretesa è solo il riflesso della nuova regola alla quale il vincolo viene assoggettato a seguito del sopravvenire dell'impossibilità imputabile. Se, invece, si continua a pensare che il diritto all'equivalente pecuniario sia un *minus* rispetto al diritto all'adempimento, è solo perché la prospettiva dei rimedi non è stata abbracciata sino in fondo, ovvero sino al punto di accettare l'idea che la tutela di cui godono i diritti, tutti i diritti, ivi inclusi i diritti di credito, è sempre una tutela reale, ossia una tutela che persegue l'obiettivo di assicurare al titolare del diritto il bene della vita attribuitogli, appunto, mediante il riconoscimento del diritto, compatibilmente con quanto consentito dall'assetto che le cose del mondo vanno prendendo in relazione al succedersi degli eventi (51).

Del resto, è sufficiente lanciare uno sguardo veloce sulla tutela risarcitoria (la quale, sia detto *en passant*, ma sul punto

(49) Sulla misura introdotta dall'art. 614 *bis* c.p.c. v., introduttivamente, Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità* cit., 83 s.

(50) Come scrive di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 23 « adempimento e risarcimento condividono la comune finalità di attuazione del contratto, sia pure in forme diverse (l'uno in natura, l'altro per equivalente) ».

(51) Sul punto v., più diffusamente, *infra* § 10.

tornerò più oltre, non è affatto una tutela generica) per rendersi subito conto di come essa sia fenomeno del tutto diverso dalla tutela di un diritto strettamente intesa. Il risarcimento del danno, che rinviene il suo paradigma nella disciplina dell'illecito aquiliano, è una misura tipicamente rivolta al fine di compensare chi abbia subito una perdita patrimoniale a seguito dell'interferenza ingiusta attuata da un terzo. Nella dinamica del giudizio di responsabilità, infatti, il diritto soggettivo svolge il ruolo, importante ma ancillare, di indicatore della rilevanza del pregiudizio economico, nel senso che là dove quest'ultimo risulti completamente sconnesso dall'attribuzione di un titolo giuridico operata in precedenza dall'ordinamento, in una qualche guisa, peraltro, oggi, non più riducibile al solo diritto soggettivo, il processo di accertamento della responsabilità del danneggiante si arresterà immediatamente proprio a causa del difetto di ingiustizia (52). Ora, volendo, si può anche continuare a pensare che un rimedio così congegnato appartenga al novero di quelli per il tramite dei quali si realizza la tutela dei diritti, purché si convenga in ordine alla circostanza che di una tutela in senso lato si tratta, e non della tutela in senso proprio, la quale implica sempre l'attuazione del diritto, ovvero il trasferimento al titolare di un bene della vita e non la semplice conservazione di quest'ultimo o, per meglio dire, del suo valore patrimoniale. Del resto, come altrimenti spiegare le profonde differenze che passano tra il modo in cui si struttura, da un lato, il giudizio di responsabilità che presiede all'insorgere dell'obbligazione risarcitoria, il quale, oltre al test cruciale dell'ingiustizia, contempla una varietà di criteri di imputazione — dolo, colpa, rischio d'impresa, responsabilità oggettiva — proprio in considerazione del fatto che nella traslazione del danno non vi è nulla di meccanico; e, dall'altro lato, il giudizio di responsabilità che presiede alla conversione del diritto alla restituzione della cosa (nell'ipotesi avuta presente dall'art. 948 c.c.) o del diritto all'adempimento (nell'ipotesi avuta presente dall'art. 1218 c.c.), nella pretesa all'equivalente monetario, ove non soltanto l'ingiustizia è *in re ipsa* (e ciò proprio perché siamo in

(52) Donde la radicale, e impreteribile, diversità tra danno aquiliano e danno meramente patrimoniale, su cui v. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 109-117.

presenza della lesione di un diritto), ma ove, altresì, l'unico modo, per lo spogliante o per il debitore, di liberarsi, è rappresentato dalla prova del fortuito, essendo assoggettata quella pretesa al limite, impreteribile, della impossibilità (talora temperata e trasformata in inesigibilità) della prestazione non imputabile.

Da questo punto di vista, il rimedio in esame (parlo del diritto "convertito") presenta forti analogie con le altre epifanie della tutela attuativa (mero accertamento, inibitoria, *restitutio in integrum*) (53) essendo comune, a ciascuna di queste misure, il ripristino di uno stato di cose conforme a quello presupposto dall'assegnazione del diritto: con l'unica differenza, a mio avviso non sostanziale, che nei casi appena menzionati l'utilità assicurata al titolare del diritto è ancora integralmente attingibile (una volta cessata la condotta lesiva, una volta recuperato il bene, una volta distrutte le copie contraffatte, una volta giudizialmente accertata la spettanza, la fruizione del bene tornerà ad essere piena e incontrastata), di talché la condotta che ostacola il pacifico dispiegamento delle prerogative riconosciute al titolare verrà in considerazione alla stregua di un mero fatto, da rimuovere puramente e semplicemente, senza che sia necessario interrogarsi in ordine alla sua imputabilità all'agente (c.d. criterio di responsabilità materiale). Viceversa, poiché il presupposto della conversione del diritto è rappresentata proprio dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione, qui, almeno in linea teorica, l'ordinamento si trova di fronte all'alternativa tra una *perpetuatio obligationis* indifferente al modo in cui l'impossibilità si è determinata, o la liberazione dell'obbligato: come è noto, la soluzione accolta è quest'ultima, ma limitatamente alla sola ipotesi del fortuito, una regola che ripete la propria giustificazione dalla ovvia inesigibilità, anche e fondamentalmente sotto il profilo giuseconomico, di una copertura contro il rischio che si estenda anche all'imponderabile e che, però, è bene rammentarlo, conosce un significativo temperamento nel caso in cui il debitore sia stato costituito in mora (art. 1221, comma 1, c.c.).

(53) Ma sulla tutela di mero accertamento v. quanto osservo *infra*, nt. 57 e testo corrispondente.

Una volta acquisita la radicale differenza che separa la tutela risarcitoria da quella attuativa, dovrebbe risultare chiaro come, del tutto specularmente, venga meno qualsiasi possibilità di conservare un qualche significato alla dicotomia tutela generica/tutela specifica. In realtà, ripeto, ogni forma di tutela, ivi inclusa quella risarcitoria, è specifica, perché reagisce ad uno specifico tipo di illecito e si conforma in base ad esso (54). Anzi, mi pare di poter aggiungere che proprio attraverso lo sganciamento della misura contemplata dall'art. 1218 c.c. dal tradizionale alveo risarcitorio, è possibile guadagnare una percezione del sistema delle tutele strutturata secondo un più democratico schema orizzontale, in cui i rimedi stanno uno accanto all'altro, del tutto equiordinati, in luogo di quella ancora oggi dominante, per cui le tutele sarebbero disposte secondo un ordine gerarchico, specchio fedele della maggiore o minore forza dei diritti che esse sono chiamate a presidiare: residuo ancora attivo del vecchio dualismo che, invece, la prospettiva dei rimedi, come ho già detto, avrebbe dovuto definitivamente liquidare.

9. Del resto, l'idea di un'articolazione "democratica" del sistema delle tutele, in cui l'elemento distintivo è affidato alla finalità concretamente perseguita dalla misura, ovvero al tipo di illecito contro il quale la misura medesima reagisce, piuttosto che alla "natura" del diritto leso (tanto più che, come si è visto, nel caso del risarcimento del danno, oggetto della tutela non è neppure il diritto in quanto tale ma il patrimonio del danneggiato), trova, a mio avviso, una chiara conferma nella circostanza che, appunto, indipendentemente dal modo in cui si atteggiino *ex ante* le prerogative riconosciute al titolare, l'involucro tecnico della forma di tutela è rappresentato (con la sola eccezione delle pronunzie di mero accertamento e di quelle costitutive) da una sentenza di condanna che pone capo ad un'obbligazione/rimedio (55). Ciò discende dal fatto che, al di

(54) L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in questa *Rivista*, 2011, 164.

(55) È questa la ragione per la quale, ai fini della "rappresentazione unitaria" del risarcimento, non mi pare che possa annettersi un soverchio rilievo alla circostanza che l'effetto sia identico, perché, in realtà, questa identità di effetto (l'insorgere di un'obbligazione) travalica i confini delle due

fuori delle ipotesi nelle quali, per completare il disegno ordinamentale è sufficiente la messa in opera della forza performativa di cui il diritto è indubbiamente dotato, di regola l'attuazione/ripristino di quel disegno implica una modificazione dello stato di cose materiale che rimedi, appunto, alla modificazione (o omissione) di segno contrario che ha fatto da vettore all'interferenza illecita: un risultato, questo, che può essere conseguito solo attraverso la cooperazione dell'interferente o, in difetto, attraverso la surroga forzosa, secondo uno schema che è quello tipico dell'obbligazione.

