

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Globalizzazione e fonti del diritto
- Evoluzione delle codificazioni di diritto commerciale
- Proprietà e autonomia privata
- Obbligazioni e contratti
 - Obbligazioni governabili e non governabili
 - Contratto europeo e nuovi paradigmi
 - Serietà e irrisorietà del prezzo nella vendita
 - Neoformalismo nei contratti di intermediazione mobiliare
- Impresa e società
 - Assicurazione vita
 - Clausola *claims made*
 - Banche, stabilità finanziaria e sicurezza
 - Innovazione legislativa nei mutui bancari
 - Credito documentario
- Presentazione a convegno come genere letterario

 edicolaprofessionale.com/CI

GIANLUCA SICCHIERO

Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”

SOMMARIO. 1. Le origini della partizione ed il rilievo della diligenza agli effetti dell'adempimento. – 2. La diligenza alla prova di resistenza: il fondamento morale del criterio. – 3. (segue) la diligenza e le regole. – 4. Il problema della partizione mezzi-risultato. – 5. Una lettura parzialmente alternativa: la distinzione tra prestazioni governabili e non governabili.

1. – Il tema della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ignota alle fonti romane⁽¹⁾, è oggetto di recenti riletture, che dimostrano come il problema sia tutt'altro che sedimentato o definitivamente risolto.

L'intervento di Valeria De Lorenzi⁽²⁾, che ha ben posto in luce il pensiero di Luigi Mengoni⁽³⁾, al quale si deve il saggio che diffuse in Italia la partizione enfatizzata soprattutto dalla letteratura francese⁽⁴⁾, consente di dare per acquisita la sua lettura, per poter di qui prendere spunto per formulare una proposta che vuol valorizzare “il fondo di verità” che anche il maestro aveva riconosciuto alla distinzione.

Gli scritti di Mengoni diffusero un concetto che la letteratura dell'800 e dei primi decenni del '900 non conosceva⁽⁵⁾.

(1) PIRAINO, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 85.

(2) DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *questa rivista*, 2016, p. 456 ss.

(3) Il saggio *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*. *Studio critico*, comparve in fascicoli successivi della *Riv. dir. comm.* del 1954.

(4) Talora si individua le sua genesi concettuale nelle differenti obbligazioni che pure il diritto romano conosceva e quindi intuiva l'esistenza di prestazioni di mero comportamento (per tutti v. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il c.c. Comm.* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2014 p. 162) e che, nella sua formulazione in commento risale alla letteratura tedesca più antica: cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 305 ss.; TRIVELLONI, voce *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, *ad vocem*, 1, p. 4; invece PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1996, p. 426 ss. ne rileva le radici nel pensiero aristotelico.

(5) La polemica che seguì alla pubblicazione degli scritti citati tra Mengoni ed Osti è ricostruita da CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur.*

Il codice anteriore prevedeva infatti solo l'obbligo di adempiere esattamente, imponendo che si impiegasse sempre la diligenza del buon padre di famiglia con la sola eccezione del deposito (art. 1224). Solo qui, infatti, si pretendeva che il depositario utilizzasse la stessa attenzione nel custodire le cose altrui, "che usa per custodire le cose proprie" (art. 1843): era la c.d. *diligentia quam suis* (*quam in suis rebus adhibere solet*).

Si discuteva quindi della diligenza in generale e di quella specifica del depositario, maggiormente intensa; a proposito delle attività professionali (non disciplinate dal codice) ⁽⁶⁾, si riteneva che la regola fosse la medesima: «né è a dire che si esca da questo tipo che si può chiamare dell'uomo medio o normale, e che si voglia qualcosa di più quando si tratta dell'esecuzione di un contratto relativo ad una professione, ad un'arte, ad un mestiere speciale, dove udiamo tuttogiorno ripetere il noto e giusto principio: *imperitia culpa adnumeratur*, in quantoché qui allora c'è già la colpa, il difetto di diligenza che un buon p.f. deve adoperare, per la sola circostanza di essersi accinti a fare ciò che non si sa fare» ⁽⁷⁾.

Tuttavia la distinzione concettuale tra risultato dell'attività ed attività stessa non era ignota, sebbene senza riferimento al contratto d'opera professionale, laddove si evidenziava che mentre per il contratto di lavoro dipendente «è l'energia di lavoro che viene in sé considerata dalle parti, sia la mercede calcolata a tempo od a misura, nella locazione di opera ciò a cui si guarda è il risultato finale di quell'energia, è il lavoro compiuto, quale che sia il tempo impiegatovi o l'energia consumata per produrlo» ⁽⁸⁾.

D'altro canto in letteratura, sia pure isolatamente (ma al tempo il problema non si poneva), era stata già affermata la necessità di una valu-

dir. priv., 2008, p. 1 ss.; Osti affermò la paternità della distinzione in esame ma la ricostruzione di Castronovo, *ivi*, p. 4, n. 8 sembra dimostrare il contrario.

⁽⁶⁾ Il codice regolava la materia nella disciplina della locazione, nel capo relativo alla locazione d'opera, distinguendo quella «per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio» da quelle del vetturino o dell'imprenditore (art. 1627). La prima si poteva riferire anche alle professioni, sia pure in modo assolutamente generico e comunque con riferimento all'appalto d'opera, ove si noti l'accostamento tra l'attività dell'architetto e quella dell'imprenditore (artt. 1640 e 1642); la letteratura peraltro negava che il contratto d'opera con il professionista potesse ricondursi alla *locatio operarum* ed evidenziava la mancanza di regole da cui argomentare un'apposita disciplina: DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina Milano (s.d., VI ed. riveduta), p. 356. Con il nuovo codice la distinzione venne subito evidenziata da CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 21 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1963, p. 165.

⁽⁷⁾ POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 411.

⁽⁸⁾ DE RUGGIERO, *cit.*, p. 380, ove poi segue l'analisi della disciplina del contratto d'appalto e di trasporto; cfr. inoltre *infra* nel testo la tesi di Francesco Leone.

tazione specifica, per le attività professionali, della regola romana *imperitia culpa adnumeratur*⁽⁹⁾, affermandosi che «non può annoverarsi fra le colpe l'errore professionale, quello cioè che dipende dall'incertezza e dall'imperfezione dell'arte, non da negligenza o incapacità di chi la esercita»⁽¹⁰⁾, avendo cura di precisare che «con questa teoria s'intende scusare soltanto quella fallibilità, che è conseguenza inevitabile dell'imperfezione delle scienze o delle arti»⁽¹¹⁾: il c.d. *error scientiae*.

Donde la già acquisita coscienza di rapporti obbligatori nei quali non è possibile dedurre come oggetto della prestazione l'esito di un'attività che sfugge dal governo del debitore. Ma da queste premesse non si giunse ad una compiuta formulazione di una partizione concettuale tra prestazioni di mezzi e di risultato, anche se va ricordato che, prima della pubblicazione del noto saggio di Tunc⁽¹²⁾ su una rivista autorevole ma di breve durata⁽¹³⁾, la letteratura italiana ne aveva espresso almeno i fondamenti.

Francesco Leone⁽¹⁴⁾ infatti, pur rilevando che la sua era una tesi "ardita", riteneva necessario «distinguere i contratti nei quali il debitore è tenuto a prestare una determinata attività, da quelli in cui è tenuto a far conseguire al creditore un determinato risultato. Nei primi senza dubbio il debitore deve solo la diligenza del buon padre di famiglia (...). Invece il debitore, che si è obbligato a far conseguire un determinato risultato al creditore resta liberato solo quando l'inadempimento dipenda da una

⁽⁹⁾ Regola invece condivisa, ad es., da COGLIOLO, *La teoria della colpa*, in *Scritti vari*, Torino, 1917, p. 136 ss.: «perché il fare quel quello che non si sa fare è un atto imprudente».

⁽¹⁰⁾ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 6a ed., Firenze, 1904, V, p. 243, dove si rileva che la regola di Gaio, in realtà, aveva pochissime applicazioni pratiche in riferimento al medico mentre profila la responsabilità dell'avvocato che perda per fatto proprio i documenti o abbia «trascurato l'adempimento di qualche formalità indispensabile e perentoria», citando *ivi*, p. 245, n. 1, una mole di decisioni di corti francesi ed italiane sulla scusabilità dell'errore professionale.

⁽¹¹⁾ *Ivi*, p. 246. Con l'entrata in vigore dell'art. 2236, si disse, il legislatore sciolse il "nodo gordiano" dei rapporti tra diligenza e responsabilità professionale, appunto escludendo che per questa potesse valere la responsabilità per colpa lieve: BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, III, pp. 27-28.

⁽¹²⁾ Distinzione delle obbligazioni di risultato e di diligenza, in *Nuova riv. dir. comm., dir. ec., dir. sociale*, 1947/48, p. 126, il quale indica come autore della tesi, cui egli aderì, DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Parigi, 1925, n. 1237 e MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1936, p. 4 e di H. e L. MAZEAUD, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile*, I, Parigi, 1947, ma v. *ivi* la ricostruzione del dibattito francese favorevole e contrario a quella partizione.

⁽¹³⁾ La *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale* fu fondata nel 1947 da Lorenzo Mossa, iniziò le pubblicazioni a Pisa con l'anno 1947/48 e le cessò nel 1957.

⁽¹⁴⁾ LEONE, *La negligenza nella colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, pp. 100-101.

causa estranea a lui non imputabile, o da un caso fortuito o forza maggiore».

Erano tuttavia anni difficili per questa novità, che infatti non trovò alcun seguito e fu appunto merito di Luigi Mengoni se il saggio francese, rimasto inizialmente inosservato, ebbe poi la notorietà che tutti conosciamo.

Delle critiche di Luigi Mengoni è opportuno riassumere qui il solo nucleo centrale: anche nelle prestazioni di fare, che preferiva definire di comportamento anziché di mezzi, il debitore è comunque tenuto ad un risultato, ovvero quello di adottare la diligenza adeguata alla prestazione che debba rendere.

Il medico non dovrà quindi guarire il paziente, perché questo sfugge al suo controllo, ma sarà tenuto alla diligenza propria del medico, cioè a curare con l'attenzione e la perizia che ci si attende dal medico: da questo profilo, quindi, tutte le obbligazioni sarebbero pur sempre di risultato.

Dal punto di vista dell'adempimento, quando tale diligenza consti nulla potrà essergli rimproverato, anche se l'obiettivo sperato dal creditore non sia raggiunto.

Il pensiero di Mengoni va anzitutto contestualizzato nel momento storico in cui venne formulato.

La letteratura italiana aveva infatti superato la tesi dominante fino ai primi anni del '900, per cui il debitore doveva ritenersi tenuto all'adempimento fino al limite dell'impossibilità della prestazione intesa in senso naturalistico.

Era stato Lodovico Barassi, in un saggio comparso nel 1894⁽¹⁵⁾, che si può leggere oggi come se fosse stato appena scritto, a mettere in luce l'inaccettabilità della tesi che voleva il debitore pressoché sempre responsabile, dimostrando che anche i tribunali avevano già iniziato ad abbandonare tale lettura, sostenendo che rilevasse invece la diligenza adeguata impiegata nell'adempimento. Pensiero che poi sviluppò nelle prime due edizioni del *Trattato delle obbligazioni*, anche se è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che egli ebbe poi a cambiare in gran parte la propria idea nella terza edizione: il che va sottolineato perché non è raro che Autori di grande spessore ne richiamino il pensiero, come formulato nella seconda edizione, senza avvedersi del mutamento di opinione.

Non fu però solo Barassi a reagire a quella lettura.

