

piantato un rigoroso sistema pubblicistico laddove sia in gioco la protezione di fondamentali interessi della persona come quelli spesso coinvolti dalle professioni intellettuali.

Art. 2230 – Prestazione d’opera intellettuale

[1] Il contratto che ha per oggetto una prestazione d’opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente.

[2] Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

commento di Franco Maurizio Bandiera e Anna Paola Ugas*

Sommario: 1. Prestazione d’opera intellettuale e dimensione contrattuale: cenni storici. - 2. Considerazioni di carattere sistematico: contratto d’opera intellettuale e contratto d’opera manuale *tout court* (intellettualità dell’opera e delle professioni); il rinvio alle disposizioni sul contratto d’opera manuale. - 3. Fonti dell’obbligazione di prestare un’opera intellettuale: contratto d’opera intellettuale; contratto di lavoro subordinato; fonti non contrattuali. - 4. Nozione e causa; prestazioni accessorie ed aggiuntive. Effetti. - 5. (Segue). Contratto d’opera intellettuale e figure “affini”. - 6. I soggetti e le incompatibilità. - 7. Accordo e forma. - 8. L’oggetto del contratto d’opera intellettuale: premessa. Contratto d’opera intellettuale e contratto attributivo della creazione intellettuale. - 9. Il significato ed il ruolo del risultato nel contratto di prestazione d’opera intellettuale. - 10. L’oggetto del contratto d’opera intellettuale e i requisiti di possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità. - 11. La verifica dello stato dei fatti ed il giudizio prognostico sulla realizzabilità del risultato. Doveri di informazione e doveri di collaborazione tra professionista e cliente. - 12. L’oggetto del contratto ed il comportamento richiesto al professionista. - 13. Dall’oggetto del contratto di prestazione d’opera intellettuale al contenuto dell’obbligazione del professionista. Riflessioni preliminari sulla responsabilità e sul rischio nell’obbligazione. - 14. Il risultato-interesse ed il concetto di “utilità” nella prestazione d’opera manuale e intellettuale. - 15. La nozione di obbligazione come sintesi di debito, responsabilità e rischio. - 16. La diligenza nella teoria dell’impossibilità oggettiva relativa e dell’impossibilità soggettiva. - 17. La rilevanza dell’interesse del creditore. - 18. Analisi delle differenti soluzioni. In particolare, il pregiudizio del risultato-interesse per dolo o colpa grave del debitore. Le sequenze causali imputabili oggettivamente alla sfera del debitore o ascrivibili alla sfera del creditore, incidenti sul risultato-interesse. - 19. (Continua). Ancora sul pregiudizio del risultato dovuto a dolo o colpa grave del debitore. - 20. (Continua). Le sequenze riconducibili alla sfera del creditore. - 21. (Continua). Il nesso di causalità. - 22. (Continua). Proprietà e rischio nell’obbligazione. - 23.

* Franco Maurizio Bandiera è autore dei §§ 1-10, Anna Paola Ugas dei §§ 11-32.

(*Continua*). Probabilità del risultato e rischio della causa ignota. - **24.** La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nella dottrina. - **25.** La prestazione come processo di trasformazione della realtà materiale e immateriale e l'obbligazione come rapporto complesso, sintesi del regime della responsabilità e del rischio della prestazione. - **26.** Gli orientamenti giurisprudenziali. La (supposta) indifferenza del risultato, e la (supposta) rilevanza esclusiva della diligenza, nelle obbligazioni professionali. I termini del confronto con la prestazione d'opera manuale. - **27.** (*Continua*). La regola operativa per il caso di obbligazioni di *routine*. - **28.** Fondamento e limiti della responsabilità contrattuale: il duplice livello di controllo (prestazione e risultato-interesse). - **29.** La problematica distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale rispetto all'attività del professionista intellettuale. - **30.** L'onere della prova. - **31.** Il problema della distribuzione dell'onere della prova in tema di inadempimento. La sua ricaduta sull'obbligazione del professionista. - **32.** Onere della prova e causa ignota.

1. Prestazione d'opera intellettuale e dimensione contrattuale: cenni storici

L'origine della distinzione concettuale tra opere manuali e opere intellettuali e del differente trattamento giuridico ad esse riservato è controversa in dottrina. Non essendo questa la sede per svolgere un'analisi di carattere storico-giuridico, ci limiteremo ad alcuni brevi cenni, rinviando per il resto alla letteratura in materia¹.

Si è osservato, innanzitutto, che un'indagine sull'origine e sull'evoluzione delle professioni intellettuali, ove fosse compiuta, «se non altro per controllare se vi è o no soluzione di continuità fra le professioni di allora e quelle di oggi, non arrecherebbe un utile contributo», atteso il profondo mutamento del contesto storico e socio economico². Fra i fattori di mutamento deve certamente ascrivarsi l'affermarsi del pensiero scientifico ed il conseguente progresso della conoscenza umana, che hanno certamente svolto un ruolo di primo piano con riguardo alla considerazione ed al trattamento giuridico

¹ Per ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, si rinvia a PERULLI, *Il lavoro autonomo, Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1996, 360 ss.; LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 6 ss.; MUSOLINO, *L'opera intellettuale, Obbligazioni e responsabilità professionali*, Padova, 1995, 3 ss., il quale concentra la sua indagine sul diritto romano e sulla codificazione ottocentesca; con specifico riguardo all'esperienza giuridica romanistica, v. anche ID., *Contratto d'opera professionale, Artt. 2229-2238*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, 77 ss.; DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963; ID., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946.

² Così LEGA, *op. cit.*, 6 s., in quale rileva che un contributo potrebbe forse discendere dall'analisi della «storia recente delle libere professioni, attraverso gli ordinamenti giuridici che per esse sono stati predisposti dal legislatore dopo la rivoluzione francese».

delle prestazioni d'opera intellettuale. Più di recente, la constatazione che anche l'adempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto un'opera intellettuale è governata da regole tecniche e protocolli riconosciuti e stringenti ed il riconoscimento dell'esistenza di un preciso nesso causale, seppure in termini probabilistici, fra esatto adempimento e conseguimento del risultato atteso dal cliente, hanno rappresentato alcune delle ragioni che hanno spinto la dottrina e la giurisprudenza a rivisitare la responsabilità per inadempimento di tali obbligazioni e la stessa distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato³.

In consonanza con ciò, altri hanno rilevato che «le distinzioni tra opera esperta e inesperta, ovvero tra opera intellettuale e manuale, sebbene possano farsi risalire al medio evo, sono essenzialmente il frutto dell'età moderna» e che «la distinzione tra lavoro manuale e lavoro intellettuale non trova ascendenze del tutto coerenti neppure nella più antica distinzione romanistica tra “arti liberali” e “arti servili”»⁴. Il tratto distintivo tra le prime e le seconde, non sarebbe, infatti, «un più alto grado di intelligenza, o la circostanza che l'artista liberale opera con il cervello mentre il *sordidus mercante* (o artigiano) lavora con le mani»: al contrario, originariamente la distinzione sarebbe in primo luogo di carattere politico, essendo le *operae liberales* generalmente esercitate da soggetti di rango sociale elevato, al di fuori di qualsiasi vincolo e senza compenso. Tant'è che fra le occupazioni più nobili e più degne di un uomo libero lo stesso Cicerone annovera (anche) l'agricoltura⁵, attività certamente riconducibile al lavoro manuale.

Ciò che caratterizzerebbe le *operae liberales* rispetto alle altre, dunque, sarebbe esclusivamente il fatto che le prime sarebbero appannaggio esclusivo, almeno in origine, delle classi sociali più elevate. Costituirebbe dunque «frutto di un risalente equivoco (...) l'aver creduto ad una autonomia ontologica delle arti liberali nel pensiero giuridico romano. Il famoso frammento di Ulpiano (D. 50,13,1), dal quale la *communis opinio* derivava la normale non locabilità delle *operae liberales*, esprime in realtà non tanto l'assoluta impossibilità di qualificare in astratto il rapporto come *locatio-conductio operarum* o *operis*, quanto la circostanza che» tali attività, essendo esercitate generalmente dai soggetti appartenenti alle

³ Sulla questione v. *infra*, §§ 8 ss.

⁴ V. PERULLI, *op. cit.*, 360 e 362.

⁵ In tal senso, sempre PERULLI, *op. cit.*, 362, il quale si riferisce ad un passo del *De Officiis* (I, 151), riportato nella successiva nt. 9.

classi più elevate, venivano in origine prestate per spirito di liberalità o comunque senza vincoli e senza diritto al compenso, non essendo consoni alla loro condizione e al loro prestigio sociale assumere vincoli contrattuali di tal genere⁶. La circostanza che per ottenere il pagamento dell'*honorarium* fosse prevista una procedura di *extraordinaria cognitio* non deporrebbe in senso contrario, considerato che essa «riguardava anche arti non liberali, come quella della *nutrix* che, in documenti di epoca classica, si trovano dedotte in regolari contratti di locazione»⁷. In seguito, la figura tradizionale dell'intellettuale (in particolare, l'esperto di diritto) che presta la sua opera gratuitamente e per mera benevolenza verrebbe in seguito «comunque sovvertita quando i mutamenti politici impediranno ai giuristi impegnati nell'attività di libera consulenza di godere dei vantaggi indiretti derivanti dalla partecipazione alla vita pubblica»⁸.

In senso diverso, tuttavia, parrebbe deporre un passo del *De Officiis* di Cicerone (Libro I, XLII. Il decoro nelle varie professioni, 150-151), il quale, nel disquisire della nobiltà o meno delle professioni e dei guadagni, qualifica «ignobili e abbierti», fra gli altri, «i guadagni di tutti quei mercenari che vendono, non l'opera della mente, ma il lavoro del braccio: in essi la mercede è per se stessa il prezzo della loro servitù». Qualifica al contrario «onorevoli per coloro al cui ceto si addicono» «tutte quelle professioni, invece, che richiedono maggiore intelligenza e che procurano inestimabile profitto, come la medicina, l'architettura e l'insegnamento delle arti liberali»⁹.

Altri studiosi rilevano che i Romani disprezzavano non solo il lavoro manuale, ma anche «quello intellettuale, se esplicato dietro mercede, mentre, se svolto in piena libertà e gratuitamente, riscuoteva apprezzamento».

⁶ V. PERULLI, *op. cit.*, 363; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, cit., 186 s. Per un esame specifico del citato frammento di Ulpiano v. LEGA, *op. cit.*, 9 s.

⁷ PERULLI, *op. cit.*, 363.

⁸ *Ibidem.*

⁹ Si riporta, con alcuni *omissis*, il resto del passo di Cicerone: «Parliamo, infine, delle professioni e dei guadagni. Quali di essi sono da reputarsi nobili e quali ignobili? Ecco, all'incirca, quanto la tradizione ci insegna. Anzitutto, si disapprovano quei guadagni che suscitano l'odio della gente, come quelli degli esattori e degli usurai.» (*omissis*: seguono i passi già riportati nel testo) «Quanto al commercio, se è in piccolo, è da considerarsi degradante; ma se è in grande, poiché con esso si importano da ogni parte molte merci e sono distribuite a molti senza frode, non è poi tanto da biasimarsi. Anzi, se il mercante, sazio o, per dir meglio, contento dei suoi guadagni, come spesso dall'alto mare si trasferisce nel porto, così ora dal porto si ritira nei suoi possedimenti in campagna, merita evidentemente ogni lode. Ma fra tutte le occupazioni, da cui si può trarre qualche profitto, la più nobile, la più feconda, la più dilettevole, la più degna di un vero uomo e di un libero cittadino è l'agricoltura.»