Si consideri, ad es., la distinzione tra tutela proprietaria e tutela restitutoria. Secondo una massima giurisprudenziale consolidata « in tema di difesa della proprietà, l'azione di rivendicazione e quella di restituzione, pur tendendo al medesi-

responsabilità essendo l'obbligazione (istaurata *ex novo* o reiterata) l'addentellato sostanziale della condanna. Quindi, lo specifico di ciascun rimedio non può essere ricavato dalla sua forma ma deve necessariamente rinvenirsi nel suo contenuto (in questo senso, Castronovo, *Il risarcimento del danno* cit., 83). Del tutto coerentemente, poi, questo stesso ultimo A. ravvisa la ragione profonda della irriducibilità dei due risarcimenti al diverso modo di atteggiarsi dei due danni, posto che il danno da inadempimento è danno meramente patrimoniale, mentre il danno extracontrattuale è danno da lesione: "il primo è puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato, il secondo è il significato economico di ciò che è accaduto e non avrebbe dovuto accadere" (84-85). Da ciò dovrebbe discendere che all'uso del sintagma "risarcimento del danno", avallato, come si è visto, anche dal legislatore, per designare tanto la conversione del diritto alla prestazione in diritto all'equivalente pecuniario, quanto il diritto al ristoro del danno-perdita patrimoniale *ex art. 2043 c.c.*, debba riconoscersi un'indole puramente stipulativa. In altri termini, se durante un'ipotetica conversazione tra un giurista e un non giurista (o anche tra due giuristi che sul punto nutrano opinioni differenti), il discorso cade sul "risarcimento del danno", il giurista (ovvero, il giurista eterodosso) dovrà chiarire che, nel nostro ordinamento giuridico, quest'ultimo designa due cose apparentemente simili ma, in realtà, molto diverse: se è così, però, è chiaro che, al di là della mera convenzione linguistica, la "rappresentazione unitaria" non ha più diritto di cittadinanza nel sistema. A ben vedere, però, ogni ambiguità potrebbe essere eliminata a vantaggio di una nozione unitaria di danno se si accettasse l'idea che, in materia contrattuale, il luogo di elezione del (risarcimento del) danno deve ravvisarsi nell'art. 1223 c.c. (perdita patrimoniale come conseguenza immediata e diretta dell'adempimento), mentre, come affermato nel testo, la pretesa "convertita" partecipa della medesima natura reale dell'azione di adempimento: su questo v. *infra*, § 11.

mo risultato pratico del recupero della materiale disponibilità del bene, hanno natura e presupposti diversi: con la prima, di carattere reale, l'attore assume di essere proprietario del bene e, non essendone in possesso, agisce contro chiunque di fatto ne disponga onde conseguirne nuovamente il possesso, previo riconoscimento del suo diritto di proprietà; con la seconda, di natura personale, l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento di tale diritto, del quale, pertanto, non deve fornire la prova, ma solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso e, quindi, può limitarsi alla dimostrazione dell'avvenuta consegna in base ad un titolo e del successivo venir meno di questo per qualsiasi causa, o ad allegare l'insussistenza *ab origine* di qualsiasi titolo » (56). Si noti che l'unica vera differenza risiede nel modo di atteggiarsi dell'onere probatorio: si tratta, però, di un'autentica ovvietà, nel senso che chi agisce in veste di proprietario deve dimostrare di essere proprietario, mentre chi agisce in veste di creditore, deve dimostrare di essere creditore e, semmai, può dirsi che l'accertamento del titolo di proprietà riveste un autonomo valore apprezzabile sotto il profilo del regime pubblicitario (art. 2653, comma 1, n. 1, c.c.) e, quindi, della circolazione dei diritti, che è pur sempre un capitolo della tutela di questi ultimi, ma non della tutela giurisdizionale in particolare (57).

(56) Cass. 27-1-2009 n. 1929, Immobili e diritto, 2010, 2, 52; nello stesso senso, *ex multis*, Cass. 26-02-2007 n. 4416, Foro it. (Rep.), 2007, Proprietà (azioni a difesa) [5270], n. 1; Cass., 10-12-2004 n. 23086, Riv. giur. ed., 2005, I, 1145 s.

(57) Non coglie nel segno il rilievo di P. Sirena - Y. Adar, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, Riv. dir. civ., 2012, 365, nt. 33, che richiamano l'autorità di Falzea in punto di innovatività dell'accertamento la quale, come è noto, secondo l'insegnamento del Maestro siciliano, si tradurrebbe in un rafforzamento del diritto. Infatti, è fuor di dubbio che l'accertamento in sede giudiziale di un diritto rappresenta, per chi lo ottiene, un beneficio: ma tale beneficio non è apprezzabile in sé ma soltanto se abbinato alla trascrizione, della domanda prima, e della sentenza poi, che assicurano all'interessato il bene finale, ossia l'opponibilità del diritto *erga omnes* (scettico sulla ascrivibilità dell'accertamento al novero delle tutele, ma per ragioni diverse, riconducibili, appunto, al suo preteso difetto di innovatività, anche D. Messinetti, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in questa *Rivista*, 2005, 610). Discorso in parte differente vale per l'accertamento giudiziale che abbia attinto la soglia del giudicato (art. 2909 c.c.; art. 324 c.p.c.). Qui la ragione per la quale è inappropriato parlare di rimedio giurisdizionale (o, se

Anzi, per la parte del *petitum* che corrisponde all'accertamento del diritto, qui il processo è servente rispetto ad una finalità pratica (l'opponibilità *erga omnes*) che esso non è in grado di assicurare da solo e per il conseguimento della quale è necessaria la imprescindibile mediazione della trascrizione; mentre, per la parte del *petitum* che è comune ad entrambe le domande ("reale" e "personale"), ossia la condanna alla restituzione della cosa, il processo (comprensivo, beninteso, della eventuale fase esecutiva) è autosufficiente nella misura in cui è grazie ad esso che il *civis* raggiunge il risultato voluto (58).

non si vuole rimanere prigionieri di schematismi e tassonomie, se ne può anche parlare avendo consapevolezza della specificità di ciò di cui si parla) è che l'accertamento svolge una funzione di insuperabile argine alla contestazione giudiziale del diritto nei soli limiti del processo di cognizione, di talché il giudicato, sotto questo profilo, è una pura regola endoprocedurale, la cui operatività si esaurisce, appunto, nell'ambito del giudizio. In altri termini: l'accertamento connesso alla c.d. tutela petitoria soffre di una forma di insufficienza giudiziale, nel senso che, come ho detto, esso è strumentale alla trascrizione; l'accertamento del giudicato soffre di una forma di autosufficienza, nel senso che, come si è visto, esso si esaurisce nella mera cognizione del diritto controverso, rendendolo, entro i limiti soggettivi ben noti, incontestabile. Per come la vedo io, viceversa, lo spazio proprio del rimedio giurisdizionale è individuato dal *continuum* cognizione-esecuzione (anche quando quest'ultima si presenta nella veste retratta dell'accertamento costitutivo), ossia là dove la mobilitazione dell'apparato coercitivo dello stato è finalizzato ad assicurare all'interessato la medesima utilità assicurategli, a suo tempo, con l'attribuzione del diritto.

(58) Molto interessante, nella prospettiva indicata nel testo, Cass. (ord.), 17-02-2011 n. 884, Foro it. (Rep.), 2011, Proprietà (azioni a difesa) [5270], n. 8, ove è dato leggere che « la domanda diretta ad ottenere la rimozione della situazione lesiva del diritto di proprietà, non accompagnata dalla contestuale richiesta di declaratoria del diritto reale, esorbita dai limiti della *negatoria servitutis* e può assumere la veste di reintegrazione in forma specifica di natura personale se è intesa al ristabilimento di un'attività basata del diritto di proprietà, in quanto l'azione si fonda sul diritto di credito conseguente alla lesione del diritto reale ». Come è agevole constatare, è proprio la presenza/assenza della domanda di accertamento a fare la differenza, nel senso che la richiesta di reintegro al netto della declaratoria è azione "personale", la richiesta di reintegro abbinata alla declaratoria è azione "reale" (con annesso aggravio dell'onere probatorio). Ora, questo è perfettamente comprensibile nella misura in cui l'ordinamento, trattandosi di diritti reali, si impone standard di certezza legale molto esigenti, al punto da predisporre un complesso meccanismo pubblicitario, rispetto al quale, come ho già detto, l'apporto specificamente giurisdizionale assolve ad una funzione

In altri termini, se il punto di vista da cui si guardano i diritti è quello della tutela giurisdizionale, ossia il punto di vista che si impone una volta verificatasi l'interferenza illecita, le distanze si accorciano fino a scomparire, e ciò a causa della necessità di irrompere nella sfera possessoria dell'interferente (si tratti dell'artefice dello spoglio o del debitore), ciò che nel nostro ordinamento richiede, in primo luogo, il riconoscimento di una pretesa alla restituzione e poi la materiale sottrazione del bene ingiustamente trattenuto ad opera dei funzionari pubblici a ciò abilitati da una sentenza di condanna con il crisma del titolo esecutivo. Con questo, beninteso, non voglio sostenere che il modo in cui viene soddisfatto l'interesse del proprietario sia identico a quello in cui viene soddisfatto l'interesse del creditore, ovvero che i diritti reali siano la stessa cosa dei diritti di credito: in definitiva, è fuor di dubbio che il creditore si trovi fin dall'inizio nella stessa posizione in cui si troverà il proprietario solo dopo aver subito la lesione. Ma, a parte che la diversa morfologia dei diritti è il semplice rispecchiamento della diversa morfologia degli interessi promossi attraverso l'attribuzione dei diritti medesimi (sicché se prendere atto delle differenze è legittimo, comparare, con in più la pretesa di ricavarne una gerarchia, lo è assai meno), comunque ciò che proprio non può condividersi è la trasposizione di questa (ovvia e inevitabile) differenza di base sul terreno dei rimedi dove, nonostante sia possibile registrare, per le ragioni viste, l'azione livellatrice dello schema dell'obbligazione (dell'obbligazione/rimedio nel caso della proprietà, dell'obbligazione originario nel caso del credito), continua ad aleggiare una aprioristica superiorità del *dominium*, assistito, sempre e per definizione, da una tutela in

solo servente. Ma, a meno di non voler restare prigionieri di forme di pensiero magico-primitivo, così da immaginare che la *vis* performativa immanente all'accertamento del diritto si comunichi osmoticamente al frammento condannatorio della pronunzia, mutandone la "natura" da "personale" in "reale", è del tutto evidente che la prestazione endogiurisdizionale resa dall'ordinamento all'attore è sempre eguale a se stessa, consistendo in un ordine del giudice di eseguire la prestazione dovuta, sia che tale ordine venga emesso in accoglimento di una domanda che si riannodi ad "un diritto di credito conseguente alla lesione del diritto reale", sia che venga emesso in accoglimento di una domanda che si riannodi ad diritto di credito conseguente alla lesione del... diritto di credito, ovvero alla pretesa originaria.