⁽¹⁵⁾ *Se e quando lo sciopero sia causa di forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 cod. civ.*, in Appendice a BAUDRY LACANTINIERE-WAHL, *Trattato teorico-pratico di diritto civile, Del contratto di locazione*, II, 2, Milano, Vallardi, s.d.

Divenne infatti opinione diffusa agli inizi del '900 proprio l'opinione che vedeva nella colpa il presupposto per la responsabilità del debitore, probabilmente attratta anche nel diritto civile dal canone penale *nullum crimen sine culpa*⁽¹⁶⁾, quasi che la responsabilità civile costituisca una sanzione contro il debitore inadempiente, idea di cui vi sono molte tracce ed anche recenti⁽¹⁷⁾.

È noto poi anche l'esempio della letteratura tedesca⁽¹⁸⁾, la quale si chiese se si potesse pretendere dalla cantante cui fosse appena morto il figlio, di esibirsi ugualmente: nessuno ha mai avuto il coraggio di dire di sì ed anche oggi la risposta sarebbe la stessa, quantomeno invocando la regola della solidarietà costituzionale se altro non si possa far valere, come ad es. il principio di buona fede contrattuale.

L'inesigibilità della prestazione, pur naturalisticamente possibile, venne evidenziata anche nelle ipotesi di assoluta sproporzione tra valore originario della prestazione e costo necessario per renderla di fronte ad eventi sopravvenuti, pur in difetto di una regola analoga all'attuale art. 1467 c.c.: di fronte alla nevicata che blocca la strada, chi deve consegnare un pacco

⁽¹⁶⁾ V. ad es. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934, pp. 51 ss.

⁽¹⁷⁾ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, p. 2 e 30; si veda inoltre, con riferimento alla risoluzione per inadempimento intesa appunto come sanzione civile, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 147 ss., pp. 243 ss.; anche GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 19 individua nella disciplina dell'inadempimento una sanzione contro il debitore («il risarcimento del danno è pur esso una pena per il debitore») che riprende anche in *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 30, 40, 177, 188; non a caso è un fervido sostenitore della tesi c.d. personalista. Per una rivalutazione attuale di tale lettura, sia pure confinata all'ipotesi in cui la risoluzione consenta al contraente fedele di riacquistare un valore maggiore del corrispettivo pattuito nel contratto rimasto inadempito e quindi risolto, BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, p. 1319, per il quale «sotto questo profilo, la risoluzione potrebbe anche essere considerata come un rimedio contro l'inadempimento, che, in relazione agli effetti, si colora dei toni della pena e che, quindi, si ispira ad una logica fondamentale diversa da quella che tipicamente presiede alle sanzioni di diritto civile». È qui appena il caso di ricordare le parole di Holmes, nel discorso pronunciato nel 1897 all'inaugurazione della facoltà giuridica dell'Università di Boston: «in nessun campo la confusione tra concetti giuridici e concetti morali è più manifesta che in quello dei contratti» (*La via del diritto*, in *Il diritto come profezia. Il realismo americano: saggi di scritti*, a cura di Castignone, Faralli e Ripoli, Torino, 2002, p. 62; v. anche *ivi*, p. 65).

⁽¹⁸⁾ JACOBI, *Die Ersatzpflicht des Vermietes eines ihm nicht gehoerigen Grundstuecks im Falle der Zwangversteigerung del Grundstuecks und der Kuendigung durch der Ersteher*, *Jerbing's Jahrbuecher*, 1925, p. 84. L'esempio fu ripreso da BARASSI, *op. cit.*, III, p. 265; MENGONI, *op. cit.*, p. 285.

postale è tenuto a noleggiare lo spazzaneve per sgombrarne i chilometri non accessibili? ⁽¹⁹⁾.

Agi inizi del '900 non si raggiunse però univocità di pensiero.

Ad una voce autorevole come quella di Vittorio Polacco, per il quale era indubbio che la colpa altro non fosse, sia nei rapporti obbligatori che per i fatti illeciti, che «mancanza della dovuta diligenza» ⁽²⁰⁾, si contrapponevano tesi ugualmente autorevoli, tra cui quella di Achille Giovene, per il quale la tendenza volta all'estensione del caso fortuito, come causa liberatoria della responsabilità, anche agli eventi personali e soggettivi del debitore era da respingersi, ritenendo doversi riconoscere la «verità che il sistema del codice civile sancisca che soltanto l'impossibilità obbiettiva ed assoluta, derivante dal fortuito, valga ad estinguere l'obbligazione e ad esonerare da responsabilità il debitore inadempiente» ⁽²¹⁾.

Anche Gino Segré considerava «teorie pericolosissime» quelle secondo le quali «l'obbligazione abbia, in genere, per contenuto un mero dovere di diligenza, o il ritenere che limite della responsabilità sia, in genere, l'impossibilità meramente subbiettiva» ⁽²²⁾. Roberto De Ruggiero ribadiva invece la necessità della colpa ma, parlando della causa sopravvenuta che porta all'estinzione dell'obbligazione, precisava che «deve trattarsi di impedimento assoluto, che genera una impossibilità obbiettiva di più presta-

⁽¹⁹⁾ Letture per l'impossibilità in senso naturalistico formulate nel dopoguerra sembrano però quelle di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 298 ss., di BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1960, p. 57 e di G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pp. 8-9, n. 14, ma anche GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 237 e p. 245 ss., sebbene poi (*ivi*, pp. 264-265) tempera le indicazioni richiamandosi alla diligenza necessaria per non richiedere al debitore uno sforzo "smisurato". Non pareva convinto della necessità che anche il termine impossibilità, oltre ad imputabilità, vada inteso in senso giuridico SACCO, "Diligenza del buon padre di famiglia" e fatto imputabile al debitore, in *Foro pad.*, 1951, I, spec. p. 926. La ricostruzione storica delle contrapposte tesi in ordine alla nozione di impossibilità è in PREDELLA, *La figura dell'uomo medio*, cit., p. 62 ss.

⁽²⁰⁾ POLACCO, *op. cit.*, p. 394, ma questa affermazione è ricorrente: v. ad es. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 6a ed., Firenze, 1904, II, p. 45; COGLIOLO, *op. cit.*, p. 125 ss.; DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, II, Torino, 1922, p. 52.

⁽²¹⁾ GIOVENE, *La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 302 ss., spec. p. 304, dove indica nelle tesi di Windscheid l'origine della proposta estensiva che egli osteggiava. L'argomento è poi ampiamente ripreso in *L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza"*, Padova, 1941, p. 3 ss.

⁽²²⁾ SEGRÉ, *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 760 ss., spec. p. 768 ove, riferendosi ai recenti scritti di Osti e Giovene, rileva essere stata dimostrato «il grave equivoco che si cela sotto l'apparenza, men che eterodossa del principio di massima che non v'è responsabilità senza colpa, e mettendo in luce appunto le gravissime conseguenze a cui si giunge quando si tratta di applicare la teoria del contenuto dell'obbligazione come semplice dovere di diligenza in tutta la sua portata virtuale».

re" (23). Egli era infatti convinto che si trattasse "del fondamentale principio che vuole ad ogni costo adempiuta l'obbligazione e soddisfatto l'interesse del creditore" e che "per aversi esonero del debitore, deve trattarsi di impossibilità assoluta, e non basta la accresciuta gravosità della prestazione» (24).

Molte e ripetute le critiche di Alfredo Ascoli all'idea che la diligenza del buon padre di famiglia fosse davvero il criterio da adottare per affermare l'irresponsabilità del debitore, fondate sull'idea che la diligenza avesse rilievo se la prestazione fosse stata eseguita. Invece, in caso di inadempimento, si sarebbe dovuta seguire l'indicazione di Osti, di cui si dirà subito, per cui la forza maggiore che impedisce la prestazione è solo quella «che non sia suscettibile di essere vinta se non col sacrificio dell'integrità personale o di un altro attributo della personalità» (25), richiamando anche in tal senso un sentenza della Cassazione di Roma (26).

Si può dire perciò che l'individuazione della diligenza adeguata come limite alla responsabilità del debitore compare una prima volta, alla fine dell'800, per contrastare la tesi imperante che vedeva al contrario quel limite solo nell'impossibilità in senso naturalistico della prestazione, ma trovò forti resistenze anche da chi aveva abbandonato l'idea di tale rigorosa ipotesi di impossibilità.

Vi è però storicamente una seconda fase in cui la diligenza adeguata riemerge: questa volta per contrapporsi alla tesi di Osti, che individuava il limite nell'impossibilità in senso (non più naturalistico ma) oggettivo della

(23) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 132.

(24) *Ivi*, n. 3; nella pagina successiva si profonde nell'esame della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, regolata da apposita disciplina emanata durante la prima guerra mondiale ed abrogata nel 1920, per asserire che solo la guerra costituiva causa di forza maggiore, sicché «in condizioni normali un aggravamento dell'onere della prestazione sarebbe da considerare soltanto come un caso di difficoltà e un'alea del debitore».

(25) ASCOLI, *La guerra come causa di forza maggiore*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, p. 241 ss. ove ampie indicazioni sulla genesi dell'art. 1224 e sulle teorie di Osti (e v. *ivi*, p. 792 le altre note sul tema); l'a. riprende le proprie tesi a proposito della guerra come causa eccezionale di irresponsabilità e sulla disciplina della eccessiva onerosità introdotta sempre nel periodo bellico ed abrogata pochi anni dopo, sempre *La guerra come causa di forza maggiore*, ancora in *Riv. dir. civ.*, 1917, p. 318 ss. e *La forza maggiore come causa di estinzione dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1920, p. 190 ss.

(26) Cass. Roma, 25 novembre 1919, in *Riv. dir. civ.*, 1920, p. 190: «l'evento di forza maggiore che esonera il debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione è solo quello che l'impedisce in modo assoluto, non anche quello che la rende più gravosa»; nella nota di commento ASCOLI, *op. cit.*, richiama la giurisprudenza anteriore tra cui Cass. Firenze, 17 gennaio 1916 ed altre di merito conformi che compaiono in *Riv. dir. civ.*, 1916, p. 239.

prestazione⁽²⁷⁾: tesi che, tutti lo sappiamo, fu accolta dal legislatore del 1942⁽²⁸⁾, come si legge nella Relazione, n. 571⁽²⁹⁾.

È contro questa sua lettura che nasce la reazione fortissima che vede invece sempre nella diligenza adeguata il limite alla responsabilità del debitore.

Nel periodo che segue l'entrata in vigore del nuovo codice, anche per la presenza (ma non solo a causa) del ricordato saggio di Luigi Mengoni, si accentuò infatti la partizione della letteratura in ordine alla rilevanza della diligenza agli effetti dell'adempimento, che poi germinò ulteriormente nel tempo e fino ai giorni nostri almeno tre diverse letture.

Il tentativo di coordinare gli artt. 1176 e 1218 c.c. evidenziò anzitutto una distinzione tra i diversi modi di intendere l'oggetto dell'obbligazione, a seconda che lo si individui nel bene dovuto al creditore (teorie patrimo-

(27) *L'impossibilità sopravveniente della prestazione obbligatoria*, Imola, 1914; *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918 (da cui qui si cita), ove compare in tre parti, ora in *Scritti giuridici*, 1973, I, p. 1; Osti intervenne poi di nuovo sull'argomento con lo scritto *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, nella *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954; altre sue indicazioni nella voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 287. Il pensiero di Osti è ben illustrato da VISINTINI già in *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti*, nella *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 213 e poi molto ampiamente in *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979 nonché anche da D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 86 ss., p. 105 ss.