Quest'ultimo «era privo, almeno nel periodo classico, di tutela giuridica». Peraltro, non tutte le attività oggi qualificate intellettuali erano riservate alle classi sociali più elevate; alcune erano infatti «svolte da persone libere ed anche da schiavi e venivano inquadrare nel vasto campo delle *operae* e delle *artes liberales* le quali, da un punto di vista giuridico, si facevano rientrare nello schema della *locatio*. Tuttavia quelle di carattere intellettuale più elevato pare ne fossero escluse»¹⁰.

L'analisi delle medesime fonti conduce altra parte della dottrina a conclusioni in parte differenti¹¹. Nell'esaminare le influenze dell'esperienza giuridica romanistica sull'attuale concezione del fenomeno, vi è chi ritiene, infatti, che già nel diritto romano il lavoro manuale e le *operae liberales* godessero di una diversa considerazione e di un diverso trattamento giuridico. In quel contesto, invero, le seconde non erano ritenute attività lavorative nel senso in cui oggi adoperiamo tale espressione¹² e si contrapponevano alle «altre» prestazioni di lavoro, riconducibili all'ambito della locazione, repute sconvenienti ed incompatibili con lo *status* di *civis romanus* nato libero, il quale non aveva alcuna necessità di lavorare per sostentarsi e prestava le *operae liberales* per mero diletto. Queste ultime, pertanto, erano prestate gratuitamente, non formavano oggetto di obbligazione e la loro esecuzione non trovava titolo in un contratto¹³, circostanze che spiegherebbero alcune peculiarità dell'attuale disciplina.

¹⁰ In tal senso, LEGA, *op. cit.*, 8 ss., il quale osserva: «Ulpiano ci dà un elenco delle attività intellettuali che, svolte professionalmente, attribuivano il diritto a pretendere una retribuzione, mentre altre ne erano escluse. Le prime costituivano oggetto di un rapporto di lavoro autonomo che attualmente potremmo chiamare di opera intellettuale riferendolo alle analoghe attività che oggi vengono svolte (...). Altre categorie di lavoratori intellettuali erano invece escluse dalla suddetta competenza del magistrato per essere la loro attività meramente intellettuale e spirituale e quindi non suscettibile di valutazione economica».

¹¹ La differenza, peraltro, in parte riconducibile all'esame di fonti e di periodi storici diversi, è meno accentuata di quanto possa apparire, ove si consideri che lo stesso PERULLI, *op. cit.*, 364, osserva quanto segue: «Nell'antichità classica *vita activa* equivaleva a schiavitù della necessità ed il disprezzo per il lavoro si coniugava con le esigenze, proprie della *polis*, di astensione da tutto ciò che non fosse attività politica (...). Le arti liberali sono tali proprio perché i loro cultori appaiono disimpegnati da ogni lotta per l'esistenza».

¹² V. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 81 s., il quale rileva che nell'ambito di quelle che oggi vengono qualificate come attività lavorative il diritto romano distingueva «le *operae liberales* dalla locazione: in quest'ultima vengono accolti il lavoro artigianale ed autonomo (*locatio operis*) e il lavoro subordinato (*locatio operarum*)».

¹³ V. MUSOLINO, *ivi*, 80 ss., il quale osserva che «altre» prestazioni di lavoro sono infatti repute «poco dignitose (*inhonestae, illiberales*), se non spregevoli (*sordidae*), non compatibili con lo *status* di cittadino romano nato libero, eseguite per ottenere una retribuzione (*merces*) e comportanti la *faciendi necessitatis*, cioè un vincolo assimilato a quello degli schiavi».

Ad esse veniva attribuita grande importanza e prestigio ritenendosi che avessero ad «oggetto un bene inestimabile, il *beneficium*»¹⁴. Se tali attività erano svolte gratuitamente, in ragione dei rapporti che legavano fra loro i cittadini romani, ciò non impediva tuttavia di ricevere un riconoscimento economico per l'attività svolta, il quale non era però considerato socialmente e non rappresentava giuridicamente un corrispettivo per l'attività prestata, ma l'*honorarium*, cioè la manifestazione della gratitudine e riconoscenza spontaneamente manifestate dal beneficiario¹⁵. Proprio per tale ragione, fino a tutta l'età repubblicana non era riconosciuta azione per ottenere il compenso, concessa solo in avanzata età imperiale¹⁶.

Della particolare considerazione riservata alle *operae liberales* non godevano, però, tutte le attività oggi comprese nelle professioni intellettuali ma solo quelle tradizionalmente riservate agli uomini liberi. Le attuali professioni intellettuali, dunque, erano assoggettate dal diritto romano ad un duplice regime: «costituiscono *operae liberales*, sfuggenti ad un inquadramento contrattuale, se per tradizione sono svolte da un cittadino romano nato libero e vengono prestate a titolo gratuito (attività giuridica e *mensura*); sono inquadrabili nel contratto di *locatio operis*, se vengono abitualmente svolte da schiavi o da liberti, con la pattuizione di un prezzo (medicina e architettura)»¹⁷.

Dall'esame delle varie opinioni sopra ricordate, pare emergere dunque che la distinzione concettuale fra le *operae liberales* ed altre attività lavorative

Anche PERULLI, *op. cit.*, 363, rileva peraltro che le *operae liberales* «venivano in origine prestate *beneficium loco*, per spirito di liberalità o per ritegno di assumere impegni contrattuali che potessero diminuire il prestigio sociale di chi le esercitava». Per quanto specificamente atteneva all'attività del giureconsulto, si rileva come questi dava il suo parere alle persone che glielo chiedevano per mera benevolenza, senza richiedere alcun corrispettivo e senza assumere alcun impegno in ordine allo svolgimento della sua attività. Sul punto, v. in particolare i contributi di ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 103 ss. e FIORELLI, *Avvocato (storia)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 646 ss.

¹⁴ Così MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 83 s. Sottolinea la rilevante considerazione di cui godevano tali opere anche PERULLI, *op. cit.*, 362 ss.

¹⁵ V. LEGA, *op. cit.*, 9; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 83 s.

¹⁶ V. LEGA, *op. cit.*, 8 e 9; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 84, il quale precisa che solo in «avanzata età imperiale viene concessa una *extraordinaria cognitio*, una giurisdizione speciale più libera rispetto a quella ordinaria del pretore, per consentire a professionisti e professori di diritto di ottenere un compenso per la loro prestazione».

¹⁷ V. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 85, il quale osserva che la medicina e l'architettura erano ritenute suscettibili di formare «oggetto di locazione d'opera, poiché esercitate da schiavi e liberti e non da uomini liberi, almeno nei primi tempi». L'Autore rileva tuttavia la tendenza, nel tempo, ad un progressivo avvicinamento dei due regimi (*ivi*, 86 s.).

non definibili allo stesso modo non trovi esatta corrispondenza con l'attuale distinzione fra opere intellettuali e opere manuali. Nel diritto romano la distinzione ed il differente trattamento giuridico si fonderebbe innanzitutto sulle qualità del soggetto che tradizionalmente svolgeva tali opere e sulla circostanze che le stesse siano prestate o meno dietro compenso; opere che secondo la concezione attuale sarebbero sicuramente di natura intellettuale, possono essere senz'altro oggetto di *locatio-conductio operis* o *operarum* ove svolte da un liberto o da uno schiavo a fronte di un compenso¹⁸.

Nel vigore del codice del 1865, nel quale non compare una specifica disciplina dedicata alle prestazioni intellettuali, permarrebbero le influenze dell'esperienza romanistica, seppure adattate al nuovo contesto culturale ed economico. La distinzione fra le *operae liberales*, riservate ai *cives* e svolte al di fuori da qualsiasi vincolo obbligatorio e senza corrispettivo, e le altre prestazioni lavorative di rango inferiore, svolte di regola dagli schiavi o da liberti al fine di ottenere una *merces*, «viene sostituita da quella (...) fra opere intellettuali, di natura superiore, e opere manuali, di natura inferiore»¹⁹. Parte della dottrina dell'epoca, rileva un Autore, continua così a sostenere che le prestazioni intellettuali, ed in particolare, la difesa in una causa e la cura della salute, non possano formare oggetto di contratto e che il professionista non possa dunque essere considerato obbligato ad eseguirle. Ove le esegua, tuttavia, ha comunque diritto ad un compenso, non definibile però quale corrispettivo, ma come onorario, inteso nei termini tradizionali sopra indicati²⁰.

2. Considerazioni di carattere sistematico: contratto d'opera intellettuale e contratto d'opera manuale tout court (intellettualità dell'opera e delle professioni); il rinvio alle disposizioni sul contratto d'opera manuale

Nonostante sia intitolato «Prestazione d'opera intellettuale», l'art. 2230 c.c. non si assume affatto il compito di offrire di essa una definizione, limi-

¹⁸ V., tuttavia, il passo del *De Officiis* (I, 151) di Cicerone, riportato *supra* nel testo e nella nt. 9, il quale, come già rilevato, parrebbe deporre in senso almeno in parte diverso.

¹⁹ V. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 87 s.

²⁰ V. MUSOLINO, *ivi*, 88 s., il quale rileva che sino all'avvento del codice del 1942 la giurisprudenza e parte della dottrina riconducevano la responsabilità professionale nell'ambito della responsabilità aquiliana. Di tale concezione, non contrattuale, delle prestazioni intellettuali vi sarebbe traccia anche nell'attuale disciplina, la quale, almeno formalmente, ad avviso dell'Autore parrebbe «porre l'accento più sull'attività in sé che sul suo essere oggetto di un contratto»: costituirebbero conferma dell'assunto gli artt. 2229, 2231, 2232, 2233, 2° co., 2236 c.c. (*ivi*, 89 ss.).

tandosi piuttosto ad individuare le fonti dalle quali attingerne la regolamentazione. Queste sono costituite, in primo luogo, da quelle contenute nel Capo II, dedicato appunto alle professioni intellettuali e, in seconda battuta, nei limiti della compatibilità con le predette previsioni e con la «natura del rapporto», dalle disposizioni del Capo I del Titolo III («Del lavoro autonomo») – nel quale lo stesso Capo II è contenuto –, fatte «salve le disposizioni delle leggi speciali», le quali, come già precisato, svolgono in materia un ruolo di primo piano. Il Capo I, peraltro, pur essendo intitolato «Disposizioni generali» e dedicato, apparentemente, al contratto d'opera *tout court*, si rivolge in realtà a quello così detto manuale. La scelta del legislatore, pertanto, stando al dato letterale, è chiaramente nel senso di considerare il contratto d'opera quale categoria al suo interno comprensiva tanto del contratto avente ad oggetto una prestazione d'opera manuale, quanto del contratto destinato a fornire una prestazione d'opera intellettuale. Analogamente, come emerge dalla sistematica del codice, il legislatore inquadra le professioni intellettuali nel più ampio *genus* del lavoro autonomo²¹.