forma specifica, sul credito, assistito oggi, nella lettura divenuta dominante dopo gli anni settanta, da una tutela in forma specifica fino a quando la prestazione sia possibile, e da una decaduta tutela generica (risarcitoria) allorché la prestazione sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore.

Come ho già detto più volte, rimanere all'interno di questo orizzonte concettuale significa tradire l'aspetto metodologicamente più innovativo della c.d. prospettiva dei rimedi, che, almeno per come la intendo io, segna il definitivo superamento del dualismo imperniato sulla coppia sostanziale/processuale in favore di una visione realistica e dall'"interno" dei dispositivi apprestati dall'ordinamento per reagire alle interferenze illecite: una prospettiva che, appunto, dovrebbe privilegiare il "dopo" (ossia il tipo di illecito a cui si reagisce) e non il "prima" (ossia il diritto allo stato di quiete). Aggiungo, poi, che per quanto grandi possano essere le differenze che intercorrono tra i diritti reali e i diritti di credito, questi ultimi sono pur sempre dei diritti, ossia l'attribuzione giuridicamente garantita di un'utilità ad un soggetto. Certo, il modo in cui questo avviene non è irrilevante, né dal punto di vista dogmatico, né dal punto di vista esegetico anche se, come ho già osservato, non bisognerebbe mai dimenticare che la varietà delle soluzioni tecniche è in funzione della varietà degli interessi protetti e degli obiettivi giuspolitici perseguiti dall'ordinamento. Ma, appunto, ciò che contraddistingue i diritti soggettivi, tutti i diritti soggettivi, è il loro essere segno dell'avvenuta allocazione di un bene della vita presso una sfera giuridica determinata: ciò che si dà nel caso del diritto di credito, non meno che nel caso del diritto di proprietà. È vero che il creditore necessita, come si dice, della cooperazione del debitore: ma questo non impedisce di ravvisare, comunque, nel credito una "situazione finale", nel senso che l'esito del rapporto obbligatorio, al netto del rischio del perimento non imputabile, è già iscritto nel suo stesso venire in essere. D'altra parte, l'ordinamento offre una pluralità di indicatori che depongono in questo senso, lasciando intravedere del credito il suo profilo di utilità già acquisita al patrimonio del soggetto (*Forderung*) piuttosto che quello di pretesa, (*Anspruch*) azionabile nei confronti del debitore: si pensi, solo per fare qualche esempio, alla sua tutelabilità *ex art.* 2043 c.c., alla sua spiccata attitudine circolatoria (art. 1260 ss. c.c.), alla sua

pignorabilità (art. 543 c.p.c.), al suo essere oggetto di pegno (artt. 2784, comma 2 e 2805 c.c.) e, ancora, alla disciplina civilistica del bilancio (59).

Questo spiega, in definitiva, la ragione per la quale la tutela

(59) Nivarra, *I rimedi specifici* cit., 177. Considerazioni analoghe in di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 152. La prospettiva indicata nel testo viene da ultimo messa in discussione da M. Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno* (Milano 2012), 39 s., sulla base dell'assunto secondo cui se l'ordinamento guardasse al credito attraverso la specola dell'appartenenza, il fine del risarcimento del danno dovrebbe essere quello di garantire l'effettività del diritto, ciò che, ad avviso dell'A., implicherebbe l'attribuzione al risarcimento medesimo di una funzione "reintegrativa", ovvero "diretta a far conseguire al danneggiato tutto il risultato utile che avrebbe ottenuto se il suo diritto fosse stato rispettato o che sia comunque pertinente alla titolarità di tale diritto" (33). Ma che non sia così, prosegue Ambrosoli, è dimostrato dalla circostanza che l'art. 2038, comma 1, c.c. grava l'*accipiens* di buona fede che abbia alienato la cosa dell'obbligo di riversare al *solvens* il corrispettivo conseguito e non (sembra di poter intendere) semplicemente il valore. Non mi sembra, però, che il rilievo sia fondato. In primo luogo, osservo che, nel quadro di una concezione reale dell'obbligazione restitutoria, restituzione della cosa, corresponsione del suo valore e, infine, trasferimento all'*accipiens* di quanto conseguito a seguito dell'alienazione della *res indebita* si pongono esattamente sullo stesso piano e l'alternativa tra valore e corrispettivo di cui all'art. 2038 c.c. è soltanto funzionale alla determinazione della misura del debito restitutorio in ragione della buona o della mala fede del debitore, nel senso che « poiché il prezzo ottenuto potrebbe essere inferiore al valore di mercato della *res indebita*, la soluzione per il prezzo implica un accollo dei rischi dell'affare sul creditore della restituzione; mentre il rinvio al valore della cosa fa gravare il rischio sul debitore » (A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento* (Milano 1998), 108-109). Anche il richiamo all'art. 1148 c.c. non è particolarmente perspicuo posto che, anche qui, è possibile vedere all'opera la buona e la mala fede come misure dell'estensione di un obbligo restitutorio che non può non estendersi ai frutti, una volta che questi siano maturati. Più in generale, poi, non risponde al vero che il risarcimento del danno contrattuale non svolga una funzione "reintegrativa": infatti, esso, oltre al valore della cosa mira ad assicurare al creditore il mancato guadagno, ossia una posta che direttamente si riconnette ai possibili impieghi produttivi della risorsa sottrattagli dal debitore: naturalmente, quella che Ambrosoli chiama funzione "reintegrativa" non può non tener conto del concreto atteggiarsi della natura del bene che l'ordinamento assicura al titolare (altro una *res corporalis*, altro una *res incorporalis*, altro, infine, un credito), ma questo non significa che, una volta avvenuta l'attribuzione, i rimedi giurisdizionali posti a presidio di quest'ultima non siano tutti "reali", cioè finalizzati a ripristinare l'attribuzione originaria (in natura o per equivalente).

giurisdizionale di un diritto è sempre una tutela reale, ossia un dispositivo finalizzato a ripristinare l'equilibrio sancito dall'attribuzione dell'utilità di cui il diritto medesimo rappresenta, nel linguaggio della legge, il segno e l'ellissi. Certo, il progetto ripristinatorio (che nel caso del diritto di credito è anticipato al momento dell'inadempimento in costanza di una prestazione ancora possibile) dovrà necessariamente adattarsi alla realtà, sicché, ove mai la prestazione (ossia il vettore dell'utilità) sia divenuta impossibile (per cause diverse dal fortuito o dalla forza maggiore), esso dovrà indirizzarsi verso il suo equivalente monetario: ma questo è vero tanto per i diritti reali (art. 948 c.c.), quanto per i diritti di credito (art. 1218 c.c.), non trovando qui, comunque, cittadinanza il rimedio risarcitorio che, come visto, persegue finalità e obbedisce a logiche del tutto diverse, anche se non meno specifiche di quelle che intramano la tutela giurisdizionale dei diritti strettamente intesa.

10. Prima di procedere oltre, vorrei intrattenermi su un tema che è tornato all'attenzione della dottrina e che presenta forti legami con l'oggetto del mio discorso. Mi riferisco a ciò che, nella nostra letteratura, passa sotto il nome di "primato dell'adempimento in natura", un guadagno (o, forse, sarebbe meglio dire, un ritorno) non più recentissimo (60) e che oggi, come ho appena detto, gode di una nuova attenzione specie da parte degli studiosi della generazione più giovane (61). Visto nella prospettiva qui privilegiata, il punto merita un approfondimento perché sarebbe davvero paradossale ricavare, quale corollario della continuità tra adempimento (coattivo) e "risarcimento", la tesi di una sostanziale fungibilità dei due rimedi. Al contrario, la formulazione dell'art. 1218 c.c. non lascia dubbi in ordine alla circostanza che l'adempimento rappresenti un

(60) Mi riferisco a quelle posizioni dottrinali (Ferrara, Mortara: al riguardo v. S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare* (Napoli 1978), spec. 69 s.) che già nel vigore degli artt. 1220-1222 c.c. 1865 avevano intrapreso un percorso di progressivo superamento della regola *nemo ad factum praecise cogi potest*.