(28) Lo riconoscono GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 239; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 31 (che, essendo su taluni punti di idee diverse, ritiene «agevole rispondere che la Relazione non ha valore vincolante per l'interprete»); BARASSI, *op. cit.*, III, p. 283, n. 2, ricorda che tra i commissari che predisposero il progetto del nuovo libro delle obbligazioni vi era anche Ascoli, che si è già visto essere sostenitore delle stesse tesi di Osti. Per VISINTINI, *op. cit.*, p. 37 ss., «la produzione scientifica di Osti sul tema dell'inadempimento è penetrata, senza ombra di dubbio, nel sistema del libro quarto» del codice.

(29) Nella Relazione, esaminate le contrapposte tesi in auge, si precisa che la scelta adottata, che subordina l'esonero da responsabilità per inadempimento «alla condizione che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da impossibilità della prestazione, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata. Di guisa che non può, agli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti la persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta; mentre, d'altra parte, anche gli impedimenti che si verificano nella persona o nell'economia del debitore dovranno avere rilievo quando incidano sulla prestazione considerata in sé e per sé, nella sua sostanza o nei suoi obiettivi presupposti». La Relazione prosegue considerando poi proprio il requisito della colpa, il quale afferma costituire «il requisito subiettivo, che deve concorrere con quello obiettivo dell'impossibilità della prestazione, perché il debitore, inadempiente sia esente da responsabilità»: esenzione da colpa quale requisito concorrente, dunque, ma non sufficiente da solo per configurare la non imputabilità dell'inadempimento.

nialiste) o nell'attività che il debitore sia tenuto a prestare (teorie personaliste)⁽³⁰⁾, pur non mancando opinioni che sembrano conciliare entrambe le ipotesi⁽³¹⁾.

Vi fu perciò chi aderì alla tesi che distingue l'oggetto della prestazione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, posizione che mantiene anche oggi adesioni molto autorevoli⁽³²⁾.

Molti criticarono invece la distinzione⁽³³⁾ e ritennero al contrario che la diligenza fosse il vero ed unico metro di valutazione del comportamento del debitore, in ogni campo delle obbligazioni; anche qui le opinioni sono di illustri maestri. Tesi ben espressa ad es. da chi afferma che «non sono

⁽³⁰⁾ Sulla distinzione v. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 181 ss. e, di recente, D'AMICO, *op. cit.*, p. 162 ss.; esempi di teoria personalista in BARASSI, *op. cit.*, III, p. 35; BARBERO, *op. cit.*, p. 55 (ma v. anche, in senso parzialmente diverso, *ivi*, pp. 56 ss.); COTTINO, *op. cit.*, p. 68; uno patrimonialista in MESSINEO, *op. cit.*, p. 17 ss.; una accurata ricostruzione delle teorie sull'oggetto della prestazione (ancora non suddivise in questa partizione) è in GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 9 ss. Ampia la difesa delle teorie personaliste in GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., dove ricostruisce le tesi patrimonialiste (p. 153 ss., p. 201, p. 206 ss.) e le contesta (p. 213 ss., p. 234 ss.) ed anticipa (si tratta delle lezioni tenute nel 1944-45, poi pubblicate) le tesi ribadite in *L'inadempimento*, cit. (dove pubblica le lezioni tenute nel 1957-58), salvo però limitarne di fatto l'operatività; v. *infra* la nota 33.

⁽³¹⁾ Ad es. quella di SCHLESINGER, *op. cit.*, che sembra aderire alla posizione personalista (*ivi*, p. 1278, pp. 1280 ss.), salvo tuttavia precisare che «qualora, però, il difetto del fattore necessario ad integrare la serie causale per la produzione del risultato non sia imputabile al creditore il debitore è certamente responsabile per inadempimento, nonostante abbia svolto la condotta cui era obbligato» (*ivi*, pp. 1296-1297).

⁽³²⁾ V. ad es. CATTANEO, *op. cit.*, p. 47; TORRENTE, nel *Commentario al codice civile*, Torino, 1962, *sub art.* 2222, p. 3 ss.; RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 241, riferendosi alla diligenza del professionista, disse che questa «non risulta semplicemente essere il modo in cui l'obbligazione va eseguita, ma coincide con lo stesso adempimento dell'obbligazione»; cfr. anche TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, ed. 1966, pp. 514-515; BARBERO, *op. cit.*, pp. 56-57; MANCINI, *op. cit.*, p. 15 ss., 39 ss.; DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, p. 1237 ss.; LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, p. 514 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, p. 10, p. 664; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 638; FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, II, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 1139 ss.; TORRENTE E SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2013, pp. 372-373; la distinzione è accolta anche da ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, p. 93; ROVELLI, *Commentario del codice civile*, a cura di Gabrielli, Torino, 2012, pp. 195, 218 ss., con alcune precisazioni; parrebbe da BANDIERA e UGAS, nel *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *sub art.* 2230, Torino, 2014, p. 642 ss.; è difesa con molti argomenti da D'AMICO, *op. cit.*, p. 162 ss. e sembra dividerla, anche se con qualche riserva, CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 193.

⁽³³⁾ V. ad es. MESSINEO, *Manuale*, cit., III, pp. 58-59; v. anche BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, p. 128 ss., GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 227.

ricontrabili obbligazioni in cui sia dovuto esclusivamente un fine utile e non lo sforzo per realizzarlo»⁽³⁴⁾; donde la conclusione perfettamente coerente per cui «la considerazione delle obbligazioni di risultato come obbligazioni di fare può essere difficilmente condivisa in quanto manca nelle obbligazioni di risultato un'attività alla quale il debitore sia specificamente tenuto»⁽³⁵⁾.

Ancora oggi si dice quindi da qualcuno che la distinzione in parola sarebbe «priva di solidi fondamenti concettuali»⁽³⁶⁾.

Altri portarono invece alle estreme conseguenze l'idea che anche nelle obbligazioni di comportamento un risultato sia sempre dovuto, ritenendo che tale risultato possa coincidere con le aspettative del creditore. Per questi autori non sono state convincenti infatti le parole di Tunc: «il medico non promette la guarigione “à forfait”; promette le sue cure. Si è pensato a dichiarare responsabile qualsiasi medico il cui cliente muore, salvo il medico a provare la forza maggiore?»⁽³⁷⁾; la distinzione mezzi-risultato in Francia aveva in effetti trovato l'approvazione della corte di cassazione⁽³⁸⁾.

Da noi si è invece ricordato, in senso opposto, che nel medioevo esisteva il c.d. “patto di guarigione”, in forza del quale nel XII sec. il medico si impegnava, di fronte al notaio, alla guarigione del paziente⁽³⁹⁾, ritenendo così che anche nelle prestazioni di fare sia prospettabile l'obbligo di raggiungere il risultato prefisso dal creditore⁽⁴⁰⁾; il che si dice, ad esempio, con riferimento all'attività dell'avvocato⁽⁴¹⁾.

⁽³⁴⁾ BIANCA, *op. cit.*, p. 72.

⁽³⁵⁾ BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, rist. 2015, p. 114.

⁽³⁶⁾ CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giur. it.*, 2008, c. 1655; FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, p. 113 ss.; PIRAINO, *op. cit.*, p. 106 ss.; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 797 ss.; NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 521.

⁽³⁷⁾ Sono le parole (poco profetiche) di Demogue tradotte e riportate da TUNC, *op. cit.*, p. 127, dove indica anche l'ostilità di altra parte della letteratura francese.

⁽³⁸⁾ Le sentenze sono indicate da TUNC, *op. cit.*, pp. 144-145; peraltro l'adesione è dedotta dalle motivazioni più che da espresse prese di posizione.

⁽³⁹⁾ PERULLI, *op. cit.*, p. 428 ss. che richiama POMATA, *La promessa di guarigione. Malati e curatori in antico regime*, Roma-Bari, 1994.

⁽⁴⁰⁾ PERULLI, *op. cit.*, spec. p. 425 ss., sulla base di FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 113 ss.

⁽⁴¹⁾ PERULLI, *op. cit.*, pp. 457-458, che *ivi* richiama le tesi di FORTINO, *op. cit.*, della quale infatti si vedano le considerazioni sull'attività dell'avvocato, *ivi*, p. 65 ss. nonché p. 87, sulla responsabilità oggettiva del professionista in generale. Entrambi non svolgevano la professione di avvocato quando scrissero quelle pagine.

2. – L'idea che la diligenza costituisca sempre e comunque il limite massimo dello sforzo che si possa chiedere al debitore, si è già detto, rappresentò la necessaria reazione alla tesi antica per cui solo l'impossibilità in senso naturalistico avrebbe esonerato il debitore da responsabilità.

Il fatto è che la tesi per cui l'impossibilità della prestazione debba essere intesa in senso oggettivo ma non naturalistico, certamente un risultato cui accedono tutti ⁽⁴²⁾, non comporta tuttavia anche l'ulteriore corollario per cui in tutte le prestazioni sia sufficiente uno sforzo massimo di diligenza per garantire al debitore l'esenzione da responsabilità.

Era stata già la letteratura francese originaria a ricordare, con una lucidità che oggi spesso si perde, che «il creditore contratta, infatti, per ottenere un certo risultato, non con il desiderio di imporre una diligenza al suo debitore» ⁽⁴³⁾, sicché occorre verificare se l'opposta considerazione possi su solide basi.

Chi si oppone all'idea che esistano prestazioni in cui si risponde senza che basti la sola diligenza, contrario cioè alla responsabilità che prescinde dall'atteggiamento soggettivo del debitore ⁽⁴⁴⁾, indica che questa «rappresenta l'anticamera di forme di responsabilità oggettiva» ⁽⁴⁵⁾ e darebbe voce ad uno «spietato principio» ⁽⁴⁶⁾.

Questa lettura è connotata dai continui richiami alla nozione di negligenza intesa come colpa ⁽⁴⁷⁾, talora provenienti perfino da chi nega recisamente un fondamento morale alla responsabilità per inadempimento ⁽⁴⁸⁾; in altre parole domina, talora inconsciamente nel suo presupposto,

⁽⁴²⁾ «L'impossibilità concepita in termini quasi naturalistici difficilmente potrebbe coordinarsi con l'art. 1176»: FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 340.

⁽⁴³⁾ TUNC, *op. cit.*, p. 128; v. in senso adesivo anche SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Nuoviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25; PERULLI, *cit.*, p. 455.

⁽⁴⁴⁾ Com'è indiscutibilmente per le prestazioni di genere, in cui «non viene neppure in considerazione il problema della causa imputabile. Il debitore non è ammesso a provare che il fatto non era da lui prevedibile o evitabile», giacché qui l'impossibilità non riguarderà mai il bene in sé: GALGANO, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁽⁴⁵⁾ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, art. 1176 c.c., 1988, p. 466.

⁽⁴⁶⁾ ANELLI, *op. cit.*, p. 48.

⁽⁴⁷⁾ Lo evidenzia bene CABELLA PISU, *La causa non imputabile*, in *Tratt. resp. contratt.*, a cura di Visintini, Padova, 2009, p. 240.

⁽⁴⁸⁾ V. ad es. CATTANEO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, pp. 53-54: «la colpa è dunque un comportamento difforme da quello dovuto, non un atteggiamento dello spirito né una valutazione etica dell'agente». È singolare leggere proprio nelle pagine di BIANCA, *L'obbligazione*, *cit.*, p. 68 ss., le forti critiche (che qui si condividono) alla nozione

l'idea che se non c'è colpa, ovvero se al debitore nulla possa essere rimproverato, allora non vi sia alcuna sua responsabilità⁽⁴⁹⁾.