Malgrado l'unità così presupposta nelle scelte sistematiche, e mantenuta sul piano della regolamentazione sostanziale – in una certa misura, considerata comune –, lo stesso legislatore ritiene tuttavia di identificare una linea di demarcazione fra i due tipi contrattuali in ragione della presenza o meno, nella prestazione erogata, di un forte momento intellettuale. L'intellettualità della prestazione d'opera, intesa nel senso già precisato, è evidentemente da collegare all'intellettualità della professione²². Ciò risulta sia dalla collocazione dell'art. 2229 c.c., intitolato ed interamente dedicato alle professioni intellettuali, in apertura del Capo II, sia dalla circostanza che il contratto d'opera in questione è regolato sotto il capo dedicato più genericamente alle professioni intellettuali, sia infine e soprattutto dall'esplicito richiamo, da parte dell'art. 2231 c.c. – cui spetta entrare nel merito della disciplina –, della distinzione tra professioni intellettuali il cui esercizio è condizionato

²¹ Sul primo profilo v., fra gli altri, LEGA, *op. cit.*, 495, secondo il quale «il contratto d'opera intellettuale si pone come sotto-tipo (o *species* rispetto al *genus*) del contratto d'opera in generale»; DE ANGELIS P., *Il contratto d'opera intellettuale*, in IBBA, LATELLA, PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ, *Le professioni intellettuali*, Parte I, Torino, 1987, 143 e 145; PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 351 s.; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale, Art. 2229-2238 c.c.*, cit., 99 ss.; sul secondo, si rinvia al commento all'art. 2229 c.c., § 1.

²² Sull'intellettualità della prestazione d'opera e delle professioni di cui all'art. 2229 c.c., e sui rapporti fra le medesime ed il contratto d'opera intellettuale v. il commento all'art. 2229 c.c., in particolare il § 2.

all'iscrizione in appositi albi o elenchi e professioni per le quali l'iscrizione non è invece richiesta.

Se l'intellettualità è ciò che accomuna la prestazione e la professione²³, la differenza parrebbe da cogliere nell'essere l'una, la prestazione, oggetto di una previsione contrattuale (e, più in generale, oggetto di un atto di regolazione specifica²⁴), mentre l'altra, la professione, parrebbe potersi e doversi identificare prima del contratto²⁵ (e indipendentemente da esso). La professione intellettuale rappresenta, in altri termini, un elemento, almeno concettualmente, autonomo rispetto alla prestazione contemplata in contratto, sia quando per il suo esercizio è richiesta l'iscrizione, sia quando essa non sia necessaria, e ben potrebbe svolgersi al di fuori del contratto, giacché non è affatto escluso che sussistano attività del professionista intellettuale che non siano prestazioni contrattuali (o negoziali; v. *infra*, § 3).

Al carattere dell'intellettualità viene rimesso dunque il compito di introdurre un elemento di discontinuità; questa è segnalata sia dalla configurazione di un apposito capo per le prestazioni intellettuali, sia dalla circostanza che le norme "generali" (del Capo I), pur richiamate, risultano applicabili, non solo in seconda battuta, ma anche nei limiti della loro compatibilità tanto con la specialità delle previsioni destinate alla prestazione d'opera intellettuale, quanto con la natura del relativo rapporto al quale, in ipotesi, dovrebbero essere applicate²⁶. Si tratta pertanto di verificare quali fra le «disposizioni generali» dettate nel Capo I siano effettivamente applicabili anche al contratto d'opera intellettuale. La questione è tutt'altro che semplice e richiede che si dia soluzione a taluni quesiti di rilevanza fondamentale. È quasi superfluo rilevare come la tradizionale identificazione e contrapposizione delle obbligazioni originate dal contratto d'opera manuale

²³ Definisce «la prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.), quale atto negoziale di esercizio delle "professioni" intellettuali (art. 2230 c.c.)», PERULLI, *op. cit.*, 352.

²⁴ È necessario infatti riferirsi ad una disciplina specifica – quella di fonte negoziale – per identificare il concetto di prestazione intellettuale, la quale assume tale significato, distinguendosi dalla generica attività, in quanto valutata alla luce delle previsioni negoziali. L'esistenza di un capo sulle professioni intellettuali è legata all'intento di assoggettare queste ultime ad apposita regolazione "generale", distinta come tale da quella contenuta in un contratto o in altro atto di autonomia negoziale o, in ipotesi, di natura amministrativa destinata alla prestazione di analoga natura.

²⁵ Qui si parla di una priorità logica e non necessariamente temporale, potendosi ipotizzare un contratto di prestazione d'opera intellettuale condizionato all'esercizio, da parte di chi eroga la prestazione, di una professione intellettuale.

²⁶ Sottolinea l'autonomia del contratto d'opera intellettuale e la scarsa permeabilità tra i due Capi del codice anche SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. Galgano*, L, Padova, 2010, 145.

e dal contratto d'opera intellettuale come di risultato, nel primo caso, e di soli mezzi, nel secondo, evidenzerebbe qualcosa di più di una discontinuità fra i due tipi, probabilmente denunciando una loro vera e propria incomunicabilità. Questa conclusione, oltre ad essere in contrasto col dato legislativo, che rimette invece la valutazione di compatibilità delle norme all'interprete e non la esclude in partenza, renderebbe altresì inutile una verifica puntuale come quella che si intende qui, seppure sommariamente, svolgere. Il superamento della dicotomia sopra richiamata (obbligazioni di risultato, obbligazioni di mezzi), ed ancor più l'approfondimento del concetto di obbligazione attraverso l'esame della nozione di prestazione e di interesse che ne costituiscono gli elementi indispensabili, consente piuttosto di riconoscere una simmetria tra le due categorie di rapporti e di contratti, mostrando probabilmente nuove potenzialità normative nelle disposizioni che li concernono e soprattutto nelle prescrizioni sul lavoro autonomo manuale.

Alla luce di quanto detto, non stupisce che la dottrina, da un rapido esame delle singole disposizioni, generalmente tragga la conclusione che il rinvio disposto dall'art. 2230 c.c. abbia un'operatività limitata²⁷. Di contro, tuttavia, neppure deve meravigliare che la nostra opinione sia più favorevole a riconoscere un maggior rilievo al rinvio menzionato e soprattutto solleciti l'interprete ad un'attenta riflessione per verificare non solo l'estendibilità diretta²⁸ delle singole norme alla figura tipologica di confronto, ma anche la possibilità di cogliere, attraverso la lettura combinata degli articoli contemplati nelle due sezioni, l'esistenza di una superiore e comune *ratio*, in grado di individuare prescrizioni di portata più ampia se non veri e propri principi, capaci di coprire in modo più adeguato le lacune.

È emblematico il caso dell'art. 2223 c.c., che si occupa dell'ipotesi in cui la materia sia fornita dall'artefice. La sua applicabilità appare ad uno

²⁷ V. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 137 ss., il quale considera il richiamo operato dall'art. 2230 c.c. «per molti aspetti, privo di efficacia e contenuto pratico»; RABITTI, *Il contratto d'opera intellettuale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, XVI, *I contratti di collaborazione* a cura di Sirena, Torino, 2011, 808; CAROCCIA, in MARINELLI, CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, II, in *Tratt. C.N.N.*, Napoli, 2013, 171 s.

²⁸ La formula con cui lo stesso legislatore ammette l'estensione di una norma nei limiti della compatibilità pare essere qualcosa di differente dalla semplice estensione diretta della medesima stabilita dal legislatore, come anche dall'estensione analogica. Della prima tecnica (applicazione diretta) difetta l'affermazione incondizionata di applicazione da parte del legislatore, della seconda (applicazione analogica) manca la totale rimessione della verifica di estendibilità al giudice. Sulla questione, cfr. anche Cass., S.U., 28.7.2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, 2006, 2, 781.

sguardo immediato esclusa in ragione del diverso oggetto che contraddistingue i due tipi contrattuali: nel contratto d'opera intellettuale, infatti, l'oggetto è costituito, per sua natura, da un'opera intellettuale, dunque da una prestazione che si traduce in risultati immateriali, che non potrebbe coinvolgere la materia²⁹; al contrario, l'oggetto del contratto d'opera manuale è costituito da un'opera materiale o un servizio, consistenti nell'ottenimento di un risultato materiale, che ha con la materia un rapporto inscindibile³⁰.

Se peraltro si correggono le premesse, la conclusione è tutt'altro che scontata. L'intellettualità si contrappone alla manualità non perché manchi un substrato materiale all'opera che pure si connota con la prima aggettivazione. Il rinvio alla materialità dell'una in contrapposizione all'altra è particolarmente equivoco e va evitato, giacché in entrambe le prestazioni l'opera richiede un substrato *lato sensu* materiale, che in molte ipotesi è del tutto identico a quello su cui si svolge un'opera manuale. Quel che differisce è piuttosto il peso delle competenze del prestatore d'opera nonché delle regole che egli è tenuto ad osservare nell'esecuzione della prestazione. Il sapere cui attingere è infatti ora manuale, attiene cioè a profili strettamente esecutivi e non particolarmente elaborati e complessi, ora invece intellettuale. All'applicazione di quest'ultimo corrisponde una trasformazione della realtà materiale anch'essa prettamente intellettuale. Il prestatore d'opera aggiunge qui alla materia un *plus valore* creativo ed ideale che discende direttamente dal sapere che egli applica, riproducendosi nell'esito finale la natura raffinata, elaborata e complessa di quel sapere. In ragione di ciò il contratto d'opera manuale è volto alla realizzazione di un interesse che dovrebbe essere soddisfatto dal contributo di un'attività manuale nel senso precisato, laddove quello d'opera intellettuale sarebbe volto a soddisfare un interesse cui è strumentale il momento intellettuale di essa secondo una valutazione che è legata anche a ragioni storiche e sociali abbastanza riconoscibili, sebbene non necessariamente definitive³¹.

²⁹ V. *infra*, §§ 8 ss.

³⁰ V. GIACOBBE G., *Lavoro autonomo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 429; SANTORO PASARELLI F., *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1976, 984; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 138 s., il quale osserva, fra l'altro: «con riguardo all'art. 2223 c.c., (...) sembra evidente l'impossibilità di estenderlo alle professioni intellettuali, ove, per definizione, non è presente una materia da elaborare».

³¹ Può pensarsi all'interesse al confezionamento di un abito, ed al differente interesse al confezionamento di un busto per la correzione di una scoliosi ossea.

Un'analisi più approfondita potrebbe così evidenziare come talvolta il substrato cui l'opera intellettuale si applica non è soltanto funzionale al risultato intellettuale ma è tutt'uno con esso; in altri casi ha l'esclusivo ruolo di un supporto del secondo. A titolo di esempio, può pensarsi nel primo caso alla realizzazione di una protesi ed all'intervento chirurgico per il suo impianto, nel secondo, alla prestazione di un parere giuridico (espresso in supporto cartaceo o in altro assimilabile) in vista dell'adeguata valutazione ed eventuale conclusione di un affare da parte del cliente.