(61) Si vedano, in qualche modo emblematiche di questa stagione di rinnovato interesse per il tema, Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit., 93 s., M. Della Casa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio* (Torino 2013), spec. 279 s.

prius (nel senso che proverò a chiarire meglio più avanti) rispetto alla corresponsione dell'equivalente monetario della prestazione, ravvisando nell'impossibilità sopravvenuta e imputabile di quest'ultima il presupposto unico e indefettibile dell'insorgere della pretesa risarcitoria (62). Da questo punto di

(62) V. L. Mengoni, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto (Napoli 1989), 151-152, ora in *Scritti II cit.*, 355-356: « l'art. 1218 c.c. è speculare all'art. 1256 e intende dire che l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa imputabile al debitore non estingue l'obbligazione, ma la converte nel risarcimento dei danni: che è quanto dire che, se e fino a quando la prestazione sia possibile, la pretesa di adempimento in natura non può essere sostituita con la pretesa di risarcimento dei danni, salvo che per le obbligazioni da contratto con prestazioni corrispettive, l'art. 1453 c.c., il quale consente alla parte non inadempiente di domandare, anziché l'adempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni quando l'inadempimento dell'altra parte sia di non scarsa importanza ». Azione di adempimento e azione risarcitoria, dunque, sono disposte lungo una verticale e lo spartiacque è rappresentato dall'impossibilità sopravvenuta imputabile (e, più in generale, come provo a chiarire più avanti, dall'inadempimento definitivo inteso come rottura irreparabile del nesso che, a mente dell'art. 1174 c.c., lega interesse e prestazione). È questa, a mio avviso, la ragione per la quale non può essere accolta la tesi di Castronovo, *La nuova responsabilità civile cit.*, 807 s., il quale ravvisa nell'azione di adempimento una epifania del risarcimento in forma specifica: tutela reale e tutela risarcitoria, infatti, si escludono anche quando alla domanda diretta ad ottenere l'esecuzione coattiva della prestazione si accompagni la richiesta di risarcimento del danno da ritardo perché il ritardo rende, sia pure in trentaduesimo, la prestazione impossibile sebbene, appunto, in una misura così ridotta da non pregiudicare sempre e comunque l'interesse del creditore a riceversi la prestazione (v., nella dottrina tedesca più recente, H. Unberath, *Die Vertragsverletzung* (Tübingen 2007), 288, nt. 27: « weil der Zeitablauf nicht rückgängig gemacht werden kann, das Substitut somit ohne Alternative der Leistung ist »). Sulla tesi di Castronovo e sul dibattito da essa aperto v., in chiave critica, Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità cit.*, 249 s., nonché A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in questa *Rivista*, 2003, 567 s. Più in generale, sul risarcimento in forma specifica in ambito contrattuale v. M.R. Marella, *La riparazione in natura o in forma specifica*, Trattato della responsabilità contrattuale, diretto da G. Visintini, III (Padova 2009), 184 s., la quale si mostra incline alla tesi positiva pur nella consapevolezza della difficoltà di distinguere il rimedio *de quo* dall'azione di adempimento. Al riguardo mi limiterei ad osservare che in buona parte dei casi in cui la giurisprudenza ritiene di ravvisare un risarcimento in natura siamo, in realtà, in presenza di un adempimento sostitutivo, ossia della attribuzione al creditore di un bene dello stesso tipo di quello originariamente promesso e idoneo, pertanto, a soddisfare il suo interesse:

vista, a differenza di quanto sostenuto da una recente dottrina (63), si può senz'altro affermare che l'art. 1218 c.c. individui il luogo di fondazione del primato dell'adempimento in natura di cui, peraltro, la disposizione in esame offre una versione particolarmente esigente proprio nella misura in cui essa individua nella perdurante possibilità della prestazione l'insuperabile limite all'azionabilità del *Sekundäranspruch*. In ciò il modello italiano nettamente si distingue da quello tedesco nel quale, dopo la *Schuldrechtsreformierung*, il primato dell'*Erfüllungsanspruch* si presenta in una veste fortemente indebolita posto che il creditore, qui, potrà chiedere il risarcimento del danno, pur essendo ancora possibile la prestazione (*Schadensersatz statt der Leistung*: § 280, Abs. 3, §§ 281, 282, 283; mentre il § 280, Abs. 2, insieme con il § 286 BGB, disciplina l'ipotesi della *Verzögerung der Leistung*) (64) semplicemente adempiendo all'onere, rispettivamente, della *Mahnung* (costituzione in mora) e della *Fristsetzung* (fissazione di un termine ulteriore, decorso il quale il creditore potrà senz'altro dare corso alla domanda risarcitoria). È interessante notare che nella nuova sistemazione che la materia ha ricevuto dopo la riforma, l'impossibilità (nelle varie accezioni di cui al § 275 BGB) imputabile della prestazione viene ricompresa tra le ipotesi di *Schadensersatz statt der Leistung*: § 283 BGB), il che non può non destare una certa perplessità, dal momento che, come si è appena visto, negli altri casi il passaggio alla *Sekundäranspruch* avviene in costanza della possibilità della prestazione. Al riguardo si può osservare che il modello tedesco, nonostante la sua programmatica e ben nota fedeltà all'idea di un autonomo

ciò che, appunto, esclude in radice la possibilità di ascrivere la misura in discorso all'ordine della tutela risarcitoria asseverandone, per converso, l'indole satisfattiva.

(63) Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit., 142 s.

(64) Per un quadro d'assieme v. i commenti di W. Ernst e di V. Emmerich ai §§ 280 e 281, *Münchener Kommentar* (München 2007), 794 s., nonché la recentissima monografia di N. Grotkamp, *Schadensersatz als Leistungssurrogat* (Baden Baden 2014). Una buona introduzione alla riforma in lingua italiana A. Diurni - P. Kindler, *Il codice civile tedesco "modernizzato"* (Torino 2004), spec. 47 s. Una lettura non dissimile da quella qui proposta emerge dalle pagine di A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 137-138.

Allgemeiner Teil des Schuldrechts, in punto di rimedi contro l'inadempimento sconti una visibile contaminazione, non rimossa dalla riforma, con la disciplina della risoluzione del contratto a prestazione corrispettive (§ 326 BGB) dove, come, del resto, nell'ordinamento italiano (art. 1453 c.c.), a fronte della *Nichterfüllung*, è sempre possibile optare per la risoluzione in alternativa all'azione di adempimento: una chiara conferma di ciò si ricava dal § 281, Abs. 4 a mente del quale "*der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat*" che è, appunto, l'omologo, sul versante risarcitorio, di quanto previsto del nostro art. 1453, co. 2 c.c. con riguardo alla risoluzione (65).

A proposito del ruolo che l'art. 1218 c.c. assegna all'impossibilità sopravvenuta per causa imputabile quale spartiacque tra adempimento coattivo e risarcimento del danno, è opportuno poi precisare che il c.d. inadempimento definitivo (66) non individua una classe di ipotesi nelle quali, pur essendo l'adempimento in natura ancora possibile, il creditore è comunque legittimato a chiedere il risarcimento del danno (67). In tali ipotesi (che, per riprendere l'esemplificazione offerta dallo stesso Giorgianni, sono quelle dell'impossibilità sopravvenuta temporanea ma protratta sino al punto in cui il creditore non ha più interesse a ricevere la prestazione: art. 1256, co. 2 c.c., o quella del termine essenziale, o quella della prestazione che il debitore, in prossimità della scadenza del termine, non ha ancora avviato ma che, per la sua complessità, non potrà di certo essere eseguita in tempo o, ancora, quella dell'*amissio rei*

(65) Sotto questo profilo appare pienamente giustificato il giudizio formulato da U. Huber, *Schadensersatz statt der Leistung*, AcP, 2010, 314 s. secondo il quale il primato dell'*Erfüllungszwang* ha ormai un significato prevalentemente retorico, mentre il rimedio vero, anche dal punto di vista pratico, dovrebbe ravvisarsi nello *Schadensersatz*. In argomento v. anche J. Nollmann, *Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt* (Edeweck 2011).

(66) Su cui v. M. Giorgianni, *L'inadempimento* (Milano 1975), 120 s. Per un riesame, recente e approfondito, del tema si v. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit., spec. 196 s.

(67) In senso contrario G. Grisi, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, Studi in onore di D. Messinetti, a cura di F. Ruscello (Napoli 2009), spec. 117. Dello stesso A. vedasi, più di recente, il commento all'art. 1218 c.c., *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Commentario cod. civ., diretto da E. Gabrielli (Torino 2013), 31-35.

dell'art. 1257 c.c.), in realtà, la prestazione è diventata impossibile nel senso che essa è divenuta oggettivamente inadatta a soddisfare l'interesse del creditore: di talché, sotto questo profilo, ben può dirsi che l'impossibilità sopravvenuta espressamente menzionata dall'art. 1218 c.c. rappresenti il paradigma dell'impossibilità (imputabile) intesa come venir meno del nesso che costitutivamente lega la prestazione all'interesse del creditore ex art. 1174 c.c. Questo fenomeno può manifestarsi in una forma eclatante (ad es., il perimento della cosa), ma può manifestarsi anche in forme meno vistose (quelle, appunto, ricomprese sotto la nozione di inadempimento definitivo) che, però, condividono con la prima la rottura di quel vincolo. Per questa ragione non credo sia condivisibile il pur autorevole avviso secondo cui l'art. 1218 non sarebbe esaustivo dei casi nei quali il risarcimento del danno subentra all'azione di adempimento (68) perché in realtà il richiamo all'impossibilità sopravvenuta ha una portata riassuntiva di tutte le evenienze nelle quali il debitore ha operato in modo da rendere impossibile il soddisfacimento dell'interesse del creditore attraverso l'esecuzione della prestazione (69).