Insomma il debitore diligente non sarebbe mai responsabile per inadempimento.

In questa lettura vi è tuttavia un grave errore di prospettiva, quello di essere unilaterale e di esaltare un (inesistente) profilo punitivo della responsabilità⁽⁵⁰⁾.

Infatti se si considera la colpa (negligenza) come presupposto per la responsabilità anche quando l'oggetto della prestazione sia costituito dal risultato promesso, il debitore sarà esonerato allorché dimostri di aver adottato una diligenza media (quale che sia il criterio di determinazione), ancorché poi il risultato non sia raggiunto⁽⁵¹⁾: ad es. recandosi per tempo dal creditore per pagare il proprio debito ma avendo subito una rapina durante il tragitto⁽⁵²⁾.

personalistica dell'oggetto della prestazione e l'individuazione di ipotesi di obbligazioni di risultato, quando poi si sostiene con vigore la nozione di colpa e si critica anche la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato (*ivi*, p. 73 ss.).

⁽⁴⁹⁾ Lo notano criticamente CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 62 ss.; GALGANO, *op. cit.*, p. 57; MANCINI, *op. cit.*, p. 12; RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1951, p. 391; anche BARASSI, *op. cit.*, III, pp. 287-288, al termine delle proprie riflessioni, ripensò al fatto che davvero la colpa fosse un presupposto indefettibile della responsabilità per inadempimento. La funzione sanzionatoria della responsabilità civile è indicata, evidenziandone però il carattere meno importante, da MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 19 ss., accanto a quella compensativa e preventiva.

⁽⁵⁰⁾ La funzione sanzionatoria e punitiva emerge in casi ben particolari, ad es. quello per lite temeraria (art. 96 c.p.c.) o per l'ostacolo del genitore separato alle modalità di affidamento (art. 709 ter c.p.c.), come ben posto in luce da FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità patrimoniale*, Torino, 2011, p. 21 ss.: ma qui si colpisce, davvero sanzionandolo, un comportamento volontario di violazione di obblighi ben individuati, non di inadempimento *tout court*.

⁽⁵¹⁾ Esemplare in tal senso il pensiero di GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 214 ss., per il quale è certo che «il dovere del debitore non abbia come punto di riferimento il risultato del comportamento (e cioè la soddisfazione dell'interesse del creditore), mediante il raggiungimento, da parte di questo, di un bene» essendo a suo dire dimostrato «che il debitore non è tenuto a garantire quel risultato, e che egli adempie esattamente eseguendo la prestazione, anche se per avventura il creditore non raggiunga il soddisfacimento del suo interesse». Con il che la soluzione diventa l'argomentazione di se stessa ed è comunque in parte superata dalle indicazioni contenute in *L'inadempimento*, cit., p. 220 ss. cit. *supra* ed *infra*.

⁽⁵²⁾ Nota infatti criticamente MICCIO, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. al c.c.*, Torino, 1961, *sub* art. 1176, p. 54 (che però segue altre tesi ancora) che, secondo la lettura anche da lui contestata, «chi ha usato nell'adempimento la diligenza del buon padre di famiglia, è esente da ogni responsabilità sia per i danni che nell'adempiere derivano al creditore sia per quelli conseguenti all'inadempimento»; bisogna peraltro dare atto che anche BIANCA, *op. cit.*, p. 171, riconosce che «una generica prova di diligenza non

Tuttavia la conseguenza di questo ragionamento – ecco l'errore di prospettiva – è di trascurare che il danno prodotto dall'inadempimento, una volta realizzatosi, è un fatto, ovvero un evento che grava necessariamente su qualcuno ed in quell'ottica ricadrà quindi sul creditore, il quale ha però evidentemente ancora meno colpa del debitore, se questa debba essere la motivazione da considerare⁽⁵³⁾.

Per quale ragione il creditore dovrebbe rinunciare al proprio credito solo perché il debitore sia stato rapinato, quando avrebbe potuto utilizzare tranquillamente mezzi non pericolosi di adempimento?

Invece, optando per la diversa lettura che qui si preferisce, quando la diligenza appaia irrilevante perché ciò che è dovuto è un determinato bene, il danno resterà in capo al debitore, seppure "incolpevole", che sarà tenuto ugualmente al risarcimento: non dunque sul creditore, del pari "incolpevole" e, da questo punto di vista, "oggettivamente incolpevole" ed impossibilitato ad evitare qualsiasi propria colpa... nel non ricevere la prestazione che gli spetta.

La scelta adottata dal legislatore nella formula dell'art. 1218, che ha accolto la teoria di Osti, è dunque da condividersi⁽⁵⁴⁾, perché il problema

potrebbe essere sufficiente ad accertare l'assenza di colpa del debitore in relazione all'inadempimento».

⁽⁵³⁾ Per BIANCA, *op. cit.*, p. 31 ed *ivi* n. 2, anche per il denaro «è in definitiva un problema di scelta diligente del mezzo normalmente adeguato»; con il che il rischio della scelta di questo mezzo viene imputato al creditore! Ma già BETTI, *Teoria generale*, cit., I, p. 133, notava che «qui sorge il problema della sopportazione del rischio per la mancata attuazione dell'assetto di interessi previsto nel contratto»; cfr. inoltre *ivi*, p. 154 ss., le pagine sul problema del rischio contrattuale. Anche COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, cit., p. 8, n. 13, rileva che «tutta la materia dell'impossibilità della prestazione e del rischio contrattuale si impernia sui sacrifici di una delle parti, quando non di entrambe».

⁽⁵⁴⁾ Per l'irrelevanza della colpa o comunque per la nozione di impossibilità oggettiva qui condivisa come accolta nel codice si schierò subito, aderendo alle indicazioni di Osti, LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, pp. 279 ss. (v. *ivi* l'ampia ricostruzione delle divergenze dottrinali anteriori). Tra gli autori più prestigiosi si annoverano BARASSI, *op. cit.*, III, p. 285 ss., che così cambia in gran parte le proprie posizioni precedenti (cfr. spec. *ivi*, pp. 290-291 e p. 294 ss., anche se poi ribadisce che il debitore inadempiente è in colpa: *ivi*, p. 298 ss., sicché sembrano emergere contraddizioni in quel che scrive; si vedano inoltre *ivi*, p. 315 ss., le ipotesi di responsabilità che qualifica come «di garanzia» per indicare che la colpa è irrilevante agli effetti della responsabilità); BETTI, *op. cit.*, p. 48 ss., p. 111 ss., p. 118 ss.; NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 558; MESSINEO, *op. cit.*, III, p. 298 ss.; COTTINO, *op. cit.*, p. 110 ss., p. 207 ss., p. 411 ss.; BARBERO, *op. cit.*, p. 57; MANCINI, *op. cit.*, p. 13 ss.; nei limiti sopra ricordati v. anche GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 228 ss., p. 262, sebbene appunto limitatamente all'ipotesi «in cui la prestazione è diventata impossibile (per causa imputabile al debitore)», posto che altrimenti è sufficiente «la prova generica di aver adoperato la necessaria diligenza» (*ivi*, p. 253, p. 271, p. 289 ss., *passim*); CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 182 ss.; ANELLI, *op. cit.*, p. 77; GALGANO, *Trattato*, cit., p.

civilistico del risarcimento riguarda la relazione economica esistente tra il debitore ed il creditore, dovendo individuare il soggetto cui allocare le conseguenze del danno⁽⁵⁵⁾ e non la reazione che l'ordinamento adotti per prevenire la violazione di una norma o per punire una colpa⁽⁵⁶⁾.

Vale a dire: nel codice non c'è alcuna sanzione di sorta a carico del debitore perché in colpa e quindi moralmente rimproverato⁽⁵⁷⁾, ma solo la scelta del soggetto sul quale il danno, come fatto storico ineludibile, debba gravare, al di là di qualsiasi profilo di colpa⁽⁵⁸⁾.

Il legislatore, infatti, non colpisce l'inadempimento come se fosse un illecito, a prescindere dalle sue conseguenze, quasi trasformandolo in un reato ma, al contrario, si preoccupa proprio ed anzi esclusivamente delle conseguenze economiche dell'inadempimento⁽⁵⁹⁾, giacché ha deciso quale sia la sfera patrimoniale che deve sopportarle, non essendo possibile cancellarle ma solo allocarle.

Quand'anche poi nel singolo caso il danno possa concretamente mancare – ma con esso, allora, anche il problema che si affronta⁽⁶⁰⁾ –, la soluzione deve essere adottata per la normalità delle ipotesi e tenendo conto che l'inadempimento costituisce di per sé un danno, perché non porta all'esito fisiologico il rapporto obbligatorio.

54; FRANZONI, *Colpa presunta*, cit.; VISINTINI, da *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 384 a *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Comm. c.c.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2006 (ma anche, tra i molti scritti in *Trattato breve della responsabilità civile* (Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile), Padova, 1999; PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, p. 48 ss.

⁽⁵⁵⁾ V. ad es. ZANA, *Valutazione con "minor rigore" della responsabilità per colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, I, p. 19.

⁽⁵⁶⁾ Come già ricordato, l'idea che il risarcimento costituisca «una pena per il debitore» era di GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 19.

⁽⁵⁷⁾ «La diligenza è un criterio di controllo sociale del comportamento del soggetto obbligato»: DI MAJO, *op. cit.*, p. 480.

⁽⁵⁸⁾ Almeno per GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 271, «la "colpa" assume nel nostro campo un concetto ben diverso da quello del campo morale»; MONATERI, *op. cit.*, p. 20, evidenzia appunto come la natura sanzionatoria della responsabilità civile perda fondamento quando prescinda, com'è per l'inadempimento, dal dolo o dalla colpa.

⁽⁵⁹⁾ Anche BIANCA, *op. cit.*, p. 42, riconosce che «non sarebbe ammissibile contestare l'esattezza della prestazione esclusivamente sulla violazione da parte del debitore di norme giuridiche» ovvero quando l'illiceità del comportamento del debitore «non incid[er]a sull'interesse creditorio».

⁽⁶⁰⁾ Occorre chiarire che qui ci si occupa del problema del risarcimento del danno come conseguenza dell'inadempimento; può infatti prospettarsi la risoluzione del contratto per inadempimento anche se non sia conseguito alcun danno (ad es. perché il contraente deluso trova un diverso contraente che si sostituisca a quello inadempiente) ed in tal caso il diritto pone un rimedio (la risoluzione) ma ovviamente non accorda il risarcimento, difettando appunto il danno.

Il problema della colpa, insomma, si manifesta del tutto irrilevante agli effetti del risarcimento, beninteso salvo il caso in cui sia il codice stesso a richiamarla, come fa ad es. nell'art. 2236⁽⁶¹⁾, perché la sua presenza o assenza nulla ha a che vedere con il fatto, accaduto e non eliminabile, dell'esistenza del danno da inadempimento e non presuppone una sanzione diretta a colpirne l'autore, ipotesi in cui verrebbero in gioco altri limiti, anche di rilevanza costituzionale.

La lettura qui condivisa affronta invece e risolve in modo ragionevole questo problema: se nulla può rimproverarsi al debitore senza colpa, esiste una ragione per addossare le conseguenze dell'inadempimento al creditore, che evidentemente ha ancora meno colpa del debitore inadempiente? ⁽⁶²⁾

Equitativamente, poi, indica che laddove non si arrivi all'impossibilità oggettiva della prestazione in sé, sarà posto a carico del debitore ogni rischio che attenga alle modalità dell'adempimento⁽⁶³⁾: sia lui – e con lui i debitori in generale⁽⁶⁴⁾ – a preordinarsi adeguatamente i mezzi per far conseguire il risultato al creditore⁽⁶⁵⁾, semmai traslando i rischi della vita con il meccanismo dell'assicurazione.