L'art. 2223 c.c. affronta dunque un tema, quello legato alla fornitura della materia, che ben può sollevarsi anche rispetto alla prestazione d'opera intellettuale e non sembra che i principi possano essere differenti. Il professionista fornirà il più delle volte egli stesso la materia, ma potrà accadere che essa sia fornita dallo stesso cliente (può pensarsi all'intervento chirurgico che richiede di avvalersi del tessuto cutaneo o di altri parti del corpo del paziente), od ancora può trattarsi di materiale proveniente da altri (pensiamo ad un'operazione di trapianto di organi), senza che ciò snaturi la tipologia contrattuale. Quanto poi alla seconda parte della norma, che istituisce il criterio di distinzione del contratto d'opera manuale dal contratto di compravendita, essa pare enunciare un precetto che in termini simmetrici trova applicazione, *mutatis mutandis*, anche nel rapporto tra contratto di prestazione d'opera intellettuale e contratti di attribuzione dell'opera intellettuale, come quelli di editoria o di "vendita" di diritti di autore o di invenzione. In tali casi, infatti, come avremo modo di dire più oltre, occorrerà verificare se nel contratto assume una valenza prioritaria la regolamentazione della prestazione dell'attività intellettuale o piuttosto l'attribuzione del risultato intellettuale di essa³².

Più comune e diffuso è il riconoscimento dell'applicabilità al contratto che ci occupa dell'art. 2224 c.c. Ed invero, la disposizione citata può sicuramente operare laddove precisa che l'artefice deve procedere «all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte». Pare ugualmente utilizzabile laddove riconosce al committente un potere di controllo sull'operato del debitore. In concreto, tuttavia, potrà essere difficile che il cliente si avvalga di tale controllo sull'operato del professionista, sia perché di regola le condizioni di esecuzione dell'opera non sono espressamente stabilite nel contratto³³ (fra l'altro sovente stipulato in forma

³² Sul punto, v. *infra*, sempre § 8.

³³ Non va sottovalutato tuttavia il ruolo della buona fede, dalla quale potrebbe derivare a carico del professionista il precetto di rendere quanto più possibile edotto il cliente del

orale), sia in quanto generalmente il cliente non ha le necessarie competenze per valutare il rispetto delle regole dell'arte, salvi errori od omissioni eclatanti del professionista³⁴. Quanto all'eventuale possibilità di supplire al difetto di una norma corrispondente in tema di contratto d'opera intellettuale attraverso l'applicazione dell'art. 2237 c.c., che riconosce al cliente il diritto di recesso *ad nutum*, va comunque segnalata la profonda distanza delle fattispecie di riferimento³⁵. La prima, quella regolata dall'art. 2224 c.c., presuppone un inadempimento al quale corrisponde il riconoscimento di uno strumento di autotutela del committente, congegnato in modo speciale ma riconducibile all'istituto generale della diffida ad adempiere (*ex art. 1454 c.c.*); la seconda fattispecie, quella in cui opera invece l'art. 2237 c.c., non è integrata da alcuna circostanza, tanto meno da eventi imputabili alla controparte, cui spetti giustificare il recesso. Questo è rimesso ad una scelta libera del cliente che sopporta altresì, giustamente, le conseguenze economiche (rischio) derivanti dallo scioglimento del contratto³⁶.

percorso che egli intende osservare per soddisfarne l'interesse, anche allo scopo di consentire alla controparte una verifica più attenta e puntuale sull'esecuzione dell'incarico ed ancor prima al fine di consentirle di cooperare consapevolmente ed in modo efficace e mirato.

³⁴ Si esprime per l'applicabilità anche TORRENTE, *Del lavoro autonomo*, in *Comm. cod. civ.*, V, 2, *sub artt. 2222-2324 c.c.*, Torino, 1962, 31, almeno con riguardo alle ipotesi in cui il contratto non lasci al prestatore d'opera un conveniente margine di discrezionalità; cfr. anche LEGA, *op. cit.*, 496 ss., il quale ritiene tuttavia che l'art. 2224 c.c. sarebbe applicabile solo per alcuni profili, escludendo, in particolare, la facoltà del cliente di fissare un termine ed il diritto del medesimo al risarcimento dei danni. *Contra*, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 139.

³⁵ Sul punto, si rinvia al commento all'art. 2237 c.c. Un riferimento alla facoltà di recesso *ad nutum* contemplata dalla disposizione citata quale argomento dal quale potrebbe desumersi, in ipotesi, l'inapplicabilità al contratto d'opera intellettuale dell'art. 2224 c.c., si rinviene in LEGA, *op. cit.*, 497, il quale tuttavia osserva: «tale rimedio non consegue lo scopo che invece è possibile ottenere con l'art. 2224, cioè di costringere il debitore a conformarsi alle condizioni contrattuali e alle regole dell'arte». Senza voler per il momento prendere posizione sulla questione, va comunque sin d'ora segnalato che con riguardo all'analoga facoltà di recesso *ad nutum* riconosciuta nell'appalto al committente (art. 1671 c.c.), la giurisprudenza e parte della dottrina ritengono che l'esercizio di tale recesso non determinerebbe il venir meno del diritto del committente medesimo ad ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'eventuale inadempimento dell'appaltatore, né pregiudicherebbe il diritto del medesimo a chiedere, a norma dell'art. 1667, 2° co., c.c., i danni per vizi o difformità dell'opera, conclusione che, ove fosse corretta, parrebbe estensibile anche al recesso del cliente ai sensi dell'art. 2237 c.c.

³⁶ Sarebbe come, ci si passi l'esemplificazione, sovrapporre la figura della caparra confirmatoria alla figura della caparra penitenziale, che sono evidentemente ispirate a principi opposti. D'altra parte, che non sia corretto sovrapporre l'art. 2224 c.c. all'art. 2237 c.c., emerge dalla presenza, nello stesso capo sul lavoro manuale, accanto all'art. 2224 c.c., dell'art. 2227 c.c., costituente il *pendant*, salvo per alcune differenze relative alle conseguenze economiche, dell'art. 2237 c.c., dettato in tema di lavoro intellettuale.

Generalmente si esclude invece la possibilità di ricorrere agli artt. 2225 e 2227 c.c., argomentando che la determinazione del corrispettivo e del diritto di recesso unilaterale sono oggetto di specifica ed esaustiva regolazione nelle disposizioni dettate per il contratto d'opera intellettuale (v., rispettivamente, gli artt. 2233 e 2234 c.c. e l'art. 2237 c.c.)³⁷. Se l'opinione ricordata appare senz'altro condivisibile con riguardo alla disposizione che si occupa del recesso unilaterale nel contratto d'opera manuale, data l'esistenza di una specifica e differente disciplina dettata per il contratto d'opera intellettuale³⁸, a differenti conclusioni si può forse pervenire con riguardo all'art. 2225 c.c. È vero, infatti, che alla determinazione del compenso dovuto al professionista il legislatore dedica un'apposita regolamentazione; ciò non sembra escludere, tuttavia, che in caso di difficoltà il giudice possa ricorrere alle disposizioni dettate per il contratto d'opera manuale al fine di integrare i criteri previsti dall'art. 2233, 2° co., c.c. per la liquidazione giudiziale del compenso. In proposito, appaiono significativi, anche ai fini della liquidazione del compenso dovuto al professionista, i riferimenti, contemplati dall'art. 2225 c.c., «al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo», i quali possono aggiungersi per supportare ed integrare quelli previsti dall'art. 2233 c.c. Al lavoro svolto ed al risultato ottenuto, d'altronde, facevano sovente riferimento le abrogate tariffe professionali; attualmente vi fanno riferimento gli stessi parametri di liquidazione giudiziale del compenso dovuto ai professionisti³⁹. La peculiarità della prestazione d'opera intellettuale e del compenso, nonché dei criteri di determinazione di esso, dovrebbero comunque consigliare all'interprete un'estrema cautela in simile operazione. Il che comporterà che non possano assumere carattere prevalente o decisivo la valutazione quantitativa dell'attività svolta o l'applicazione di altri criteri di analogo contenuto propri dell'opera manuale, rispetto alla considerazione qualitativa ed ai principi consequenziali riferibile all'attività di prestazione d'opera intellettuale.

³⁷ Così LEGA, *op. cit.*, 498 s. e MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 139 ss., i quali, più in generale, svolgono una disamina per verificare quali delle norme dettate dal Capo I del Titolo III siano applicabili al contratto d'opera intellettuale.

³⁸ V., oltre MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 140 s., Cass., 4.3.2002, n. 3062, cit. e Cass., 11.6.1999, n. 5775, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1332. Le due norme possono tuttavia essere lette in continuità piuttosto che in contrapposizione, così che l'una potrebbe essere in grado di offrire chiarimenti all'interpretazione dell'altra.

³⁹ V., per es., l'art. 4, 2° e 3° co. (sul compenso spettante agli avvocati) dei parametri adottati con d.m. giustizia 20.7.2012, n. 140 (emanato ai sensi dell'art. 9, d.l. 24.1.2012, n. 1), convertito, con modificazioni, dalla l. 24.3.2012, n. 27, ed attualmente il d.m. 10.3.2014, n. 55.

È discusso, inoltre, se l'art. 2228 c.c., che disciplina l'impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione dell'opera, sia applicabile anche al contratto d'opera intellettuale⁴⁰. In senso contrario, si è osservato che mentre la disposizione citata – nel prevedere solo «un compenso per il lavoro prestato in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta» – sembra escludere il rimborso delle spese sostenute, l'art. 2231, 2° co., c.c., che disciplina un'ipotesi tipica di impossibilità sopravvenuta della prestazione d'opera intellettuale per causa non imputabile alle parti (la cancellazione del professionista dall'albo), attribuisce invece espressamente al professionista, oltre ad un compenso adeguato all'utilità del lavoro compiuto, anche il diritto al rimborso delle spese sostenute nell'esecuzione dell'incarico⁴¹. Come si vedrà anche in seguito nell'esaminare il tema delle ricadute degli eventi sopravvenuti sul regime dell'obbligazione professionale, il legislatore mostra di cercare un punto di equilibrio nella distribuzione delle conseguenze dello scioglimento del contratto e dell'estinzione dell'obbligazione, e nel farlo tiene conto di molte circostanze: dell'imputabilità degli accadimenti sopravvenuti, della loro incidenza diretta sull'una o sull'altra sfera giuridica (del debitore o del creditore), nonché di altre variabili ed in particolare dell'eventualità che lo scioglimento sia l'esito dell'esercizio di un recesso quale *ius poenitendi* o quale risposta a fatti imputabili soggettivamente o anche solo oggettivamente alla controparte. L'orientamento che ci pare pertanto da caldeggiare è quello di una lettura il più possibile coordinata di tutte le disposizioni sull'argomento, appartengano all'ambito del lavoro manuale (comprendendo in quest'area anche l'appalto) o piuttosto intellettuale e ciò al fine di risolvere adeguatamente i singoli casi concreti. In linea con il metodo proposto, per esempio, la regola dettata dall'art. 2231, 2° co., c.c. dovrebbe ritenersi applicabile in via analogica a tutti i casi nei quali la prestazione d'opera intellettuale divenga impossibile per una causa non imputabile alle parti, verificatasi tuttavia nella sfera del professionista (come appunto la cancellazione del medesimo dall'albo)⁴².