Da questo punto di vista, la priorità dell'adempimento in

(68) Giorgianni, *L'inadempimento* cit., 122. Per un interessante riscontro *ab externo* v. S. Lorenz, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, Riv. dir. civ., 2010, 99 (al quale si rinvia anche per un esame dei progetti di codificazione europea in cui la *specific performance* sembra rappresentare, sia pure con qualche incertezza, l'opzione riservata in via primaria al creditore), il quale giustamente osserva come il diritto italiano, sulla scorta di quello francese, abbia, attraverso l'art. 1218 c.c., accolto la fattispecie unica di inadempimento. Questo medesimo assetto della materia sarebbe stato conseguito dal diritto tedesco dopo la riforma grazie alla nuova formulazione del § 280 BGB che istituisce la figura onnicomprensiva della *Pflichtverletzung*, corrispondente, appunto, grosso modo, al nostro inadempimento.

(69) Sotto questo profilo mi sembra di poter osservare che una lettura "qualitativa" dell'impossibilità sopravvenuta imputabile, che ne valorizzi, cioè, il carattere di ellissi di tutte le fattispecie nelle quali si assiste allo sgretolamento del nesso prestazione/interesse individui l'omologo, *ex latere creditoris*, del processo culturale che, *ex latere debitoris*, ha portato l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile ad allargarsi sino a ricomprendere l'ineseguibilità nel senso in cui quest'ultima è intesa da SAVIGNY (v., sul punto, la ricostruzione offerta da Mengoni, *Responsabilità contrattuali*, Scritti giuridici II cit., spec. 324-335).

natura si presenta oggi in una veste assai meno aggressiva ma, in pari tempo, molto più matura che non in passato. Non si tratta più, infatti, di usarla come un grimaldello o come una clava per forzare, sulla base di precise opzioni di ordine giurispolitico, i limiti imposti dalla legge (70) o dalla dogmatica (71), quanto, piuttosto, di prendere atto di una regola di sistema che, in modo del tutto coerente rispetto alla configurazione che l'ordinamento offre del rapporto obbligatorio, articola la reazione del creditore all'inadempimento secondo uno schema in base al quale, perdurando la possibilità per il debitore di soddisfare l'interesse della controparte, oggetto della domanda deve essere l'esecuzione della prestazione, mentre, una volta venuta meno tale possibilità, oggetto della domanda diventa la corresponsione di un equivalente pecuniario della prestazione medesima. Per le ragioni che ho già indicato, il fondamento immediatamente normativo della "priorità" deve ravvisarsi nell'art. 1218 c.c., mentre il suo presupposto sistemico — o, se si preferisce, infrastrutturale — rinviene dall'art. 1174 c.c. il quale, a chi la voglia intendere, dice una cosa chiarissima, ovvero che il legame tra interesse e prestazione è così forte e profondo (costitutivo, appunto, del rapporto obbligatorio come dispositivo giuridico dotato di senso) che il venir meno del primo rende superflua la seconda, con ciò determinando l'estinzione del *vinculum iuris* in quanto tale oppure, là dove esso (intendo il venir meno dell'interesse) sia imputabile al debitore, il passaggio dal *Primäranspruch* al *Sekundäranspruch*. La circostanza che il legislatore, poi, nel concreto sviluppo del suo discorso, tenda a descrivere il fenomeno per lo più privilegiando la prospettiva della prestazione (quando quest'ultima divenga definitivamente o temporaneamente impossibile, quando la cosa che ne individua l'oggetto sia smarrita, ecc.) può avere indotto gli interpreti ad abbracciare una visione unilaterale dello stesso, tutta centrata, appunto, sulle vicende del *dare* e del *facere*: ma questo non toglie che, in realtà, ad incidere sul rapporto obbligatorio (distruggendolo o modificandolo) sia la

(70) Come nell'esperienza francese, su cui v. ora Della Casa, *Adempimento e risarcimento* cit., 295 s.

(71) Come è stato nella nostra esperienza, su cui sempre Della Casa, *Adempimento e risarcimento* cit., 300.

sopravvenuta impossibilità di soddisfare l'interesse del creditore e, dunque, di attuare il rapporto o, quantomeno di attuarlo nella sua configurazione originaria.

Si spiega così la ragione per la quale il creditore, quando chiede il risarcimento del danno, deve sempre provare il fatto che egli, a causa dell'inerzia della controparte, non ha più interesse a ricevere la prestazione, ovvero che la condotta omissiva del debitore ha reciso il nesso che in origine teneva insieme interesse e prestazione. A quel punto spetterà al debitore provare che la sua inerzia trae origine da circostanze (l'impossibilità sopravvenuta, lo smarrimento della cosa, il mancato allestimento della struttura organizzativa necessaria ad assicurare l'adempimento) di cui egli non può essere considerato responsabile (72). Questo modello di tutela delle ragioni

(72) Sotto questo profilo non coglie nel segno (o, almeno, non fino in fondo) l'obiezione mossa da Della Casa, *Adempimento e risarcimento* cit., 315, alla tesi di Mengoni (il creditore che agisce per ottenere il risarcimento del danno deve provare la sopravvenuta impossibilità della prestazione: v. *supra*, nt. 44) e argomentata a partire dal principio di vicinanza della prova con il quale la *regula iuris* mengoniana risulterebbe incompatibile dal momento che « il creditore sarebbe tenuto a dimostrare una circostanza che attiene alla sfera della controparte ». Infatti, come si è osservato nel testo, a costituire oggetto immediato e diretto della prova gravante sul creditore è il venir meno dell'interesse a ricevere la prestazione, ossia un fatto che inerisce integralmente alla sua sfera: e di ciò lo stesso Della Casa, se ne ho inteso correttamente il pensiero, sembra avvedersi poche righe oltre (317). Nello stesso senso di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 136. In altri termini, resta comunque dimostrato che il *thema probandum* muta, a seconda che il creditore agisca per l'adempimento o per l'equivalente pecuniario, nel senso che nel primo caso egli, in realtà, potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento, mentre nel secondo caso egli dovrà fornire la prova della avvenuta estinzione del suo interesse a riceverla la prestazione: e il diverso modo di atteggiarsi dell'onere probatorio traduce, sul piano processuale, il principio della priorità dell'adempimento in natura che, in definitiva, poi, è il succo dell'insegnamento di Mengoni al riguardo. D'altra parte lo stesso Mengoni (in *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »* cit., 188-189) aveva osservato che « il carico del creditore si esaurisce nella prova dello stato di insoddisfazione del credito », anche se poi aggiungeva subito dopo « è vero che in pratica il creditore non riuscirà normalmente a dare questa prova se non dimostrando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, atteso che altrimenti la prova dell'inadempimento avrebbe di regola per oggetto una proposizione negativa indefinita ». La prova dello "stato di insoddisfazione del credito" coincide con la prova dell'inadempimento, ossia del *vulnus* irreparabile arrecato al nesso

del creditore (fondato sul binomio, verticalmente disposto, adempimento coattivo-equivalente pecuniario) non è l'unico ospitato dal nostro ordinamento giuridico: ad esso, infatti, si affianca quello imperniato sul binomio, disposto orizzontalmente, adempimento coattivo-risoluzione del contratto, più risarcimento del danno (73). Si tratta, come è noto, del modello

prestazione/interesse dall'inerzia del debitore: spetterà poi a questi dimostrare che tale inerzia è dovuta a fatti (in primo luogo l'impossibilità sopravvenuta della prestazione) a lui non imputabili: tutto questo non significa altro che il fondamento della responsabilità è sempre e solo l'inadempimento come fatto storico oggettivo. Sotto questo profilo, l'arresto con cui le s.u. hanno parificato il regime probatorio dell'azione di adempimento, dell'azione di risoluzione e di quella per il risarcimento del danno (Cass. s.u. 30-10-2001 n. 13533, Contr., 2002, 133 s. con nota di U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*) merita di essere condiviso se rigorosamente circoscritto al solo art. 1453 c.c. (dove, come si è visto, i due rimedi principali — adempimento e risoluzione — sono dalla legge collocati sullo stesso piano, mentre il risarcimento agisce da complemento di entrambi), mentre non potrebbe essere approvato se lo si intendesse riferire anche all'art. 1218 c.c. dove i due rimedi (adempimento/risarcimento) sono disposti verticalmente e si escludono a vicenda (salvo che per il ristoro del danno da ritardo dove però, come pure ho già detto, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è *in re ipsa*: v. *supra*, nt. 62). La precisazione potrebbe apparire superflua se non fosse che, ad un certo punto, le s.u. parlano espressamente di « domanda *autonoma* di risarcimento del danno da inadempimento », equiparandola all'azione di adempimento e a quella di risoluzione: si tratta, all'evidenza, di una svista perché, nell'ottica dell'art. 1453, la domanda di risarcimento non è autonoma, mentre nell'ottica dell'art. 1218 c.c. essa è autonoma ma è subordinata all'impossibilità della prestazione e, quindi, alla sua sopravvenuta imprevedibilità.