Questa lettura è debitrice delle indicazioni di chi ha evidenziato come il processo di oggettivazione del contratto come meccanismo di circolazione

⁽⁶¹⁾ Lo notava già OSTI, *Revisione critica*, cit., p. 423 ss.; altre ipotesi sono indicate da NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1984, p. 56 ss., che ricorda il richiamo alla colpa contenuto negli artt. 789, 1710, 1768, 2020 e 2236; senonché per gli artt. 1710 e 2030 (come anche per il 2236) non può parlarsi di eccezioni alla previsione contenuta nell'art. 1218, perché si tratta di obbligazioni comunemente indicate "di mezzi", ovvero per le quali il risultato non può essere dedotto ad oggetto. Il tema è ampiamente trattato da FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità patrimoniale*, cit.

⁽⁶²⁾ «Una maggiore indulgenza nei rapporti tra i consociati non si concilia con la logica per la quale chi sbaglia paga, poiché solo in questo modo il mercato realizza l'equilibrio fondato sul libero gioco delle forze economiche in competizione tra loro»: FRANZONI, *Colpa presunta*, cit., p. 341.

⁽⁶³⁾ GALGANO, op. cit., p. 65.

⁽⁶⁴⁾ Sul "costo degli incidenti" e sui meccanismi economici diretti ad incentivare comportamenti efficienti v. MONATERI, op. cit., p. 28 ss.

⁽⁶⁵⁾ Questo sembra il senso da attribuire alle parole di BARASSI, op. cit., III, p. 298 quando, dopo aver aderito alla lettura dell'art. 1218 già ricordata, ribadisce che «non vi è colpa se il debitore ha impiegato tutta la diligenza alla quale era tenuto e che gli era consentita dalla possibilità della prestazione»: qui il riferimento soggettivo cede alla possibilità della prestazione in sé considerata. Ed è quello di FRANZONI, *Colpa presunta*, cit., p. 341: «equa distribuzione delle risorse (*rectius* razionalità), dunque, non come valore da conservare, bensì come risultato da conseguire mediante il ragionamento condotto tanto sulle categorie giuridiche, quanto su quelle economiche».

della ricchezza⁽⁶⁶⁾ imponga un'oggettivazione anche del rapporto economico che genera: «il fenomeno non sarebbe sincronico, se anche nell'ambito della responsabilità contrattuale non fosse riscontrabile una parallela tendenza», diretta cioè ad affermare una nozione di responsabilità *ex art.* 1218 che prescinde il più possibile dalle evenienze puramente soggettive e, in particolare, da un inesistente presupposto di colpa⁽⁶⁷⁾.

Se ci si astrae da valutazioni moralistiche, peraltro orbe della considerazione del danno arrecato al creditore e dunque non eque, la tesi della colpa perde anche dal profilo della ragionevolezza ogni rilievo.

3. – Accanto alle considerazioni che precedono, altre depongono contro la tesi che la diligenza costituisca sempre e comunque il limite alla responsabilità del debitore per l'inadempimento.

Il codice contempla infatti la vendita su campione (art. 1522) e questo è un esempio di fine utile che prescinde dallo sforzo occorrente per evitare "qualsiasi difformità" del prodotto consegnato rispetto al campione.

In questa ipotesi non c'è alternativa: o si abroga la disposizione o si accetta l'idea che esiste (almeno) un caso in cui la massima diligenza prestata non sia scusante idonea di fronte all'inadempimento, sia chiaro fino al limite dell'impossibilità oggettiva o della eccessiva onerosità sopravvenute.

Tra le obbligazioni per le quali si prospetta la necessità del risultato vi sono quelle aventi ad oggetto la consegna di una somma di denaro ed anche se si obietta che è in definitiva un problema di «scelta diligente del mezzo normalmente adeguato»⁽⁶⁸⁾, questa lettura non convince perché accollerebbe il rischio della scelta di questo mezzo al creditore.

Non a caso anche chi sia massimamente convinto del valore dell'adeguata diligenza riconosce che proprio questa ipotesi deroga alle proprie convinzioni⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Su ciò è indispensabile il rinvio a GALGANO, *Lex mercatoria*, ultima ed. 2010, Bologna; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. le belle pagine di FRANZONI, *Colpa presunta*, cit., p. 329 ss.

⁽⁶⁸⁾ BIANCA, *op. cit.*, p. 31 ed *ivi* n. 2.

⁽⁶⁹⁾ Lo riconosce, almeno per gli interessi moratori, anche un fautore delle tesi personaliste come GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 30-31, che peraltro (parlando di «adempimento inesatto») ridimensiona in più occasioni il presupposto della colpa (la casistica è molto simile a quella indicata da Barassi, *op. cit.*, III; p. 315 ss. e p. 334 ss.), ad es. a proposito del diritto del creditore di rifiutare la prestazione quantitativamente difforme dal dovuto, appunto prescindendo dalla colpa del debitore (*ivi*, p. 40 ss., p. 50 ss.) o quando nella vendita vi sia consegna di *aliud pro alio* (*ivi*, p. 58 ss.) o in presenza di vizi della cosa venduta (*ivi*, p. 66 ss.) o di evizione (*ivi*, p. 70 ss.) e poi, più in generale, per tutte le

Va poi ricordato che anche l'obbligazione dell'appaltatore è di risultato, almeno per chi condivide il senso da ascrivere alla regola contenuta nell'art. 1655 c.c., per cui appunto l'adempimento è a rischio dell'appaltatore.

D'altro canto ancora, il codice contempla svariate ipotesi di responsabilità oggettiva⁽⁷⁰⁾, prima fra tutte quella indicata dall'art. 1228 c.c.⁽⁷¹⁾, in cui evidentemente la diligenza non trova spazio alcuno, nemmeno dal profilo teorico.

Che dire poi del diritto del compratore di rifiutare un bene che presenti vizi, magari occulti al compratore e scoperti al momento della vendita? E della responsabilità per evizione?

Del pari nelle obbligazioni che consentono di dedurre come oggetto un risultato, *proprio perché si promette il risultato*, la diligenza prestata dal debitore non ha rilievo, perché non lo sottrae alla responsabilità, con i soli limiti già ricordati: posso o no, insomma, obbligarmi a far avere alla controparte un certo bene della vita, subordinando il corrispettivo all'ottenimento del risultato?

Ciò accade anche quando nel contratto di lavoro subordinato sia pattuita la clausola di rendimento minimo, allorché una tipica obbligazione di mezzi diverrà, da questo profilo, di risultato.

L'indicazione vale anche nelle professioni: l'avvocato che si impegni ad impugnare una decisione, sarà adempiente solo se procederà nei termini, giacché qui si discute solo di questo risultato promesso in quanto promettibile, ovvero di impugnare per tempo⁽⁷²⁾.

Affermare allora che prestare la diligenza adeguata esoneri da responsabilità anche nel caso in cui si prometta il risultato, significherebbe in definitiva espropriare le parti dalla loro autonomia contrattuale: impedirebbe infatti loro di prevedere nel contratto che solo con il risultato il creditore sia soddisfatto, sebbene nessuna regola vieti una tale promessa.

difformità nella vendita (*ivi*, p. 75 ss.); si tratta di ipotesi di ritardo che poi sono riprese in parte anche in casi in cui la prestazione diviene impossibile (*ivi*, p. 221 ss.). Con il che, a ben vedere, di fatto Giorgianni accede per più ipotesi alla tesi per cui oggetto dell'obbligazione è il bene dovuto e non l'attività del debitore, riconoscendo infatti che «le eccezioni alla regola dello sforzo del buon padre di famiglia sono assai rilevanti» (*ivi*, p. 271) ed aderendo per queste alla lettura più rigorosa (*ivi*, p. 228 ss., p. 262) ma (cfr. *infra*) limitatamente all'ipotesi «in cui la prestazione è diventata impossibile (per causa imputabile al debitore)». Cfr. inoltre BRECCIA, cit., p. 471 che parla di «illazione che il comportamento dovuto si limiti allo sforzo di essere diligente».

⁽⁷⁰⁾ Cfr. REALMONTE, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 253.

⁽⁷¹⁾ Regola che appare significativa in questo contesto anche a ROVELLI, *op. cit.*, p. 216.

⁽⁷²⁾ L'esempio è di CATTANEO, *op. cit.*, p. 49.

4. – Respinta la tesi per cui la diligenza adeguata costituirebbe sempre esivamente da responsabilità per inadempimento, esistendo invece ipotesi in cui il debitore risponde anche se diligente, fino al limite dell'impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione, si tratta di verificare se la partizione tradizionale mezzi-risultato, accolta nei Principi Unidroit⁽⁷³⁾, sia a propria volta immune da rilievi.

Il nuovo codice ha modificato radicalmente gli orizzonti del passato: anzitutto dal profilo della diligenza, in cui quella specifica (ma non più "*quam suis*") di cui parla il capoverso dell'art. 1176 viene ora riferita alle attività professionali⁽⁷⁴⁾ e non più al solo deposito.

Altra innovazione fu l'introduzione dell'art. 2236: con l'esonero del debitore professionista dalla responsabilità per i casi tecnici particolarmente difficili, salva la colpa grave, venne introdotto un argomento per dire fondatamente che il risultato cui mira il creditore non possa mai essere richiesto laddove la materia appaia complessa, mentre nei casi ordinari quel risultato appare nella disponibilità del prestatore di attività professionale e quindi possibile oggetto di promessa⁽⁷⁵⁾.

La distinzione in esame è poi ancora oggi discussa anche in giurisprudenza: che ha dapprima l'ha utilizzata pienamente⁽⁷⁶⁾, poi l'ha ripudiata⁽⁷⁷⁾

⁽⁷³⁾ Sottolinea questo argomento D'AMICO, *op. cit.*, p. 160 ss. Sul valore dei principi Unidroit v. Coll. arb. Roma, 4 dicembre 1998, *Dir. comm. int.*, 1999, p. 465: «relativamente all'arbitrato internazionale, l'art. 834 del c.p.c. italiano, prevedendo che l'arbitro possa tenere conto degli "usi del commercio internazionale", può essere interpretato come un rinvio ai principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit; infatti, al di là delle possibili applicazioni previste nel preambolo degli stessi principi, essi possono essere utilizzati alla stregua di una raccolta di usi contrattuali generalmente riconosciuti a livello internazionale».

⁽⁷⁴⁾ Incluse quelle del lavoratore dipendente secondo MANCINI, *op. cit.*, p. 32 ss., che condivide la regola *imperitia culpa adnumeratur*.

⁽⁷⁵⁾ A tal proposito la Relazione (n. 917) giustificò così l'art. 2236: «circa il primo problema ci si trova di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista. Il codice ha ritenuto che il punto d'equilibrio si trovi nell'applicazione delle normali regole di responsabilità, stabilendo, per i soli casi in cui ricorrono problemi tecnici di speciale difficoltà, l'esenzione del professionista dalla responsabilità per colpa lieve».

⁽⁷⁶⁾ Cass., 5 agosto 2013, n. 18612, in *Danno resp.*, 2013, p. 1089; Cass., 18 aprile 2011, n. 8863, in *Contr.*, 2011, p. 984; Cass., 11 gennaio 2010, n. 230, in *Vita not.*, 2011, p. 139.