⁴⁰ Escludono l'applicabilità dell'art. 2228 c.c. SANTORO PASSARELLI F., *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1968, 25 e MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 141; la ammettono invece LEGA, *op. cit.*, 499 s. e GIACOBBE G., *III) Professioni intellettuali*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1081.

⁴¹ Così MUSOLINO, *op. loc. ult. cit.*

⁴² In senso parzialmente diverso, v. tuttavia SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, 27 e PERULLI, *op. cit.*, 713, secondo i quali la questione dell'applicabilità dell'art. 2228 c.c. al contratto d'opera intellettuale sarebbe superata dal fatto che l'art. 2231, 2° co., c.c., che disciplina un'ipotesi di impossibilità giuridica della prestazione d'opera intellettuale, dovrebbe ritenersi applicabile analogicamente a tutti gli altri casi di impossibilità sopravvenuta della medesima prestazione.

Resta da esaminare la possibilità di fare ricorso, rispetto al contratto di prestazione d'opera intellettuale, all'art. 2226 c.c. nonché all'art. 1669 c.c. Quest'ultima norma, ancorché dettata in tema di appalto, viene in considerazione perché coinvolta dal rinvio contenuto nell'art. 2222 c.c., che fa salva l'applicazione della disciplina del Libro IV al rapporto di lavoro manuale che ivi abbia una disciplina particolare. La questione dell'estensibilità al contratto d'opera intellettuale dell'art. 2226 c.c. – frequentemente sollevata davanti alle nostre corti con riguardo alle fattispecie nelle quali tale tipo negoziale risultava collegato ad un contratto di appalto, al fine di definire la disciplina applicabile alla responsabilità del progettista e del direttore dei lavori – ha rappresentato il terreno sul quale è avvenuta la svolta⁴³ a favore del superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato quale criterio esegetico per connotare e distinguere sul piano del regime giuridico la prestazione intellettuale da quella manuale. Aspetto non marginale è che il superamento della dicotomia è avvenuto non per ammettere l'estensione al contratto di prestazione intellettuale del precetto in discorso, ma per individuare di tale esclusione, tenuta comunque ferma, un fondamento più adeguato e convincente. Si è precisamente affermato che la natura intellettuale della prestazione non consente l'applicazione di termini brevi di decadenza e di prescrizione. Le previsioni temporali paiono infatti, assai più di quanto può dirsi ragionando sull'estensibilità dell'art. 2224 c.c., collegarsi strettamente con la materialità della prestazione. Comprimo, secondo ragionevolezza, la possibilità del committente di contestare i difetti del lavoro (manuale) compiuto, sul presupposto che tali difetti possano emergere visibilmente o sul piano funzionale in tempi rapidi così da essere conosciuti dalla controparte. Non altrettanto può affermarsi, almeno in linea di massima, per la prestazione intellettuale, ancorché connessa con la realizzazione di un'opera materiale, come accade nel caso della prestazione del progettista o del direttore dei lavori.

La soluzione può sembrare, è vero, nonostante tutto, opinabile. Accogliendola, tuttavia, non si corre certamente il rischio di assicurare al pro-

⁴³ Cfr. Cass., S.U., 28.7.2005, n. 15781, cit., in *Europa dir. priv.*, 2006, 2, 781, con nota di NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato*. Più di recente l'orientamento è ribadito da Cass., 18.5.2011, n. 10920, in *Guida dir.*, 2011, 32, 77 (s.m.). Sulla questione v. anche *infra*, §§ 9 ss. e § 17. Per un *escursus* sull'evoluzione giurisprudenziale circa l'applicabilità dell'art. 2226 c.c. al contratto d'opera intellettuale, v. MARINELLI, CAROCCIA, *op. cit.*, 173 ss.

fessionista, come spesso si lamenta, una posizione di privilegio, giacché il trattamento a lui riservato appare in tal caso più rigoroso di quello previsto per l'appaltatore.

Quanto all'art. 1669 c.c., la Cassazione ha avuto anche recentemente modo di ribadire la sua applicabilità anche al professionista intellettuale (progettista)⁴⁴. Si tratta di verificare quanto tale conclusione sia coerente con l'orientamento giurisprudenziale accolto ed appena ricordato in ordine all'inapplicabilità dell'art. 2226 c.c. La posizione ora in esame si inserisce come la precedente nella direzione del superamento della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Quanto ai profili che attengono ai tempi per far valere la protezione, anche l'art. 1669 c.c. contempla termini di denuncia e di prescrizione. Esso tuttavia si discosta dalla disposizione sopra citata (art. 2226 c.c.) sotto vari aspetti: 1) perché la tutela in esso predisposta scatta in ragione di eventi eclatanti derivanti dall'esistenza del difetto (come accade in caso di crollo dell'edificio), o in presenza di circostanze che lo manifestano chiaramente (evidente pericolo di rovina o gravi difetti; 2) perché presuppone un lungo tempo per il palesarsi del vizio, tempo corrispondente al termine ordinario di prescrizione, decorrente dal compimento dell'opera⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. Cass., 21.5.2012, n. 8016, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 5, 648. Sull'argomento cfr. MUSOLINO, *op. ult cit.*, 152 s., che esclude l'applicabilità dell'art. 1669 c.c. al contratto d'opera professionale. A favore di tale conclusione deporrebbero secondo lo studioso tanto la scelta dei codificatori del 1942 di omettere nell'art. 1669 c.c. il riferimento, contenuto invece nella norma corrispondente (art. 1639) del codice civile del 1865, accanto all'appaltatore, dell'architetto quale soggetto responsabile, quanto la scelta di definire un apposito tipo contrattuale per la disciplina della prestazione d'opera intellettuale. Gli argomenti addotti, tuttavia, non paiono di per sé decisivi. Il primo infatti potrebbe essere il segnale di come il legislatore abbia inteso rimettere all'interpretazione della norma il compito di definirne l'ambito di applicazione, rinunciando a chiamare espressamente a rispondere oltre all'appaltatore alcuni soggetti con il rischio di escluderne altri cui, secondo *ratio*, la norma (e la responsabilità) andrebbe invece riferita. Il secondo invece è quanto meno reso dubbio dalla previsione di cui all'art. 2230, 1° co., c.c. che rinvia al capo sul lavoro autonomo manuale per regolare quello intellettuale.

⁴⁵ Più dubbio appare invece, anche alla luce di quanto si dirà sulla responsabilità per inadempimento nei paragrafi successivi, che la disposizione citata configuri una vera e propria responsabilità extracontrattuale. Non appare sufficiente a tal fine che per legge sia estesa a favore dei terzi aventi causa. Essa è infatti una responsabilità per difetti nell'esecuzione della prestazione, responsabilità che è tipicamente di natura contrattuale, laddove la responsabilità extracontrattuale è responsabilità per violazione di regole e non di obblighi di prestazione. Sul punto v. comunque *infra*. La tesi della natura contrattuale della responsabilità *ex art.* 1669 c.c. è accolta da MUSOLINO, *op. ult cit.*, 152 s., che ritiene tale opinione prevalente in dottrina.

3. Fonti dell'obbligazione di prestare un'opera intellettuale: contratto d'opera intellettuale; contratto di lavoro subordinato; fonti non contrattuali

Se generalmente l'obbligazione avente ad oggetto un'opera intellettuale trova la sua fonte nel contratto omonimo, così denominato proprio in ragione dell'obbligazione tipica che lo caratterizza, essa può derivare anche da un contratto di lavoro subordinato; in taluni casi, inoltre, la fonte di tale obbligazione non è contrattuale, ma legale⁴⁶. Con riguardo alla prima eventualità, è pacifico infatti che prestazioni intellettuali possano essere rese anche nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato⁴⁷, possibilità contemplata dallo stesso art. 2094 c.c. e data peraltro per implicita anche dall'art. 2, 3° co., d.lg. 2.2.2006, n. 30⁴⁸. Come è stato rilevato, la discrezionalità insita nell'attività intellettuale non è incompatibile, in linea di principio, con «il vincolo della subordinazione, la quale va intesa in senso funzionale, come necessaria conseguenza dell'inserimento del prestatore nell'organizzazione imprenditoriale»⁴⁹, anche se è evidente che in tal caso la subordinazione assumerà caratteri peculiari, riconducibili proprio alla natura (intellettuale) della

⁴⁶ V. SANTORO PASSARELLI F., *Professioni intellettuali*, cit., 23; nello stesso senso, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 21 ss. e 91.

⁴⁷ In merito alla possibilità che «il *facere* intellettuale dedotto in obbligazione, al pari di quello manuale,» possa «indifferentemente appartenere all'area dell'autonomia così come a quella della subordinazione», v. anche l'approfondita analisi, anche in dimensione storica e sociologica, di PERULLI, *op. cit.*, 402 ss. e 172 ss. Sulla questione v. inoltre CAROCCIA, *op. cit.*, 166 ss. Cfr. anche Cass., 10.5.2003, n. 7171, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 5, la quale afferma che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento. Peraltro, vi sono alcune professioni intellettuali, come quella del giornalista, che vengono generalmente svolte nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato. In alcuni casi, tuttavia, per esempio per l'attività notarile, vigono specifici divieti e conseguenti incompatibilità: per ulteriori indicazioni su tali limiti v. *infra*, § 6.

⁴⁸ Si tratta del più volte citato d.l. sulla «Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'art. 1 della l. 5 giugno 2003, n. 131»: per ulteriori indicazioni, v. il commento all'art. 2229 c.c., spec. §§ 3-5.

⁴⁹ In tal senso, SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, 23. In senso analogo, con riferimento al rapporto di lavoro subordinato in genere, cfr. GIACOBBE G., GIACOBBE D., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 2222-2228 c.c., Milano, 1995, 40 ss.; MARCHETTO, PRADI, *Professioni intellettuali*, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1997, 362, i quali, accogliendo il principio affermato dalla Suprema Corte, precisano che la subordinazione «discende, essenzialmente, dall'inserzione organica e funzionale del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa». In giurisprudenza v., fra le tante, Cass., 25.5.2004, n. 10043, in *Dir. e giustizia*, 2004, 12, 101; Cass., 7.2.1991, n. 1257, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 2; Cass., S.U., 11.2.1987, n. 1463 (v. la motivazione), in *Foro it.*, 1987, I, 1047.

prestazione lavorativa, dei quali non si potrà non tenere conto nello svolgimento del rapporto e nella definizione dei ruoli delle parti del contratto, mantenendo in particolare il dipendente una certa autonomia, indipendenza e discrezionalità nello svolgimento dell'attività affidatigli, connaturate alla natura stessa della prestazione e previste anche dalla normativa professionale⁵⁰. Non a caso, infatti, nei principi fondamentali in tema di professioni si precisa che: «L'esercizio dell'attività professionale in forma di lavoro dipendente si svolge secondo specifiche disposizione normative che assicurino l'autonomia del professionista» (art. 3, 2° co., d.lg. n. 30/2006). L'esigenza di salvaguardare in termini generali la libertà, l'autonomia e l'indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico, del professionista trova ulteriori conferma a livello normativo nell'art. 1, 2° co., d.p.r. 7.8.2012, n. 137. Di tali peculiarità dovrà ovviamente tenersi conto anche nell'individuazione degli indici da utilizzare per stabilire la natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro⁵¹.