(73) A mio avviso, anche nel primo caso il risarcimento del danno ha uno spazio autonomo rispetto ai due rimedi principali che, però, risulta occultato dalla scelta del legislatore di usare la locuzione "risarcimento del danno" per indicare la *Sekundäranspruch* che, a differenza della misura risarcitoria strettamente intesa, mira all'attuazione dell'interesse positivo e non al semplice ristoro delle conseguenze immediate e dirette di quella particolare forma di *Einwirkung* rappresentata dall'inadempimento. Da questo punto di vista, il diritto delle obbligazioni tedesco postriforma ha segnato un notevole progresso distinguendo chiaramente, a partire dal § 280 BGB, la *Schadensersatz statt der Leistung* (grazie al quale il creditore ottiene l'equivalente pecuniario della prestazione, ovvero il risarcimento dell'interesse positivo: è questo il danno a cui corrisponde, sul versante dei rimedi, la *Sekundäranspruch*), da un lato, e il danno da ritardo, nonché il c.d. "piccolo" danno (ovvero il danno da adempimento inesatto), dall'altro. Questa sistematica consente di cogliere con chiarezza la differenza strutturale che intercorre tra l'equivalente monetario della prestazione (che partecipa, di necessità, della

istituito dall'art. 1453 c.c. con riguardo ai contratti a prestazioni corrispettive, caratterizzato dalla possibilità accordata al creditore di scegliere tra liberarsi del contratto o agire al fine di ottenere un'attuazione forzosa dello scambio: anzi, stando a quanto previsto dal medesimo art. 1453, commi 2 e 3, sembrerebbe potersi desumere un netto *favor* del legislatore per il rimedio rescindente.

In realtà, anche in questo caso, il ricorso alla misura alternativa all'azione di adempimento presuppone una condotta del debitore che abbia vulnerato l'interesse del creditore a ricevere la prestazione, idonea, cioè, a incidere sul nesso prefigurato dall'art. 1174 c.c. (basti pensare al fondamentale art. 1455 c.c. o, anche, all'art. 1457 c.c.) (74): semmai, quello che si può dire e che spiega la *ratio* stessa della risoluzione, è che in presenza di uno scambio, l'interesse del creditore si arricchisce necessariamente della considerazione del sinallagma, nel senso che il valore che la prestazione riveste per una parte va determinato in funzione del valore che per quest'ultima riveste la prestazione che essa stessa è chiamata ad erogare. In altri termini, qui l'inadempimento non si limita a frustrare l'aspettativa del creditore all'acquisizione di un'utilità, ma mette capo ad uno stato di cose che legittima il contraente fedele a ripensare la destinazione impressa al segmento del suo patrimonio che egli ha ritenuto di impegnare nell'operazione sino al punto da volerlo recuperare e diversamente impiegare (75). La risoluzione obbedisce proprio a questa esigenza, sicché appare perfino improprio pretendere di trarre argomenti in ordine ad un possibile appannamento (se non addirittura superamento) della priorità dell'adempimento in natura dalla previsione di un rimedio che tutela un interesse che non si lascia appiattare senza residui su quello avuto presente dall'art. 1174 c.c.

natura reale del rimedio primario) e il danno-perdita patrimoniale propriamente inteso.

(74) Nello stesso senso P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi* (Milano 2010), 62.

(75) Per usare le parole di A. Belfiore, *La tutela del creditore mediante la conversione della prestazione in natura*, Riv. crit. dir. priv., 1987, 230, « la risoluzione ha, di per sé, l'effetto di eliminare il contratto sia come fonte di uno specifico assetto qualitativo del patrimonio, sia come meccanismo di legittimazione di uno scambio di valori ».

Come ho già detto, la priorità dell'adempimento in natura si ricava dall'art. 1218 c.c. il quale, là dove subordina l'attingibilità della misura "risarcitoria" all'impossibilità imputabile della prestazione (paradigmatica, per le ragioni illustrate in precedenza, di tutte le ipotesi in cui la condotta del debitore abbia di fatto annichilito il nesso tra prestazione e interesse, incluso, quindi, il c.d. inadempimento definitivo), lascia chiaramente intendere che fino a quando la prestazione è possibile, l'unica strada percorribile è quella dell'azione di adempimento (76). A

(76) Come ho già avuto modo di osservare nel testo, il primato dell'adempimento in natura (che, sul versante rimediabile corrisponde a primato dell'adempimento coattivo) si è ormai definitivamente spogliato (in ciò recuperando l'insegnamento di O.W. Holmes) di ogni suggestione di tipo politico-ideologico o di tipo etico-morale. Siamo, molto più banalmente, in presenza di una regola giuridica il cui contenuto operativo si risolve in due sottoregole la prima delle quali vieta al debitore di liberarsi del vincolo corrispondendo al creditore l'equivalente monetario della prestazione e la seconda vieta al creditore di chiedere il "risarcimento" quando la prestazione sia ancora possibile ovvero allorché essa sia ancora idonea (alla stregua di un giudizio oggettivo) a soddisfare il suo interesse. È ben possibile, e di fatto è accaduto, che il diritto accolga regole diverse, come nel caso del *code Napoleon* per il quale, in base all'art. 1142, le obbligazioni di fare e di non fare si risolvono in danni e interessi, o come nel caso, più recente, dello *Schuldrecht* riformato, dove il passaggio dalla *Primäranspruch* alla *Sekundäranspruch* soggiace a vincoli meno stringenti di quelli posti nel nostro ordinamento. Ma il problema (come bene messo in luce da R. Pardolesi, nel suo studio pionieristico su *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti cit.*, 515) è che la stessa EAL non può (e, verosimilmente, neppure vuole) individuare un criterio definitivo in base al quale, pur assumendo il *social Welfare* quale unico obiettivo meritevole di essere perseguito dal diritto, sia sensatamente possibile affermare che il rimedio risarcitorio sia superiore (cioè preferibile) a quello reale. Se le cose stanno così, non mi sembra granché utile, in presenza di una regola come quella consacrata dall'art. 1218 c.c., impegnarsi in una defatigante illustrazione di tutti i casi nei quali la priorità dell'adempimento si rivela un veicolo di inefficienza, perché poi vi saranno almeno altrettanti casi nei quali ad essere inefficiente sarà il canone risarcitorio. Così, la regola in questione è certamente incompatibile con quella dell'inadempimento efficiente, nella misura in cui essa è d'ostacolo al disegno del debitore di riappropriarsi dell'utilità promessa al creditore per riallocarla sul mercato a condizioni più vantaggiose; tuttavia se si conviene sulla plausibilità della lettura qui adombrata, secondo cui il transito dalla pretesa primaria a quella secondaria avrà luogo sempre quando il comportamento del debitore avrà spezzato il nesso interesse/prestazione e non solo quando quest'ultima sia

mio avviso, poi, un ulteriore indice normativo della “priorità” può essere ricavato dall’art. 1372, comma 1, c.c. (“il contratto ha forza di legge tra le parti”), nel senso che, per la verità, mi sembra abbastanza ovvio che né al debitore né al creditore è consentito di scegliere se eseguire (o esigere) la prestazione originaria, oppure corrispondere (o pretendere) il suo equivalente monetario (77). Da ultimo questa idea (che, ripeto, può perfino reputarsi una banalità) è stata sottoposta a critica facendo valere l’argomento secondo cui « riconoscendo al contratto “forza di legge” il legislatore (...) designa tutti i rimedi — specifici e per equivalente — che tutelano la posizione della parte fedele contro quella inadempiente » (78). Il rilievo è giusto e del tutto condivisibile, tanto più che va nella medesima direzione in cui si muove questo lavoro, che è quella della piena identità formale/funzionale, pur nella inevitabile diversità tecnica, dei due rimedi: esso, tuttavia, non coglie nel segno perché l’art. 1218 c.c. non consacra una “superiorità” assiologica dell’adempimento in natura (ciò che sembra costituire il bersaglio polemico della dottrina in esame) quanto, molto più semplicemente, una priorità logico-temporale che l’art. 1372, comma 1 c.c., dal canto suo, si incarica di ribadire. In altri termini, usciti definitivamente dalla stagione in cui, essendo la posta in gioco costituita dal superamento di talune, viete incrostazioni dogmatiche, non fu possibile sottrarsi a forzature, oggi si tratta semplicemente di prendere atto della circostanza che il primato dell’adempimento in natura altro non significa che inespugnabilità della *Sekundäranspruch* in costanza di esperibilità della *Primäranspruch*, conformemente alla logica stessa del rapporto

divenuta impossibile in un’accezione rigidamente naturalistica, ne discenderà per il debitore medesimo una libertà di movimento viceversa incompatibile con una interpretazione letterale dell’art. 1218 c.c. In altri termini, se sensibile alle ragioni dell’EAL, e proprio sulla base delle sue risultanze analitiche, l’interprete *civilian*, per il quale il vincolo al dettato legislativo è un limite impreteribile, può impegnarsi in una correzione delle rigidità del canone normativo, ma non certo obnubilarlo. Sull’inadempimento efficiente, in lingua italiana v., più di recente, G. Smorto, *Il danno contrattuale* (Padova 2005), 228 s.

(77) Nivarra, *I rimedi specifici* cit., 170.

(78) Della Casa, *Adempimento e risarcimento* cit., 306 (ma v. anche 13-18).

obbligatorio quale risulta, appunto, dagli artt. 1218, 1372 comma 1 e, aggiungo, 1174 c.c.