⁽⁷⁷⁾ Cass., 31 luglio 2006, n. 17306, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 514, per la quale «in relazione alla natura dell'obbligazione assunta, l'inadempimento o l'inesatto adempimento del professionista consistono, dunque, nell'aver egli tenuto un comportamento non conforme alla diligenza e perizia richieste dall'attività svolta, mentre il mancato raggiungimento del

ma successivamente è tornata a farne uso consapevole⁽⁷⁸⁾.

Queste sentenze, al pari delle teorie sopra ricordate, pongono dunque in luce il vero aspetto problematico della questione, ovvero in cosa consista l'oggetto stesso dell'obbligazione che, ai sensi dell'art. 1218, va eseguita esattamente.

Abbiamo già ricordato sopra le convincenti parole che ricordano che «il creditore contratta, infatti, per ottenere un certo risultato, non con il desiderio di imporre una diligenza al suo debitore»⁽⁷⁹⁾.

Ed è stata sempre la stessa letteratura a sottolineare che «ai nostri occhi, sono obbligazioni di diligenza soltanto quelle nelle quali il risultato voluto dalle parti era troppo aleatorio per poter essere preso da esse come oggetto dell'obbligazione»⁽⁸⁰⁾.

Ma è chiaro allora che se l'aleatorietà difetti, il risultato può di conseguenza essere considerato oggetto della prestazione dovuta.

Su queste basi si fonda dunque la distinzione mezzi-risultato, che però presta il fianco ad un rilievo, ovvero quello di essere utilizzata in modo categorico, riconducendo tutte le attività professionali, ove opera la parziale esimente dell'art. 2236 c.c., alla prima ipotesi⁽⁸¹⁾, assieme all'esecu-

risultato per il quale l'attività era stata a lui richiesta e da lui esercitata integra il danno consequenziale alla non diligente o erronea prestazione dell'attività e, conseguentemente, sul piano dell'onere della prova, alla luce anche del principio recentemente enunciato in termini generali dalla SS.UU. di questa Corte (cfr. sent. 30 ottobre 2001, n. 13533) grava in giudizio sul professionista la dimostrazione dell'adempimento o dell'esatto adempimento della prestazione sia sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo della diligenza e perizia e sia della conformità quantitativa o qualitativa dei risultati che ne sono derivati, mentre sono a carico del committente l'onere di allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento e la dimostrazione del pregiudizio subito ed il nesso causale tra tale pregiudizio e l'attività del professionista»; Cass., 21 luglio 2011, n. 15993, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1180; dubitativa Cass., 10 giugno 2016, n. 11981.

⁽⁷⁸⁾ Cass., 20 maggio 2015, n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, 2321: «secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, che va ribadito in questa sede, la responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2»; cfr. anche Cass., 18 ottobre 2016, n. 21031; Cass. 29 luglio 2016, n. 15786 (in motiv.); Cass., 28 giugno 2016, n. 13292; Cass., 23 giugno 2016, n. 13007; Cass., 19 aprile 2016, n. 7708 ecc.

⁽⁷⁹⁾ TUNC, *op. cit.*, p. 128.

⁽⁸⁰⁾ TUNC, *op. cit.*, p. 143, 145; Lo notava già TORRENTE, *op. cit.*, p. 5; una tesi esattamente opposta è quella di PERULLI, *op. cit.*, spec. p. 425 ss., sulla base di FORTINO, *op. cit.*, p. 113 ss.

⁽⁸¹⁾ Paradigmatica, tra le più recenti, è Cass., 5 agosto 2013, n. 18612: «le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo; pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgi-

zione del mandato e tendenzialmente tutte le attività diversa alla seconda⁽⁸²⁾.

Indicativa è in tal senso la lettura secondo la quale la partizione servirebbe per distinguere «la diversa area di operatività dei due istituti: l'uno, contratto d'opera, identificato per il risultato (materiale) da conseguire (o conseguito); l'altro, contratto di prestazione d'opera intellettuale, identificato in funzione della natura della prestazione che, in ragione dei suoi caratteri tipici, non sembra consentire la definizione in termini di risultato conseguito»⁽⁸³⁾.

Tuttavia – e questo è il problema che affligge la distinzione come formatasi nel tempo – non è esatto ritenere che *sempre* le attività professionali abbiano ad oggetto prestazioni fuori del controllo del professionista⁽⁸⁴⁾: in talune professioni la maggior parte o quasi tutte le prestazioni sono oggettivamente eseguibili alla luce dello stato attuale della scienza.

In tal senso, ad esempio, il progettista degli immobili è in grado di eseguire correttamente i calcoli statici del cemento armato, al punto che è la legge stessa a ritenerlo responsabile «della progettazione di tutte le strutture dell'opera comunque realizzate»⁽⁸⁵⁾, il che sarebbe impensabile di fronte ad un'obbligazione di comportamento (mezzi)⁽⁸⁶⁾. «La legge, in altri termini, non potrebbe imporre ad un debitore di raggiungere un

mento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c. che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione».

⁽⁸²⁾ Cfr. ancora le critiche di PERULLI, *op. cit.*, p. 449 ss.

⁽⁸³⁾ GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1067.

⁽⁸⁴⁾ V. ad es. Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876: «le obbligazioni, siano esse “di risultato” o “di mezzi”, sono sempre finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una “*utilitas*” oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione “di mezzi” il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti».

⁽⁸⁵⁾ Artt. 64 ss. T.U. edilizia (d.p.r. n. 380 del 2001); PERULLI, *op. cit.*, p. 451.

⁽⁸⁶⁾ Mentre Cass., 24 aprile 1996, n. 3879, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3758 e Cass., 21 marzo 1997, n. 2540, in *Corriere giur.*, 1997, p. 547, «la redazione di un progetto di ingegneria forma oggetto di un'obbligazione di risultato», invece per Cass., 27 maggio 1997, n. 4704, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2078, «la redazione di un progetto di ingegneria da luogo a un'obbligazione di mezzi ed ha come oggetto un bene immateriale, anche se estrinsecato in una cosa che ne rappresenta lo strumento di espressione»; con la conseguenza (a rovesciamento di quanto aveva appena detto la sentenza ora citata) che «i relativi vizi possono essere fatti valere indipendentemente dalla loro denuncia nel termine di otto giorni dalla scoperta», soluzione cui si poteva tranquillamente giungere limitandosi a dire che alle prestazioni professionali non si applica l'art. 2226. Concilia tutto Cass., 21 luglio 2016, n. 15072: l'obbligazione del progettista è di mezzi ma egli deve possedere la capacità tecnica

risultato che la scienza e la tecnica del momento non sono in grado di assicurare»⁽⁸⁷⁾: difetterebbe di ragionevolezza perché *ad impossibilia nemo tenetur*.

Anche la giurisprudenza ritiene responsabile il progettista quando l'opera non venga realizzata⁽⁸⁸⁾: perché quei calcoli possono essere eseguiti correttamente⁽⁸⁹⁾ oppure perché il progettista non ha fatto ciò che poteva compiere, ad es. se sussista un difetto del progetto che non abbia tenuto conto delle condizioni del terreno⁽⁹⁰⁾.

Più in generale la distinzione si coglie in queste parole: «il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale – inquadrabile nella categoria del lavoro autonomo – comporta normalmente per il professionista un'obbligazione di mezzi, nell'adempimento della quale egli è tenuto ad usare la diligenza che la natura dell'attività esercitata esige, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tranne nel caso in cui al professionista sia stato richiesto dal cliente un *opus*, perché in tal caso l'obbligazione da lui assunta è di risultato»⁽⁹¹⁾.

(definita *diligentia quam in concreto*) «per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire».

⁽⁸⁷⁾ FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 1343.

⁽⁸⁸⁾ V. ad es. Cass., 19 agosto 2010, n. 18747, in *Resp. civ.*, 2011, p. 370: «in tema di progetto redatto da ingegnere, la sua irrealizzabilità, quando sia conseguenza di errori commessi dal professionista nella formazione dell'elaborato che lo rendano inidoneo ad essere attuato, costituisce inadempimento dell'incarico che abilita il committente a rifiutare il compenso»; ancora più dirette Cass., 29 novembre 2004, n. 22487, 5 agosto 2002, n. 11728 e 13 luglio 1998, n. 6812 «l'ingegnere, come l'architetto o il geometra, nell'espletamento dell'attività professionale – sia questa configurabile come adempimento di un'obbligazione di risultato o di mezzi – è obbligato ad usare la diligenza del buon padre di famiglia, con la conseguenza che l'irrealizzabilità dell'opera, per erroneità o inadeguatezza (anche per colpa lieve) del progetto affidatogli, costituisce inadempimento dell'incarico ed abilita il committente a rifiutare di corrispondere il compenso»; la meno recente fa salvo il caso in cui sussistano «problemi tecnici di particolare difficoltà».

⁽⁸⁹⁾ È perfino ovvio, poi, che «gli specifici criteri posti da particolari norme di settore (es. il riferimento ai c.d. «coefficienti di sicurezza» previsti dalla l. 5 novembre 1971 n. 1086 ed il relativo regolamento di attuazione d.m. 16 giugno 1976) non solo non valgono a ridurre o limitare la responsabilità dell'appaltatore [progettista] ma sono per converso da intendersi nel senso che la relativa inosservanza viene a ridondare in termini di colpa grave»: Cass., 31 maggio 2006, n. 12995.

⁽⁹⁰⁾ Cass., 23 settembre 1996, n. 8395, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1013, per la quale «la responsabilità del progettista per inadempimento dell'obbligazione assunta con il contratto d'opera è concorrente e solidale con quella dell'appaltatore, che deve rispondere sulla base del contratto d'appalto dei vizi dell'opera dipendenti dal cedimento delle fondazioni, dovuto alle caratteristiche del suolo non tenute presenti dal progetto»; dunque un'obbligazione di risultato.

⁽⁹¹⁾ Cass., 21 luglio 1989, n. 3476: «con la conseguenza che, avendo quest'ultimo

In altre professioni il risultato voluto dal creditore non può invece mai dirsi nelle mani del debitore. Mai l'avvocato può essere certo dell'esito della lite che instaura per conto del cliente⁽⁹²⁾, in quanto dipende dalla struttura propria della prestazione, resa nel processo quale *actum triarum personarum*⁽⁹³⁾.

Invece è sempre⁽⁹⁴⁾ nella sua capacità il rispetto dei termini processuali per il deposito di un atto, salvo ovviamente il fortuito che però è esimente in ogni ipotesi di adempimento con prestazione di risultato.

incidenza sulla causa stessa del contratto, il professionista dovrà rispondere per le eventuali difformità ed i vizi dell'opera».

⁽⁹²⁾ Cass., 8 agosto 2000, n. 10431. Lo notava la letteratura oltre un secolo fa: COGLIOLO, *La teoria della colpa*, cit., p. 137, mentre la pensa in senso contrario PERULLI, *op. cit.*, pp. 457-458; quando scrisse quelle parole, l'amico Adalberto ancora non praticava la professione forense; non a caso *ivi*, p. 458, n. 131, richiamava in senso conforme le tesi di FORTINO, *op. cit.*, che pure non svolgeva l'attività di avvocato (della quale infatti si vedano le considerazioni sull'attività dell'avvocato, *ivi*, p. 65 ss. nonché p. 87, sulla responsabilità oggettiva del professionista in generale).