È discusso, inoltre, se la natura intellettuale della prestazione rilevi sotto ulteriori profili nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, in particolare con riguardo all'applicabilità dell'art. 2231 c.c., esclusa dall'opinione maggioritaria, piuttosto che dell'art. 2126 c.c.⁵², alla prestazione eseguita da

⁵⁰ V. ANASTASI, *Professioni. IV) Lavoro subordinato*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, 4 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, in *Dir. famiglia*, 1973, 803, ad avviso del quale la prestazione d'opera intellettuale trascende, per alcuni profili, la contrapposizione fra lavoro autonomo e subordinato, poiché «anche se svolta in condizioni di dipendenza, conserva taluni indeclinabili caratteri ed elementi di libertà»; MARCHETTO, PRADI, *op. cit.*, 362 s.; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 22, il quale precisa che «si tratta di una subordinazione gerarchica, ma, in genere, non tecnica»; CAROCCIA, *op. cit.*, 167 ss, spec. nt. 384. Sulla subordinazione, v. Cass., 25.5.2004, n. 10043, cit., secondo la quale il vincolo della subordinazione, «che consiste per il lavoratore in uno stato di assoggettamento gerarchico, e per il datore di lavoro nel potere di direzione con il conseguenziale inserimento nell'organizzazione nella sua impresa del lavoratore, deve essere concretamente valutato con riguardo alla specificità dell'incarico affidato al lavoratore ed al modo della sua attuazione». In relazione al rapporto di lavoro degli avvocati dell'ufficio legale di un ente pubblico, cfr. Cass., S.U., 19.10.1990, n. 10178, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 10; Cass., S.U., 24.4.1990, n. 3455, in *Foro it.*, 1990, I, 1493 ed in *Giust. civ.*, 1990, I, 1455.

⁵¹ Sulla questione, v. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 21 s., ntt. 18 s. e PERULLI, *op. cit.*, 402 ss., ntt. 186 e 200, ai quali si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. In ordine alla qualificazione dell'attività resa dal professionista nell'ambito di una più ampia organizzazione come lavoro autonomo o lavoro subordinato, v. Cass., 14.2.2011, n. 3594, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 2, 241, la quale fa riferimento al criterio dell'intensità della etero-organizzazione della prestazione; Cass., 22.11.2010, n. 23638, *ivi*, 2010, 11, 1494; Cass., 19.4.2010, n. 9252. Per indicazioni relative alla giurisprudenza più risalente, v. DE ANGELIS P., *op. cit.*, 143 ss.

⁵² Sul problema, v. il commento all'art. 2231 c.c., § 4.1; CAROCCIA, *op. cit.*, 169 e 188 s.

soggetto non iscritto all'albo, ed in relazione alla validità dei patti, generalmente ammessa, che determinano il compenso spettante al dipendente in misura fissa ed indipendente dai parametri stabiliti dal relativo tariffario⁵³, ciò, ovviamente, precedentemente all'abrogazione delle tariffe professionali ad opera dell'art. 9 – rubricato «Disposizioni sulle professioni regolamentate» –, 1° co., d.l. 24.1.2012, n. 1⁵⁴.

Fra le ipotesi di obbligazioni di prestare un'attività intellettuale non derivanti da contratto può menzionarsi invece il caso dei sanitari che, «in circostanze caratterizzate il più delle volte dalla necessità e dall'urgenza», sono talvolta obbligati per legge a prestare la loro assistenza a prescindere dal conferimento dell'incarico da parte del beneficiario⁵⁵, il quale potrebbe peraltro vedersi anche impossibilitato ad esprimere il consenso alle cure proprio in ragione delle condizioni di salute nelle quali versa. Analogamente, può accadere che l'incarico venga conferito non dall'interessato, «ma dall'autorità, in vista del perseguimento di un interesse pubblico», come accade nel caso della nomina dei difensori d'ufficio, del c.t.u. e, più in generale, degli altri ausiliari del giudice⁵⁶.

⁵³ Su tali questioni v. PERULLI, *op. cit.*, 406 ss. La liberalizzazione del sistema di determinazione del compenso professionale esclude che abbia ancora ragione di porsi un dubbio in tal senso.

⁵⁴ Si tratta del d.l. ribattezzato «decreto crescItalia» o «decreto liberalizzazioni», convertito, con modificazioni, in l. 24.3.2012, n. 27. Per ulteriori ragguagli su tali questioni, si rinvia ai commenti agli artt. 2231 e 2233 c.c.

⁵⁵ V. SANTORO PASSARELLI F., *Professioni intellettuali*, cit., 23; GIACOBBE G., *III) Professioni intellettuali*, cit., 1076, il quale fa riferimento ai «problemi che la indicata situazione comporta in relazione alla necessità, o meno, ovvero alla rilevanza del consenso»; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 91; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 42, che inquadra tali ipotesi nella *negotiorum gestio*. La questione, tuttavia, meriterebbe di essere ulteriormente approfondita, considerato che la fattispecie prevista dall'art. 2028 c.c. richiede che la gestione dell'affare altrui sia scientemente assunta da un soggetto che non sia già obbligato a farlo, mentre nel caso in esame il sanitario è obbligato per legge ad intervenire. Pur trattandosi di obblighi di diversa natura, sia per la fonte, sia per il contenuto, dovrebbe verificarsi se il secondo obbligo legale operante nei casi in esame possa precludere l'operatività dell'art. 2028 c.c. In caso contrario, dovrebbe concludersi che i due obblighi coesistono, seppur operando su piani diversi.

⁵⁶ Cfr. ancora SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, 23; GIACOBBE G., *op. ult. cit.*, 1076 s., il quale accenna anche alle problematiche legate a tali fattispecie, in particolare per quanto attiene alle limitazioni all'esercizio dell'autonomia negoziale; CATTANEO, *op. cit.*, 44, il quale precisa peraltro che «mentre il consulente di parte è obbligato contrattualmente, come il difensore, verso il cliente», il c.t.u. (analogamente agli altri ausiliari del giudice), «è vincolato da un obbligo di carattere solamente pubblico», di guisa che l'eventuale responsabilità nei confronti delle parti ha natura extracontrattuale.

4. Nozione e causa; prestazioni accessorie ed aggiuntive. Effetti

Il contratto d'opera intellettuale, del quale non si occupava il codice del 1865, rappresenta un'assoluta novità introdotta dal codice civile vigente⁵⁷. Il legislatore delinea la figura in ragione dell'intellettualità della prestazione di *facere*, svolta senza vincoli di subordinazione (e, dunque, da un libero professionista, configurandosi, in caso contrario, la diversa figura del contratto di lavoro subordinato)⁵⁸, intellettualità che caratterizza – oltre le professioni alle quali si riferisce l'art. 2229 c.c. – il contratto in esame rispetto a quello d'opera manuale e, più in generale, agli altri contratti aventi ad oggetto un'opera o un servizio (un *facere*) resi in regime di autonomia, riconducibili storicamente all'area della *locatio operis*.

Si tratta di un contratto consensuale ad effetti obbligatori (in taluni casi, tuttavia, è in grado di produrre anche effetti traslativi: v. *infra*), naturalmente oneroso e sinallagmatico, obbligandosi il professionista ad eseguire la prestazione d'opera intellettuale ed il cliente a corrispondere (come emerge dal tenore dell'art. 2233 c.c.)⁵⁹, di regola e fatta eccezione per i casi in cui sia convenuta la gratuità della prestazione intellettuale, il compenso⁶⁰. In tale ultima ipotesi, la causa⁶¹ assume la connotazione propria dei contratti di scambio che, nel caso in questione, intercorrerà specificatamente fra prestazione d'opera intellettuale e compenso del cliente. La conclusione, pur essendo corretta, ha tuttavia un valore soprattutto classificatorio e non propriamente esplicativo del profilo funzionale del contratto in esame. La centralità che in esso riveste la prestazione d'opera intellettuale deve indurre infatti ad assegnarle un ruolo altrettanto decisivo nel coglierne il momento funzionale. D'altronde, lo scambio non rappresenta un assetto di interessi essenziale al tipo, come emerge dalla possibilità, oggi attestata anche da

⁵⁷ V. SALOMONE, *op. cit.*, 1 ss.; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 77, 87, 100; PERULLI, *op. cit.*, spec. 6 ss. e 351 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 2222-2246 c.c., Bologna-Roma, 1969, 191.

⁵⁸ V. PERULLI, *op. cit.*, 405 s.; DE ANGELIS P., *op. cit.*, 143.

⁵⁹ V. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 90 s.

⁶⁰ Sulla qualificazione del contratto d'opera intellettuale come naturalmente oneroso, sulla possibilità di pattuire la gratuità e sulle questioni legate a tali pattuizioni, si rinvia al commento all'art. 2233 c.c.

⁶¹ Sulla causa, limitandoci ad alcuni fra i contributi più recenti, v. per tutti NAVARRETTA, in questo *Commentario*, sub artt. 1343-1345 c.c., 573 ss.; EAD., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012; SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, 83 ss.; SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 100 ss., ai quali si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

taluni dati normativi (cfr. art. 13, 1° co., l. 31.12.2012, n. 247, relativamente alla prestazione dell'avvocato), che la figura non sia snaturata laddove ricorra la sua variante gratuita.

Deve dunque concludersi che la causa risieda proprio nell'erogazione del *facere* in vista della soluzione dei problemi sollevati dal cliente (argomentando *ex art.* 2236 c.c.), anche in considerazione dell'indubbia utilità sociale che tale attività presenta, confermata dagli stessi precetti costituzionali (v., tra l'altro, gli artt. 2, seconda parte, e 4, 2° co., cost.) e dalla stretta relazione tra tale prestazione e la realizzazione dei valori essenziali della persona ovvero delle sue condizioni fondamentali di vita (basti citare gli artt. 2, 9, 24, 32 cost.). Ciò non è straordinario, poiché il legislatore, soprattutto, seppure non in via esclusiva, alle prestazioni di fare attribuisce l'idoneità a sostenere in modo autosufficiente il contratto: così accade nel mandato, considerato solo naturalmente oneroso, in qualche misura nel trasporto, nonché nel deposito che è addirittura configurato come naturalmente gratuito ecc. Il dato non può essere trascurato dall'interprete. Rispetto al fare non si pone un problema analogo a quello ricorrente rispetto alle "prestazioni isolate" di dare. Le prime, a differenza delle seconde sono in grado di sorreggere l'operazione economica a prescindere da un corrispettivo o da una causa *obligandi* esterna alla quale appoggiarsi. Questo significa altresì che la versione gratuita del contratto che le contempla non può essere confusa con una donazione, e neppure costituire una liberalità indiretta.