11. Provo a riassumere i risultati sin qui raggiunti. In primo luogo si è osservato che lo stabile prendere dimora nel nostro diritto applicato della figura dell'obbligo di protezione (nella sua duplice versione "connessa" e "autonoma"), ovvero di un obbligo la cui inosservanza genera una responsabilità *ex contractu* pur in difetto della violazione di un *Leistungsinteresse*, impone di riconsiderare la misura contemplata dall'art. 1218 c.c. Infatti, molto semplicemente, non è possibile ascrivere al medesimo ordine di fenomeni (il risarcimento del danno) rimedi la cui operatività obbedisce a presupposti del tutto diversi (la lesione dell'interesse del creditore, la lesione del patrimonio o della persona di una delle due parti del rapporto obbligatorio, nel caso di obbligo di protezione "connesso", la lesione del patrimonio o della persona di una delle due parti del "contatto sociale" nel caso dell'obbligo di protezione "autonomo"), salvo che per il comune riannodarsi ad una relazione preesistente che, trattandosi di obblighi di protezione "connessi", si identifica con la stessa obbligazione, mentre, là dove si tratti di obblighi di protezione "autonomi", è individuata da un embrione di vincolo il cui contenuto, suscettibile di una più esatta determinazione soltanto *ex post*, è esaurito dalla protezione dell'altrui sfera giuridica. In altri termini, gli obblighi di protezione (in entrambe le versioni) innestano all'interno di una struttura relazionale di latitudine variabile un dispositivo tipicamente aquiliano, assicurando alla direttiva dell'*alterum non laedere* una concretezza ed una percepibilità altrimenti impensabili allorché essa si presenti nei panni esangui di una prescrizione valevole *erga omnes*.

In conseguenza di questo si è poi ulteriormente osservato che il torto aquiliano copre lo spazio elettivo della tutela risarcitoria la quale non ha affatto di mira l'attuazione o il ripristino di un diritto (ovvero la (ri)attribuzione al titolare, per via giudiziale, dell'utilità già assicuratagli dalla norma primaria) quanto, piuttosto, la compensazione di una perdita patrimoniale rispetto alla quale l'essere titolari di un diritto (o portatori, anche in una forma diversa dal diritto soggettivo, di un interesse giuridicamente protetto) svolge una funzione puramente

ancillare compendiata nella regola alla stregua della quale il danno (perdita patrimoniale) risarcibile è soltanto quello che trovi il proprio antecedente in una lesione ingiusta. Per converso, il modo stesso in cui è congegnata la formulazione dell'art. 1218 c.c., rende evidente che il risarcimento ivi menzionato rappresenta il surrogato della prestazione divenuta impossibile per causa imputabile al debitore: in altri termini, siamo al cospetto della medesima pretesa con un contenuto (l'equivalente monetario della prestazione originaria) diverso in ragione del sopraggiungere di circostanze (si tratti, paradigmaticamente, dell'impossibilità in senso naturalistico della prestazione ovvero di una delle varie configurazioni dell'inadempimento definitivo) interruttrive del nesso interesse-prestazione consacrato dall'art. 1174 c.c. e, per conseguenza, preclusive dell'adempimento, spontaneo o coattivo che sia (79). Ulteriore corollario

(79) Si potrebbe obiettare che così come l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (e omologhi funzionali) spezza il nesso istituito dall'art. 1174 c.c. tra interesse e prestazione, in modo del tutto speculare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione spezza il *continuum* tra (azione di) adempimento e surrogato "risarcitorio", posto che la nuova prestazione (per intenderci, quella avente ad oggetto l'equivalente monetario della prestazione originaria) sarebbe monca, per definizione, del sostegno dell'interesse creditorio: in questa prospettiva, il rimedio contemplato dall'art. 1218 c.c. tornerebbe a vestire i panni di una misura autenticamente risarcitoria investita del compito di ripianare le conseguenze dannose provocate dall'inadempimento secondo la logica dell'art. 1223 c.c. (in questo senso, mi pare, Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni* cit., 116). L'obiezione non coglie nel segno non avvedendosi l'ipotetico autore della medesima che l'impossibilità distrugge il nesso interesse-prestazione, mettendo definitivamente fuori gioco l'adempimento, ma lascia intatto l'incremento patrimoniale conseguito dal creditore a seguito dell'insorgenza del rapporto obbligatorio e dell'acquisto del diritto: sicché, la conversione della pretesa originaria in pretesa "risarcitoria" può considerarsi una naturale conseguenza della sopravvenuta inattuabilità della utilità nella sua veste originaria, alla quale si sostituisce l'equivalente monetario che traduce, e concretizza, un'appartenenza già consolidatasi nella forma del credito (*Forderung*). Stando così le cose sarebbe del tutto improprio ravvisare nella corresponsione del valore economico della prestazione un risarcimento del danno perché, suo tramite, viene, sia pure per equivalente, attuato o soddisfatto il diritto del creditore e non semplicemente compensata la perdita patrimoniale provocata da un'interferenza illecita (che, invece, è esattamente quello che, come si vedrà da qui a breve, accade con l'art. 1223 c.c.). Per questa stessa ragione non è possibile accogliere la tesi, ancora da ultimo riproposta (Grisi, sub *art. 1218*, Delle obbligazioni, a cura di V. Cuffaro

del ragionamento è che la misura prevista dall'art. 1218 c.c., al di là del *nomen iuris*, partecipa della medesima specie della pretesa primaria e deve, pertanto, essere iscritta entro il novero delle tutele reali, ossia di quelle forme di tutela caratterizzate dal fatto che, mediante il processo, il titolare del diritto (quale che sia l'indole di quest'ultimo) ottiene, in natura o per equivalente, l'utilità attribuitagli *ex ante* dall'ordinamento.

Arrivati a questo punto, ci si potrebbe legittimamente chiedere se l'ipotesi ricostruttiva che si sta qui delineando escluda di tutto principio una qualche relazione tra l'inadempimento (e l'impossibilità sopravvenuta imputabile) ed il risarcimento del danno. La risposta è no e le ragioni, solidissime, di un persistente legame tra illecito contrattuale e rimedio risarcitorio si rinvencono nell'art. 1223 c.c. a mente del quale, come è noto, « il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita come il mancato guadagno in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta » (80). Sebbene su questa norma si sia accumulata una

cit., 37-39 e ivi richiami alla letteratura orientata in senso conforme) secondo cui l'impossibilità sopravvenuta, ancorché imputabile, estinguerebbe sempre l'obbligazione *ex art.* 1256 c. c., dal canto suo rinvenendo l'obbligo risarcitorio il proprio fondamento nella legge. Ciò di cui questa dottrina sembra non avvedersi è che l'insorgere dell'obbligazione ha un effetto irreversibile o, per meglio dire, insensibile alle vicissitudini della prestazione, almeno quando tali vicissitudini siano imputabili al debitore, ovvero l'attribuzione di un diritto al creditore che, nella sua dimensione economica (quantitativa e non qualitativa, come valore di scambio e non come valore d'uso) è definitivamente acquisito al patrimonio del creditore (circostanza, questa, che rende manifesta l'improprietà di ogni accostamento alla figura dell'impossibilità originaria). Quindi, l'obbligazione si estinguerà solo allorché la prestazione sia divenuta impossibile (esattamente come il diritto di proprietà si estingue a causa del perimento della cosa), mentre non si estingue ma si trasforma, registrando il prevalere del valore di scambio sul valore d'uso nel momento in cui la prestazione originaria sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore.

(80) Sull'art. 1223 c.c. v., da ultimo, M.R. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, Trattato della responsabilità contrattuale, diretto da G. Visintini, III cit., 29 s.; Grisi, *sub art. 1223*, Delle obbligazioni, a cura di V. Cuffaro cit., 154 s. È per la ragione indicata nel testo che, nonostante una forte consonanza di fondo, non posso condividere la tesi di P. Remy, *La « responsabilité contractuelle »: histoire d'un faux concept*, Rev. trim. dr. civ., 1997, 323 s. (su cui v., con accenti critici diversamente motivati,

massa cospicua di interpretazioni, peraltro non sempre convergenti, il suo senso appare, già ad un primo esame, molto chiaro là dove tanto la perdita subita (il danno emergente) quanto il mancato guadagno (il lucro cessante) vengono individuati dal legislatore quali voci di un danno (perdita patrimoniale) “conseguenza immediata e diretta” dell’inadempimento. Ridotto all’essenziale, in altri termini, lo schema delineato dall’art. 1223 c.c. assegna all’inadempimento (ovvero alla mancata ricezione della prestazione) il ruolo di fatto generatore del pregiudizio che si ripercuote sul patrimonio del creditore sotto forma, appunto, di danno emergente e di lucro cessante. L’inadempimento, in altri termini, possiede un duplice identità (81). Una prima volta esso si presenta nella sua veste di illecito lesivo del

E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, ivi, 1 s. e Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 449, nt. 15). Se è vero, infatti, che là dove assegna al creditore l’equivalente monetario della prestazione, la responsabilità contrattuale non dà ingresso ad una misura risarcitoria quanto, piuttosto, all’esecuzione del rapporto (*fonction de paiement*), non è altrettanto vero che l’unica modalità di insorgenza del danno sia quella individuata dal dispositivo aquiliano perché anche l’inadempimento (al pari della violazione di un obbligo di protezione) può, in quanto interferenza illecita (ancorché non occasionale) essere fomite di danni. Quindi, a differenza di quello che pensa Remy, la categoria della responsabilità contrattuale non va abolita ma semplicemente ridimensionata; così come va respinta ogni tentazione riduzionista, se per riduzionismo si intende l’atteggiamento mentale secondo cui la responsabilità contrattuale potrebbe essere riassorbita all’interno della responsabilità extracontrattuale. Viceversa, come si dirà meglio nel testo, il punto di unità va ritrovato nel pregiudizio (il danno/perdita patrimoniale) e nel rimedio (il risarcimento) che sono comuni ad entrambe le forme di responsabilità, mentre irriducibili restano le condizioni alle quali l’ordinamento subordina la rilevanza del pregiudizio medesimo e l’insorgenza dell’obbligo riparatorio.