⁽⁹³⁾ Cass., 11 agosto 2005, n. 16846: «l'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli art. 2236 e 1176 c.c., in caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per negligenza o imperizia, compromette il buon esito del giudizio, mentre nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave; pertanto, l'inadempimento del suddetto professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione del dovere di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata, ragion per cui l'affermazione della sua responsabilità implica l'indagine – positivamente svolta sulla scorta degli elementi di prova che il cliente ha l'onere di fornire – circa il sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, in definitiva, la certezza morale che gli effetti di una diversa sua attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo».

⁽⁹⁴⁾ O quasi sempre: ad es. per Cass., 17 giugno 2010, n. 14627, «alla luce del principio costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità in ordine alle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, incorre in errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 184 *bis* c.p.c., *ratione temporis* applicabile, anche in assenza di un'istanza di parte, se, esclusivamente a causa del predetto mutamento, si sia determinato un vizio d'inammissibilità od improcedibilità dell'impugnazione dovuto alla diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso». Tuttavia ad un certo punto, come indica Cass., 28 febbraio 2012, n. 3042, «in tema di *overruling* non ricorrono i presupposti per escludere l'applicazione di una decadenza processuale ove dal deposito della pronuncia che ha mutato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità siano trascorsi sei mesi, poiché, pur tenendo conto dei normali tempi tecnici di memorizzazione di tale precedente nella banca dati della suprema corte di cassazione consultabile in rete, deve ritenersi che la parte abbia avuto a sua disposizione un arco temporale sufficiente a tener conto della nuova giurisprudenza e, conseguentemente, a prevenire il verificarsi della menzionata decadenza».

I giudici ritengono che anche la confezione di un parere sia governabile⁽⁹⁵⁾ ma, francamente, è una tesi non condivisibile, posto che nessuno ha realmente il controllo dell'ermeneutica giuridica, come dimostrano i continui contrasti giurisprudenziali della stessa corte di legittimità. Senza dimenticare, tra l'altro, che da sempre la giurisprudenza ritiene che l'attività di interpretazione delle norme non sia governabile⁽⁹⁶⁾, mandando esenti avvocati e giudici stessi dalla responsabilità derivante da interpretazioni successivamente in qualche modo smentite.

Non è dunque possibile qualificare le prestazioni astrattamente in un modo o nell'altro solo perché appartengano o meno all'attività tipica di una professione⁽⁹⁷⁾; non è in tal senso l'individuazione della qualifica del debitore (professionista o meno) o della prestazione (fare o dare, non fare, garantire ecc.) a consentire cioè quella distinzione.

Da questo punto di vista è allora esatta l'osservazione di una sentenza delle sezioni unite del S.C. la quale rileva come nelle professioni esistano sempre attività per le quali è prospettabile la necessità di raggiungere un risultato ed altre in cui rileva il comportamento.

Il S.C. si è espresso infatti dicendo che «come insegna la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da

⁽⁹⁵⁾ Per Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, «di regola, le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale costituiscono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, non per conseguirlo; tuttavia, avuto riguardo all'attività professionale dell'avvocato, nel caso in cui questi accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione»; così anche PERULLI, *op. cit.*, p. 457.

⁽⁹⁶⁾ Cass., 11 agosto 2005, n. 16846 (che fa salva però la colpa grave); Cass., 18 novembre 1996, n. 10068; Cass., 4 dicembre 1990, n. 11612.

⁽⁹⁷⁾ Invece, nota SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Padova, 2010, p. 178, la distinzione tra mezzi e risultato è solida nella giurisprudenza lavoristica, che afferma ad es. che «il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale non integra *ex se* l'inesatto adempimento che, a norma dell'art. 1218 c.c., si presume, fino a prova contraria, imputabile a colpa del debitore, dato che, nonostante la previsione di minimi quantitativi, il lavoratore è obbligato ad un *facere* e non ad un risultato e l'inadeguatezza della prestazione resa può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o, comunque, a fattori non dipendenti dal lavoratore» (Cass., 10 novembre 2000, n. 14605, in *Arch. civ.*, 2001, p. 462); stesse parole in Cass., 19 agosto 2000, n. 11001; Cass., 23 febbraio 1996, n. 1421; più di recente v. Cass., 11 ottobre 2012, n. 17337: «il lavoratore subordinato, anche se inserito nella categoria dei quadri, è tenuto ad una obbligazione di mezzi e non di risultato».

un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere *in obligatione*, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi. Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente *in obligatione*. Tale impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. In tal senso la dottrina porta ad esempio proprio l'obbligazione dell'appaltatore, che deve in ogni caso utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione. Si è visto, d'altra parte, come la giurisprudenza, pur utilizzando frequentemente la distinzione, non esita a convertire l'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, dando luogo ad una sorta di metamorfosi, quando afferma che se è vero che obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono generalmente obbligazioni di mezzi, tuttavia possono assumere anche le caratteristiche delle obbligazioni di risultato in cui il professionista si impegna a conseguire un determinato *opus*»⁽⁹⁸⁾.

Dunque è certamente metabolizzata la compresenza di componenti diverse nell'adempimento della prestazione dell'attività professionale, ma non si trova un criterio idoneo per utilizzare in modo proficuo la distinzione, perché tale utilizzo è viziato dall'idea che tutta l'attività professionale debba necessariamente essere ricondotta ad una tipologia o, per uscire dall'impasse, all'altra, ove il risultato sarebbe l'impiego di adeguata diligenza ma non il raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

⁽⁹⁸⁾ Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur. it.*, 2006, c. 1380.

È invece erroneo utilizzare il criterio della diligenza per giudicare le prestazioni che sono sotto il controllo del debitore professionista: in queste ipotesi, qualora egli non esegua *tout court* la prestazione, sarà a ben vedere inadempiente senza che la diligenza rilevi, trattandosi in definitiva di obbligazioni “di risultato”, altro essendo ovviamente che egli sia ammesso a fornire la prova del caso fortuito⁽⁹⁹⁾.

Quando invece la prestazione sia espletata e non abbia ad oggetto un risultato controllabile (l'esito del ricorso in cassazione; la cura contro una malattia rara e mai studiata), la sua efficienza sarà ben difficilmente valutabile perché quando il risultato non si può promettere, l'attività non gravata da errori, intesi come violazioni di protocolli esistenti⁽¹⁰⁰⁾, non sarà giudicabile: in base a quale parametro reale e non immaginario la si dovrebbe infatti valutare?⁽¹⁰¹⁾.

Né è possibile rinviare ad un concetto ineffabile perché inespresso ed inaccertabile, ovvero quello delle regole dell'arte⁽¹⁰²⁾, che fa il pari con la diligenza astratta di una qualsiasi professione che non è in alcun modo misurabile.

Come si possono descrivere in concreto le regole dell'arte?

Vale sempre un esempio convincente⁽¹⁰³⁾: l'avvocato deve inserire precedenti a favore della tesi che sostiene negli atti perché sia considerato diligente? E se sì, quanti? Quanta letteratura deve citare a tal fine? E poi,

⁽⁹⁹⁾ DE MARTINI, *op. cit.*, p. 1248.

⁽¹⁰⁰⁾ In definitiva questa è anche la posizione di LEGA, *op. cit.*, pp. 820-821.

⁽¹⁰¹⁾ Anche ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, che pure richiama sempre il concetto di diligenza come parametro ideale di valutazione del comportamento degli amministratori (p. 151 ss.), giunge poi a concludere per l'impossibilità di valutare il merito della loro attività quando non si sia in presenza di violazione di regole prescrittive tecniche, salvi i comportamenti abnormi da qualificare utilizzando il criterio della razionalità, a suo parere diverso da quello della ragionevolezza (p. 237 ss.).

⁽¹⁰²⁾ Per VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 195, la regola sulla diligenza professionale «si limita a rinviare all'osservanza di regole dell'arte precise, e cioè acquisite in modo certo dalla disciplina ufficiale» (e v. altresì *ivi*, p. 200): ma questo trasformerebbe tutte le prestazioni in governabili, il che non è, posto che è propri il difetto di regole precise relative al merito delle attività non governabili a far scaturire il problema dell'esattezza dell'adempimento. Va però ricordato che per Visintini gli obblighi accessori certamente sono prospettabili, ma in forza del principio di buona fede e non in relazione alla regola sulla diligenza (*ivi*, p. 159 ss.). Ripetuti i richiami alle regole dell'arte in MUSOLINO, *op. cit.*, p. 477 ss.; anche in ROVELLI, *op. cit.*, p. 220 si rinvia al «rispetto delle regole professionali in funzione del raggiungimento di quello scopo che pur rimane esterno al vincolo obbligatorio».

⁽¹⁰³⁾ Ed ancora una volta ricordiamo il pensiero di ROVELLI, *op. cit.*, p. 226, secondo il quale le regole tecniche non sono prescrittive ma «soltanto descrittive del nesso fra un mezzo e uno scopo» e «la loro applicazione è strumentale al raggiungimento di un deter-

di fronte alle richieste del giudice di essere conciso, come può equilibrare concisione e diligenza professionale?

La letteratura che contesta radicalmente l'idea che esistano obbligazioni di comportamento, ribadendo che «mai il debitore è chiamato a produrre un mero sforzo soggettivo ma sempre un risultato utile e obiettivamente verificabile»⁽¹⁰⁴⁾, non si pone infatti il problema di “misurare” i criteri con cui si confeziona un ricorso in cassazione, per indicarne l'obiettiva rilevabilità.

Inoltre, va ripetuto, mentre in presenza di attività governabili sono sempre prospettabili l'errore tecnico (violazione di una regola di misura) ed il caso fortuito, queste ipotesi non appartengono alle attività non governabili, perché qui difettano sia il percorso tracciato entro il quale l'attività debba svolgersi (quando allora la deviazione costituisce errore), sia il rapporto accertabile di causa ed effetto tra attività svolta ed esito raggiunto.

È infatti in questi termini che occorre rivalutare la distinzione già indicata tra *error scientiae* come limite alla governabilità della prestazione ed errore professionale come violazione di protocolli e regole che indicano un comportamento esatto e praticabile⁽¹⁰⁵⁾.

Se l'avvocato non iscrive la causa d'appello a ruolo nei termini perentori, l'appello è improcedibile e l'errore professionale sicuro, pur potendo dimostrare il caso fortuito⁽¹⁰⁶⁾; ma se invece la iscrive a ruolo tempestivamente, nessuno potrà mai dire *ex ante* se l'appello potrà essere accolto o meno e nessuno potrà dire *ex post* se le ragioni per cui sia stato vinto o perso derivino da un'attività professionale più o meno diligente, posto che mancano del tutto i criteri per dire quale sia la diligenza per confezionare un appello “vincente” o “adeguato”⁽¹⁰⁷⁾.

minato scopo», che per noi significa impossibilità di giudicare il merito laddove non frutto di scelte all'evidenza irragionevoli (*supra*, par. 4).

⁽¹⁰⁴⁾ NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 801.

⁽¹⁰⁵⁾ Su questa distinzione v. ancora TORRENTE, *op. cit.*, p. 47.

⁽¹⁰⁶⁾ In questo primo periodo di funzionamento, tutti stiamo sperimentando blocchi improvvisi del sistema informatico del processo civile telematico: una benna che ha rotto un cavo di trasmissione dati nel dicembre 2014, ha bloccato il sistema informatico di tre corti d'appello per diversi giorni ed impedito il deposito di atti telematici in mezza Italia: ecco un'ipotesi in cui l'errore professionale non c'è.