Questione più complessa è se nelle ipotesi in cui sia convenuto l'impegno a fornire la sola prestazione intellettuale allo scopo di arricchire la controparte per spirito di liberalità, possa configurarsi comunque una donazione. La soluzione richiederebbe un approfondimento dei rapporti tra prestazioni di fare e donazione, tema assai dibattuto in dottrina, che non può essere svolto in questa sede. Ci si limita a rilevare che quest'ultima si ritiene definita non solo in positivo dalle norme destinate alla medesima ma anche in negativo da quelle volte a delineare tipi contrattuali differenti, siano essi considerati essenzialmente o eventualmente gratuiti⁶². Altro quesito è poi

⁶² Per una compiuta trattazione del tema cfr. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 12 ss., 170. Secondo LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 144, in forza del principio enunciato nel testo, dovrebbe considerarsi donazione il contratto in cui la prestazione d'opera manuale sia fornita gratuitamente, posto che il contratto d'opera manuale è ritenuto dal legislatore come essenzialmente oneroso. Più articolata è la posizione sostenuta da CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 50, *ivi* ampie citazioni bibliografiche. Per l'Autrice un contratto di cui il legislatore con-

se si debba o si possa ravvisare il fondamento dell'impegno a svolgere una simile prestazione "anche" nelle differenti ragioni economiche mediate che sono state in concreto prese in considerazione dalle parti e che abbiano indotto il professionista ad eseguire gratuitamente la prestazione⁶³. In proposito, sembra da ammettere che la prestazione intellettuale possa essere resa dal professionista in vista di interessi economici ulteriori e differenti dal compenso. L'ipotesi potrà ricorrere tanto laddove la prestazione d'opera intellettuale sia erogata in forma gratuita, quanto laddove sia erogata dietro corrispettivo. Si tratterà di casi in cui la causa in concreto del contratto di prestazione d'opera intellettuale risulterà arricchita ma non snaturata.

In giurisprudenza ed in dottrina si afferma d'altronde generalmente che l'onerosità costituisce un elemento naturale e non essenziale del contratto d'opera intellettuale. Si dà dunque per presupposto che il tipo contrattuale sia in questo caso identificato in ragione della natura della prestazione, mentre alcun rilievo rivestirebbe a tal fine l'onerosità o gratuità del negozio⁶⁴. Sulla base di tale assunto, l'eventuale pattuizione di gratuità non dovrebbe dunque snaturare il tipo negoziale⁶⁵. A tali conclusioni si perviene, presumibilmente, anche argomentando implicitamente sulla base dell'art. 2230 c.c., il quale delinea la figura contrattuale in esame con riferimento alla prestazione d'opera intellettuale che forma oggetto del contratto, mentre non fa cenno alla controprestazione. L'argomento normativo ricordato non sembra sconfessato ove si consideri, da un lato, che al compenso sono dedicate sva-

templi anche la versione gratuita non è donazione per ragioni più importanti, che non si riducono cioè ad una semplice scelta definitoria. Peraltro gratuità e liberalità si porrebbero su piani differenti così che simili contratti tipici essenzialmente o eventualmente gratuiti, pur non integrando una donazione potrebbero assumere la fisionomia di atti liberali qualora presentassero i caratteri propri della liberalità, «ossia la mancanza di coazione o spontaneità ed il disinteresse, oltre un certo tipo di arricchimento (anche se non quello necessario ad aversi donazione tipica)» (*ivi*, 60 s.).

⁶³ V. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 275; in senso contrario, v. PERULLI, *op. cit.*, 640, il quale aderisce alla tesi secondo la quale la gratuità della prestazione dovrebbe fondarsi su «uno specifico elemento causale di liberalità per motivi (...) esclusivamente etico-sociali, e non di convenienza economica mediata».

⁶⁴ Come è noto, infatti, il legislatore individua i tipi contrattuali sulla base di vari criteri ed elementi ritenuti tali da giustificare un trattamento differenziato della fattispecie negoziale. Sull'individuazione dei tipi contrattuali, v. DE NOVA, *Il tipo*, Padova, 1974; cfr. altresì ALPA, *La causa*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2ª ed., Milano, 2006, 541, ed *Id.*, *Il tipo*, *ivi*, 574 ss.

⁶⁵ Per indicazioni bibliografiche ed ulteriori ragguagli si rinvia al commento all'art. 2230 c.c. In taluni casi, tuttavia, l'affermazione di principio viene nei fatti superata dalle considerazioni in ordine alla qualificazione del contratto avente ad oggetto una prestazione intellettuale resa per spirito di liberalità: v., per esempio, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 277 ss.

riate altre disposizione del Capo II, e dall'altro che, come già ricordato, lo stesso legislatore regola il contratto d'opera quale categoria al suo interno comprensiva tanto del contratto avente ad oggetto una prestazione manuale, senz'altro tipizzato come oneroso, quanto di quello destinato ad offrire una prestazione intellettuale, al quale sono espressamente dichiarate applicabili, seppur in quanto compatibili, quelle dedicate al primo (in tal senso dispone infatti lo stesso art. 2230 c.c.). La disciplina apposita sul "corrispettivo" del contratto in esame, la sua stessa denominazione come compenso, sembrano infatti i profili che, più di altri ingiustificatamente enfatizzati, valgono a contrassegnare il contratto in esame ed a differenziarlo dal contratto d'opera manuale. Investigando la peculiare natura del compenso possono invero trarsi maggiori elementi di comprensione della figura di quanto non accada mantenendo fede alla tradizionale prospettiva che coglie la distinzione tra i due tipi contrattuali menzionati supponendo una differenza di contenuto nelle obbligazioni corrispondenti: l'una di risultato, propria del contratto d'opera manuale, l'altra di mezzi, propria del contratto d'opera intellettuale.

In presenza di prestazione gratuita, esclusa l'applicazione delle norme sulla donazione diretta, si porrà il problema di stabilire se si possa applicare il principio ricorrente nei contratti gratuiti (v. art. 1710, 1° co., c.c., in tema di mandato, ove si trova espressa la formula di seguito ricordata o, implicitamente, l'art. 1812 c.c.), oltre che nella donazione (v. art. 789 c.c.)⁶⁶, in base al quale la responsabilità va valutata con minor rigore. Resta da chiedersi, tuttavia, se la gratuità possa giustificare un'attenuazione del regime di responsabilità considerato che nelle professioni liberali, almeno in quelle tradizionali, pensando alle quali il legislatore pare aver disegnato il regime giuridico destinato all'intera categoria, risultano coinvolti valori fondamentali della persona del cliente, come, per esempio, il diritto alla vita ed alla salute, nel caso dell'attività medica ma anche del progetto costruttivo di un'abitazione da parte dell'ingegnere, e quello alla libertà personale, nel caso dell'avvocato.

Può accadere che all'obbligazione principale avente ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale vera e propria si affianchino obbligazioni accessorie, sia socialmente "tipiche" rispetto alla professione o alla speci-

⁶⁶ In tal senso, in particolare, v. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 279, il quale prende in considerazione anche la possibilità di ricostruire la fattispecie negoziale come un contratto atipico a titolo gratuito, conclusione che presuppone necessariamente, tuttavia, che l'onerosità rappresenti, contrariamente a quanto generalmente si afferma, carattere essenziale, anziché elemento solo naturale, del tipo contrattuale in esame.

fica attività intellettuale svolta, e dunque di regola incluse nell'oggetto del contratto d'opera intellettuale senza necessità di specifiche pattuizioni, sia ulteriori rispetto a quelle normalmente gravanti sul professionista, ma dovute in quanto oggetto di una pattuizione specifica. Per quanto attiene alla prima categoria, si pensi alle tipiche attività di cancelleria e presso gli uffici svolte dall'avvocato nell'ambito dell'esercizio della professione forense; quali esempi della seconda specie, si può fare riferimento ad un mandato sostanziale, con rappresentanza o meno, conferito al professionista, a stipulare un determinato contratto, a riscuotere pagamenti o pretendere la consegna di cose, con conseguente obbligazione di custodia, ed a rilasciare la relativa quietanza; o, ancora, all'incarico di effettuare pagamenti, inserito nell'ambito di un incarico professionale più ampio; oppure, ad un contratto di deposito, come nel caso dell'avvocato che riceva dal cliente denaro o assegni da restituire al medesimo, sempre nell'ambito di un mandato professionale conferitogli⁶⁷.

Tali eventuali obbligazioni e prestazioni accessorie o aggiuntive non dovrebbero snaturare, in linea di principio, la causa del contratto d'opera intellettuale, salvo, con riguardo alla seconda classe di ipotesi, la possibilità di configurare due distinti contratti, eventualmente fra loro collegati, o un contratto misto, con le relative conseguenze in termini di disciplina applicabile⁶⁸.

Nonostante l'effetto tipico del contratto in esame sia costituito dal sorgere delle obbligazioni di eseguire la prestazione d'opera intellettuale e di corrispondere il compenso, talvolta esso può produrre, analogamente a quanto accade nell'appalto ed in altre figure riconducibili alla *locatio operis*, anche effetti traslativi. Ci si riferisce, in proposito, al trasferimento del diritto di proprietà sugli eventuali documenti nei quali si può concretizzare

⁶⁷ Sulla fattispecie, i cui contorni sono meglio delineati nella nota successiva, in cui al mandato professionale si affianchi un contratto di deposito v. Cass., 9.9.2008, n. 22658, in *Guida dir.*, 2008, n. 39, 44, con nota di SACCHETTINI, *La detenzione del denaro è funzionale all'incarico*; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 98, nt. 31.

⁶⁸ In relazione a tale problema con riguardo all'ipotesi in cui alla prestazione d'opera intellettuale si affianchino una o più prestazione gestorie, v. *infra*, ove si esaminano i rapporti fra contratto d'opera intellettuale e mandato. Con riguardo al caso di un avvocato il quale aveva riscosso in nome e per conto di tutti gli eredi delle somme giacenti presso degli istituti bancari, subendo poi il furto della borsa contenente le medesime nel tragitto in auto dalla banca al suo studio, la giurisprudenza di merito (v. A. Torino, 9.4.2003), con sentenza dichiarata immune da vizio da motivazione in sede di legittimità (v. Cass., 9.9.2008, n. 22658, cit.), ha inquadrato la prestazione di custodia in un contratto di deposito, qualificato come oneroso dalla Cassazione, distinto dal mandato professionale, seppure a questo collegato.

l'opera intellettuale resa per il cliente: si pensi, per esempio, al progetto redatto dall'ingegnere, alla diagnosi o al referto redatti dal medico, al parere o alla bozza dell'atto giudiziario redatti dal difensore per il cliente, ove questi non abbia ancora sottoscritto la procura alle liti (conferita la procura, infatti, in forza dei principi della rappresentanza processuale, gli atti predisposti dal difensore appartengono alla sfera proprietaria del cliente sin dal momento della loro formazione).