(81) Corrispondente, se non ho inteso male, alla distinzione in uso nel *common law* tra *general damages* (valore in sé e per sé della prestazione commisurato al prezzo di mercato) e *consequential* (o *special*) *damages*, sono, appunto, i danni ulteriori generati dall’inadempimento. Utili richiami alla letteratura nordamericana in Smorto, *Il danno contrattuale* cit., 88-89. Il punto di vista espresso nel testo è illustrato molto chiaramente da Trib. Roma, 16-01-2006, *Giur.it.*, 2007, 877 (con nota critica di E. Beretta, *Sui criteri di determinazione del danno da inadempimento*), secondo cui « il danno emergente non può essere configurato con il semplice raffronto fra quello che sarebbe stato il patrimonio netto del creditore se il debitore avesse adempiuto, e quello che appare nel caso di inadempimento, in quanto in tal modo verrebbe inclusa nel concetto di danno anche la prestazione che, invece,

diritto del creditore, illecito che si traduce in una sottrazione dell'utilità dalla legge già assegnata a quest'ultimo, in tutto e per tutto identica a quella che si consuma, attraverso lo spossamento, a scapito del proprietario (art. 948 c.c.). La reazione dell'ordinamento mette capo ad un rimedio reale, inteso a far recuperare al creditore il bene di cui è stato illecitamente privato, ora in natura (azione di adempimento), ora per equivalente, allorché, venuto meno l'interesse alla prestazione originaria, si tratti di far valere il credito come elemento attivo del patrimonio. Una seconda volta esso si presenta come interferenza illecita, che produce un danno in senso stretto, cioè una perdita patrimoniale alla quale, come si è visto, possono concorrere tanto il danno emergente quanto il lucro cessante. Qui l'inadempimento, viceversa, si comporta esattamente come il fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., con una fondamentale differenza (grazie alla quale continua a spiegarsi la distinzione tra responsabilità *ex contractu* e responsabilità *ex delicto*), ravvisabile nella sussistenza di una struttura relazionale attraverso la quale viene veicolata la condotta (nel caso di specie, omissiva) generatrice del danno (82).

costituisce un *prius* logico rispetto al danno ed è da esso distinta, come la causa è distinta dall'effetto; il danno emergente costituisce invece un *quid pluris* eventuale rispetto alla prestazione rimasta inadempita, ed è rappresentato dal *vulnus* ulteriore inferto al patrimonio del creditore a causa del mancato pagamento ». La nostra giurisprudenza in materia, come è noto, si ispira al principio della "riparazione integrale del danno": una formula vaga, ma che, sia pure con qualche oscillazione, esprime l'idea che il creditore vada compensato, in primo luogo, della sottrazione dell'utilità rappresentata dal valore economico della prestazione. Una esaustiva panoramica in A. Pinori, *Il danno contrattuale*, I, II (Padova 1998-2001). Per aggiornamenti e spunti critici variamente argomentati (ma il *leit motiv* è rappresentato dal timore che dietro il canone della riparazione integrale si annidi costantemente l'insidia della *overcompensation*, v. i lavori di Smorto, Ambrosoli, Pacifico e Tomarcho citati nel corso del presente studio. Sempre fondamentale, sotto il profilo storico e metodologico, rimane il contributo di M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (Milano 1980).

(82) Uno spunto in tal senso in A. di Majo, *Una New Age per le tutele contrattuali*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, a cura di S. Mazzamuto (Napoli 2012), 6 e, già in precedenza, *Le tutele contrattuali* cit., 186. Una riproposizione, sia pure in forma problematica, dell'opinione tradizionale secondo cui il valore della prestazione individuebbe una posta del danno risarcibile in Grisi, sub *art. 1223* cit., 174 s.

Sotto il profilo sistematico, questa linea di ragionamento ha il pregio di dare più solide basi al rinvio operato dall'art. 2056 c.c. agli artt. 1223, 1224 e 1227 c.c. nella misura in cui individua una nozione unitaria di danno del tutto depurata di ogni possibile riferimento al valore della prestazione il quale, invece, entra in gioco nell'ottica della realizzazione del diritto (e, dunque, delle forme di tutela reale) e non in quella della compensazione di un pregiudizio economico (e, dunque, della forma di tutela risarcitoria). Alla unitarietà del danno (e del correlativo rimedio: il risarcimento), tuttavia, fa da contraltare la dualità delle tecniche per il tramite delle quali il diritto ne assicura la rilevanza (che è quanto dire la presa in considerazione ai fini del suo risarcimento): la prima rappresentata dall'illecito aquiliano, la seconda rappresentata dall'illecito contrattuale caratterizzato da un impianto normativo semplificato (si pensi all'omessa menzione dell'ingiustizia del danno) e da una disciplina più favorevole all'avente diritto (regime della prova e della prescrizione) proprio in ragione della ricorrenza di un rapporto giuridico che, come già detto, è ciò che rende possibile l'insorgere del danno (83).

A sua volta, come pure si è visto, l'illecito contrattuale, nella sua veste di fatto generatore di un pregiudizio patrimoniale, si può presentare in una triplice guisa: l'inadempimento (termine generico con cui bisogna intendere sia l'inadempimento definitivo sia l'impossibilità sopravvenuta imputabile), la violazione di un obbligo di protezione "connesso" (dove la struttura relazionale d'appoggio è pur sempre l'obbligazione) e l'obbligo di protezione "autonomo" (dove la struttura relazionale d'appoggio è individuata dal c.d. contatto sociale, nei termini illustrati in precedenza). In tutte e tre queste ipotesi siamo al cospetto di una *Einwirkung* non occasionale (come invece accade nel caso del torto aquiliano), ma solo l'inadempimento è anche, al contempo, fatto lesivo del diritto di credito: da qui, appunto, la necessità di nettamente distinguere, una volta guadagnati al sistema gli obblighi di protezione e la loro ascrizione allo spazio concettuale della responsabilità contrattuale, ciò che

(83) Una illustrazione dei significati di "danno" anche in chiave storica offre C. Scognamiglio, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. Visintini, III cit., 9 s.

appartiene al campo della tutela satisfattiva e ciò che, invece, va ricondotto entro l'orizzonte della tutela risarcitoria (84).

ABSTRACT

Some clarifications on contractual liability

This paper concerns transformations experienced by contractual liability, which, partly as a result of certain important court rulings, has expanded its boundaries to encompass figures completely independent from breaches of an obligation (*culpa in contrahendo*, obligations of protection). This raises the question as to the meaning to be attributed to compensation for damages pursuant to Article 1218 c.c.: in the first place, such a remedy is thought as a pecuniary surrogate of the performance's economic value; however, it cannot retain a similar characterization when it is connected, as in the case of the breach of a duty of protection, to the violation of an interest different from that in the performance. Therefore, the work aims to demonstrate that action for damages pursuant to Article 1218 c.c. is a purely compensatory remedy, when it remedies to a violation of a duty of protection, while it will show a markedly implementing nature (of the right to credit), when it stems from the supervening impossibility of performance for reasons not attributable.

(84) Se si adotta la prospettiva indicata nel testo, si spiega anche perché il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi (v. *supra*, nt. 24) non dispiega alcun effetto in punto di qualificazione della fattispecie di responsabilità. In effetti, nel corpo dell'art. 2043 c.c. è possibile distinguere ciò che è propriamente aquiliano (l'ingiustizia del danno, il dolo, la colpa) da ciò che, invece, è trasversale e, quindi, comune alle due forme di responsabilità, ossia il danno-perdita patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria. In altri termini, come si è appena visto, e come si è più volte osservato nel corso di questo scritto, esiste un solo modo di essere del danno (perdita patrimoniale derivante da un'interferenza illecita) e, conseguentemente, esiste un solo rimedio contro il danno (il risarcimento: in questo senso v. anche C. Salvi, *Risarcimento del danno*, Enc. dir., XL (Milano 1989), 1084 s.) mentre esistono due diversi dispositivi attraverso i quali l'ordinamento rende il danno rilevante e il risarcimento esperibile, a seconda che l'interferenza nella sfera del danneggiato sia occasionale (illecito aquiliano) o resa possibile dalla sussistenza di una struttura relazionale (illecito contrattuale). Ora, l'art. 3 della "Balduzzi" fa espressa menzione dell'"obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", dunque richiama uno di quei segmenti dell'art. 2043 c.c. che sono comuni ad entrambi gli illeciti: sicché, nessun argomento può essere tratto da tale disposizione per ritenere che il legislatore abbia inteso dar ragione a Kirchmann e mandare al macero tutta la giurisprudenza in punto di responsabilità del medico ospedaliero successiva al 1999.