⁽¹⁰⁷⁾ Perciò la tesi per cui al fine di valutare la condotta del debitore «in assenza di norme, patti, o altre particolari situazioni che indichino livelli diversi» il grado di giudizio “dovrà essere costruito sulla base di valori medi» (CANNATA, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 9, I, Torino, 1984, p. 57) non aiuta proprio nel momento più delicato della valutazione, dato che quei valori medi non esistono e non sono accertabili in alcun modo.

Questi rilievi valgono anche in relazione ad attività che hanno per oggetto prestazioni di fare che non appartengono a professioni protette: tipica è l'ipotesi dell'amministratore di società.

Taluni comportamenti sono da lui governabili, ad es. convocare l'assemblea tempestivamente nei casi in cui debba farlo; il contenuto tipico dell'attività dell'amministratore, cioè quello di perseguire l'oggetto sociale, non è invece di per sé controllabile ed infatti la giurisprudenza da sempre nega che si possa giudicare il merito dell'attività amministrativa⁽¹⁰⁸⁾, tutt'altra essendo la risposta di fronte ai comportamenti illeciti, ai conflitti di interessi, alla violazione di obblighi statutari e così via.

5. – Sulla scorta delle osservazioni che precedono, il rapporto tra gli artt. 1176 e 1218 c.c. può essere coordinato partendo dalla considerazione della governabilità o meno della prestazione promessa.

Se dal profilo del progresso attuale della scienza la prestazione non è nella sfera di controllo del debitore, allora egli sarà adempiente se abbia svolto l'attività diretta al raggiungimento degli obiettivi che il creditore desidera, anche se non li abbia raggiunti.

Se la prestazione sia sotto il suo controllo, risponderà invece per inadempimento ove il risultato non sia raggiunto, salva la prova del fortuito.

Questa distinzione prescinde completamente dalla circostanza che il debitore sia un professionista: l'avvocato risponde dei danni perché non deposita in termini gli atti; non risponde dei danni se la causa sia persa per ragioni non processuali.

La responsabilità per inadempimento è talora oggettivamente addebitata a chi sia tenuto ad eseguirla: l'imprenditore che debba realizzare un'opera vale la regola generale dell'assunzione del rischio del risultato, come indicano gli artt. 1655, 2224 e 2225 c.c.

⁽¹⁰⁸⁾ V. ad es. Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Società*, 2012, p. 493: «all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società; ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità». Cfr. anche Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 706; Trib. Milano, 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, p. 511.

Carattere comune ad entrambe le ipotesi è l'obbligo di adottare sia le misure cautelari necessarie all'adempimento, la cui latitudine si modifica in relazione all'oggetto della prestazione (una cosa è pagare una somma di denaro, altra è operare al cuore ed altra ancora trasportare vetri fragili) e per entrambe si può porre il problema dell'inesigibilità dell'adempimento sia con riferimento ai costi che questo può comportare (art. 1467 c.c.) sia in relazione al principio di solidarietà costituzionale, solo a ricordare l'esempio del figlio che muoia poche ore prima che si debba adempiere alla prestazione; tuttavia questa è la nozione di impossibilità oggettiva (ma non naturalistica) già descritta in precedenza.

Prestazioni governabili sono quelle per cui la scienza attuale consente di dire che il debitore sia in grado di eseguire la prestazione, senza quell'aleatorietà che impedisce di promettere il raggiungimento del risultato.

È chiaro che laddove esista una percentuale sia pur minima di possibile insuccesso, ben si potrebbe rilevare che allora la prestazione non sia mai governabile in senso proprio dal debitore, perché solo la certezza dell'esito positivo della stessa, assicurata anteriormente alla prestazione, dimostra che si sia in presenza di un'obbligazione c.d. di risultato (*recte*: governabile).

Questo è in effetti il vero aspetto difficoltoso del problema, cioè che nessuna norma stabilisce il punto di confine tra risultato governabile e risultato non governabile: quando statisticamente l'esito positivo di una certa operazione chirurgica sia garantito al 90%, possiamo parlare di esito nelle mani del chirurgo, salvo il fortuito? Oppure occorre una percentuale superiore o, al contrario, è sufficiente anche una probabilità più bassa?

Questa osservazione, su cui non è possibile trovare una risposta se non dal profilo dell'onere della prova, accollandolo ad uno o all'altro soggetto del rapporto, non esclude però che, almeno astrattamente, si possa individuare un criterio di distinzione tra governabile e non governabile.

Ogni volta che sussista la possibilità dell'evento esterno che impedisca il raggiungimento del risultato voluto dal creditore, la prova del fortuito dimostra che, senza questo fatto, l'esito positivo sarebbe stato raggiunto; in tal senso, allora, si può dire che la prestazione sia governabile in tutti i casi in cui si possa realizzare il caso fortuito.

Il correttivo a tale impostazione consiste allora nel valutare se il costo economico per evitare il fortuito appartenga o meno all'equilibrio causale del rapporto, anche se riferito alle prestazioni accessorie o di protezione

che il debitore sia tenuto a rendere⁽¹⁰⁹⁾, correttivo che ben può valere in qualsiasi settore, dato che il problema non sarebbe l'inevitabile (questo non è mai un fortuito che l'uomo possa prevenire) ma se l'attività per evitarlo appartenga al comportamento doveroso del debitore.

Se, come si è già detto sopra, per consegnare nel termine concordato un pacco il corriere debba noleggiare uno spazzaneve per aprire la strada e tale evenienza non sia stata considerata nel contratto, si potrà ritenere che quella nevicata appartenga alla nozione di caso fortuito, non perché sia impossibile consegnarlo dal profilo naturalistico, ma perché lo sarà oggettivamente, nel senso che il costo del rimedio esorbiterebbe, valutato ragionevolmente, ciò che il debitore possa essere tenuto a compiere per l'adempimento.

Senonché questa è una prestazione governabile mentre, come appena detto, il problema si pone per quelle non governabili: nelle quali il fortuito non è prospettabile proprio perché l'impossibilità di conoscere *ex ante* la strada che sicuramente garantisce l'esito sperato, dimostra che non esistono regole di comportamento individuate nel merito che si possano violare⁽¹¹⁰⁾.

In questo dilemma influisce anche l'esimente per la colpa lieve in presenza di casi di speciale difficoltà tecnico professionale (art. 2236): che infatti non agevola la soluzione, posto che non indica (né poteva farlo) quali siano i problemi di speciale difficoltà, che sono evidentemente connessi allo stato della scienza nel momento in cui il problema si pone, in relazione ai mezzi di soluzione che questa appresta.

In definitiva, da questo punto di vista il problema è insolubile in astratto, perché non esiste un criterio per dire se il 90% delle soluzioni positive anziché l'85% o il 95% rappresenti la misura corretta per la valutazione di ciò che sia o meno governabile⁽¹¹¹⁾; se deve decidere il rigore metodologico, anche queste ipotesi appartengono al non governabile, sia pure rientrando nell'altissima probabilità di esito raggiungibile.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. ANELLI, *op. cit.*, p. 82.

⁽¹¹⁰⁾ Ad evitare equivoci: il medico che dimentica la pinza nella pancia del paziente commette un errore professionale, ma il non lasciare pinze nella pancia del paziente appartiene alle attività governabili, non invece il guarirlo certamente mediante quell'operazione chirurgica. Che poi certe operazioni abbiano probabilità altissime di esito positivo è questione che si risolve con il riparto dell'onere della prova, non con l'affermare che sempre l'esito è necessariamente positivo.

⁽¹¹¹⁾ PUCELLA, *op. cit.*, p. 107, indica che si ritiene comunemente che una differenza dello 0,05% tra campioni da cui si accerti una determinata patologia, appartenga a fattori casuali mentre «una probabilità del 94% che la differenza tra campioni esaminati sia reale non è reputata sufficiente per ritenere lo studio statisticamente significativo».

Non è allora un caso che l'unico campo in cui la statistica operi, quello medico, abbia visto intervenire il legislatore per fissare indici di irresponsabilità che superino valutazioni del tutto prive di criteri in qualche modo omogenei e vincolanti per il giudice⁽¹¹²⁾.

La previsione di irresponsabilità del medico che rispetti le prassi condivise e le linee guida può anche sembrare criticabile⁽¹¹³⁾ ad es. in relazione alla bontà dei criteri indicati, ma costituisce l'unica risposta che appaia meno arbitraria di altre di fronte ai limiti della scienza medica ed all'idea che il medico possa rispondere al di fuori dell'errore tecnico.

Giudicare la diligenza del medico sulla base della sola statistica sconta infatti un peccato originale: che la statistica non indica preventivamente al medico come agire nel caso concreto, mentre il richiamo allo stato attuale e conoscibile della scienza medica, per dirgli come comportarsi, funziona come regola di comportamento cui attenersi: proprio ciò che serve per accertare la sua diligenza.

È stato quindi davvero salutare l'intervento diretto a ridurre l'incertezza su affermazioni che, esclusi i casi di evidente errore, hanno creato una conflittualità gravissima, dando vita alla c.d. medicina difensiva e ad un aumento esponenziale dei costi sociali collegati all'esasperazione della litigiosità: perché solo fissando parametri è possibile misurare la diligenza, che altrimenti è un fantasma privo di sostanza.

Nelle altre attività professionali, invece, le linee guida mancano ed i richiami ad inesistenti e perciò non documentati *standards* professionali o del pari ad effimere e non scritte regole dell'arte professionale –si provi a trovare un qualsiasi documento che ne indichi tecnicamente il contenuto-

⁽¹¹²⁾ Il riferimento è alla l. 8 novembre 2012, n. 189 che ha convertito il d.l. n. 158 del 2012, meglio nota come "legge Balduzzi" al di là del ripudio del suo presunto autore, il cui art. 3 prevede al primo comma che «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'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma».

⁽¹¹³⁾ Il dibattito che è sorto dalla nuova disciplina è immenso, qui si possono richiamare, tra le moltissime, le indicazioni di DE MATTEIS, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *questa rivista*, 2015, 562 ss.; CAPECCHI, *Verso la responsabilità nell'ambito della colpa medica?*, in *questa rivista*, 2015, p. 607 ss.; PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, in *questa rivista*, 2015, p. 540 ss.; PICCIALLI, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *questa rivista*, 2015, p. 569 ss.; BUSI, *La colpa medica in ambito civile*, in *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, I, Padova, 2014, p. 335 ss.

impongono di costruire in altro modo i criteri valutativi del comportamento diligente, come in altra sede si è fatto⁽¹¹⁴⁾.

La proposta è dunque di riconoscere che la distinzione in relazione all'oggetto della prestazione ed agli effetti della responsabilità, non si opera riferendosi al soggetto debitore (professionista o no), ma alla prestazione vista dal profilo oggettivo, rilevando che in questa molto spesso esistono fasi che sono oggettivamente realizzabili e possono allora costituire oggetto di promessa anche implicita (depositerò in tempo utile l'appello) ed altre che, sfuggendo al controllo di qualsiasi debitore, pretendono solo un suo comportamento adeguato.

Non dunque mezzi *vs.* risultato, ma governabile *vs.* non governabile.

⁽¹¹⁴⁾ SICCHIERO, *Dell'adempimento*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, *sub* art. 1176 c.c., ove si è cercato di tipizzare i comportamenti diligenti sulla scorta della ragionevolezza delle soluzioni indicate dalla giurisprudenza rispetto alle alternative possibili. Ciò sul presupposto che questa operazione sia necessaria e possibile solo in mancanza di indici, misure e criteri quantitativamente determinati, rispetti ai quali (per quanto si è detto sopra), la diligenza è invece irrilevante, vertendosi in tali casi in termini di adempimento di prestazioni governabili, retto dall'art. 1218 c.c.