Anche con riguardo alla prestazione d'opera intellettuale, invero, è prevista l'acquisizione da parte del cliente dei risultati di essa, seppure in genere ciò avvenga attraverso meccanismi di tipo originario, piuttosto che di natura traslativa. Nel contratto d'opera intellettuale, infatti, la realizzazione dell'interesse del creditore, ovvero il godimento dell'opera intellettuale, è conseguito dal cliente quasi sempre in ragione dell'appartenenza allo stesso del substrato in cui l'attività professionale si inserisce o al quale si applica⁶⁹.

Rinviano per il resto al commento dell'art. 2237 c.c., deve sin d'ora sottolinearsi come nel contratto d'opera intellettuale il vincolo contrattuale nasca sin dal principio attenuato, riconoscendosi al cliente il diritto di recesso *ad nutum*, esercitabile senza alcun limite ed in qualsiasi momento (fino alla completa esecuzione dell'opera), salvo il diritto del prestatore intellettuale al rimborso delle spese sostenute ed al pagamento del compenso per l'opera svolta, escluso dunque il diritto al mancato guadagno⁷⁰.

5. (Segue). Contratto d'opera intellettuale e figure "affini"

Come già precisato, il contratto d'opera intellettuale si caratterizza rispetto al contratto d'opera manuale⁷¹ e, più in generale, agli altri contratti aventi ad oggetto un *facere* reso in regime di autonomia, in ragione dell'intellettualità della prestazione d'opera che ne forma oggetto, caratterizzazione che coinvolge, analogamente, anche l'esercizio delle professioni intellettuali rispetto al più generale fenomeno del lavoro autonomo⁷². La distinzione con gli altri

⁶⁹ Per ulteriori ragguagli ed esemplificazioni, v. *infra*, § 8.

⁷⁰ V. anche RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, 213, la quale osserva che dal contratto non deriva «né l'obbligo del cliente di usufruire della prestazione, né il diritto del professionista a procedere alla prestazione stessa».

⁷¹ Sul rinvio operato dall'art. 2230 c.c. alle disposizioni sul contratto d'opera manuale e sull'applicabilità delle medesime al contratto d'opera intellettuale v. *supra*, § 2.

⁷² V. PERULLI, *op. cit.*, 353, 375, 379; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 128 e 138. Per ulteriori indicazioni e per l'esame del carattere dell'intellettualità della prestazione si rinvia al commento all'art. 2229 c.c., § 2. V. anche *infra*, § 8.

tipi negoziali aventi ad oggetto opere o servizi resi in regime di autonomia, riconducibili all'originario paradigma della *locatio operis*, si fonda, pertanto, sull'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione gravante sul prestatore d'opera intellettuale e, più precisamente, sull'intellettualità che la caratterizza.

Non appare dunque utile procedere ad una generalizzata analisi differenziale del contratto d'opera intellettuale rispetto a tutte le altre figure negoziali aventi ad oggetto opere o servizi, dalle quali esso si distingue nettamente proprio in ragione dell'intellettualità della prestazione di *facere* che forma oggetto dell'obbligazione gravante sull'artefice. Chiariti i confini fra contratto d'opera manuale e contratto d'opera intellettuale, infatti, anche la distinzione con gli altri contratti aventi ad oggetto opere o servizi resi in regime di autonomia si fonda, innanzitutto, sul carattere dell'intellettualità della prestazione.

Qualche considerazione merita però di essere svolta sulla distinzione (oltre che con il contratto d'opera manuale, sul quale già abbiamo detto)⁷³ con il mandato, sia in quanto nel vigore del codice del 1865, in assenza di una disciplina specifica, vi fu la tendenza ad inquadrare la prestazione d'opera intellettuale nell'ambito di tale schema negoziale⁷⁴, sia perché talvolta nel normale svolgimento della prestazione intellettuale il professionista può essere tenuto, per la natura dell'attività svolta, anche a compiere atti giuridici in nome e per conto del cliente "tipici" della professione svolta (si pensi alle lettere o agli atti giudiziari redatti dal difensore in nome e per conto del suo assistito)⁷⁵, sia in quanto non è infrequente, infine, che al prestatore d'opera intellettuale venga specificamente conferito anche un mandato a compiere atti giuridici che esulano dai suoi normali doveri professionali⁷⁶.

⁷³ V. il commento all'art. 2229 c.c., § 2.

⁷⁴ V. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 92 ss., il quale osserva che l'accostamento fra le due figure negoziali «perdura tuttora a fini specifici (...) nell'esperienza francese», «soprattutto da parte della giurisprudenza, che in tal modo ha la possibilità di ridurre l'onorario professionale ritenuto eccessivo».

⁷⁵ V. SANTORO PASSARELLI F., *Opera (contratto di)*, cit., 986, il quale rileva che nel contratto d'opera intellettuale, particolarmente nel caso degli avvocati, può essere compreso il compimento di atti giuridici, che peraltro non esauriscono l'oggetto negoziale, costituendo semplici momenti della più complessa prestazione d'opera intellettuale; LEGA, *op. cit.*, 525; CATTANEO, *op. cit.*, 171; CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. processuale*, 1940, I, 65. In senso parzialmente diverso MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 96, ad avviso del quale nel caso dell'incarico giudiziale conferito all'avvocato la prestazione d'opera intellettuale sarebbe compresa nel mandato.

⁷⁶ V. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 98. L'attività di gestione amministrativa era fra l'altro contemplata specificamente dalla Tariffa professionale forense nella sezione dedicata agli onorari dovuti per l'attività stragiudiziale.

Pur rappresentando in astratto contratto d'opera intellettuale e mandato figure contrattuali ben distinte, la qualificazione della fattispecie concreta può presentarsi non sempre agevole, ponendosi in tal caso il problema di stabilire – in particolare con riguardo alla seconda ipotesi, considerato che rispetto alla prima il compimento di atti giuridici in nome e per conto del cliente pare connaturato e necessario ai fini dell'esecuzione della prestazione intellettuale – se l'operazione dia luogo ad un unico contratto o a due distinti contratti, uno d'opera intellettuale e l'altro di mandato, oppure ad un contratto misto, con le consuete questioni in merito alla disciplina applicabile⁷⁷. Tuttavia, nell'ipotesi in cui l'incarico di compiere gli atti giuridici sia conferito al professionista intellettuale in considerazione della qualifica professionale da questi posseduta, la dottrina generalmente ritiene che la prestazione gestoria possa essere ricondotta nell'ambito del contratto d'opera intellettuale «che assorbe i momenti di interposizione gestoria pur presenti, ma non prevalenti sull'attività intellettuale»⁷⁸.

In linea di principio, la distinzione fra le due figure appare abbastanza semplice, considerato che il mandato ha ad oggetto il compimento di atti giuridici leciti (e dunque di atti giuridici in senso stretto e di negozi giuridici) per conto del mandante⁷⁹, mentre il contratto d'opera intellettuale ha ad oggetto atti cc.dd. materiali, nei quali non ha dunque rilevanza la coscienza e volontà dell'agente. Si tratta di atti costituiti da una prestazione d'opera intellettuale estranea alla sfera della sostituzione nell'attività giuridica, «pur agendo sia il mandatario che il prestatore d'opera in regime di autonomia»⁸⁰,

⁷⁷ La stessa questione è posta, dal versante del mandato, da LUMINOSO, *op. cit.*, 128 e, più di recente, Id., *Il mandato*, in *Tratt. Rescigno*, XII, *Obbligazioni e contratti*, 2ª ed., Torino, 2007, 404, al quale si rinvia anche per la casistica giurisprudenziale sul tema.

⁷⁸ Cfr. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 98; nello stesso senso, SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, 986; CATTANEO, *op. cit.*, 173; su tali ipotesi v. anche ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, 6 ss.

⁷⁹ Sulla natura degli atti deducibili quale oggetto del mandato v. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 119-123 e Id., *Il mandato*, cit., 398-401, al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. L'Autore precisa, da un lato, che non vi rientrano quegli atti «che hanno rilevanza di meri fatti giuridici né quei comportamenti che, pur dovendo compiersi con coscienza e volontà, non sono però idonei a produrre (autonomamente) effetti giuridici» (per es. semplici trattative); dall'altro, che nel mandato con rappresentanza l'oggetto del mandato viene ulteriormente circoscritto al compimento dei soli atti «partecipativi o di dichiarazione», dovendosi invece ritenere incompatibili con la rappresentanza i cc.dd. «atti reali od operazioni»; MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 95.

⁸⁰ Così LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 127; Id., *Il mandato*, cit., 403; nello stesso senso, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 95; sulla distinzione fra mandato e contratto d'opera v. PERULLI, *op. cit.*, 96 ss.

anche se non è escluso, come abbiamo già detto, e sovente anzi accade, che il professionista intellettuale sia obbligato anche al compimento di atti giuridici per conto e talvolta anche in nome del cliente, sia perché normalmente ricompresi nell'attività professionale svolta e necessari ai fini dell'adempimento dell'obbligazione assunta, sia in quanto, pur esulando dai normali doveri gravanti sul professionista, tali atti siano oggetto di uno specifico mandato conferito dal cliente.

Talvolta l'applicazione di tale criterio distintivo appare però meno agevole e l'esito meno scontato: si pensi, per esempio, al caso peculiare dell'atto giudiziario e, seppur con le differenze insite nella cosiddetta rappresentanza tecnica – assoggettata peraltro ad una disciplina specifica – che si realizza con riguardo alla prima ipotesi, alla lettera redatti e sottoscritti dall'avvocato in nome e per conto del cliente (si pensi alla diffida ad adempiere, all'atto di costituzione in mora o al recesso, ovviamente posti in essere dal legale in forza di una procura sostanziale utile al fine). Anche in queste ipotesi, tuttavia, nelle quali peraltro vi è sempre la spendita del nome del cliente, la distinzione si fonda sull'oggetto del contratto: il compimento di attività giuridica nel mandato, l'esecuzione di un'opera intellettuale nel contratto omonimo, il cui oggetto «è sempre espressivo di una peculiare cognizione tecnica, riguardante una specifica competenza»⁸¹.

Nel caso dell'atto giudiziario, il profilo dell'agire in nome e per conto del cliente, insito nella cosiddetta rappresentanza tecnica in giudizio, resa di regola obbligatoria dalle disposizioni processuali, appare complementare rispetto alla prestazione intellettuale (anche se talvolta quest'ultima risulterà sostanzialmente inscindibile dalla prima: si pensi alla discussione orale di una causa o all'arringa nel processo penale); tant'è che nelle ipotesi nelle quali la legge ammette che la parte si difenda in giudizio senza l'assistenza di un difensore e nei casi in cui l'interessato, al contempo avvocato, decida di assumere in proprio la difesa, è astrattamente possibile che la parte stessa conferisca comunque ad altri, per le ragioni più varie (siano esse collegate alla specifica competenza del professionista incaricato o, più semplicemente, ad una maggiore comodità), l'incarico di assisterla nella redazione dell'atto giudiziario e nell'impostazione della difesa e della strategia processuale, eventualmente anche sottoscrivendo gli atti difensivi (non in veste di rappresentante processuale, ma) solo in veste di difensore⁸².

⁸¹ V. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 95.

⁸² Con riguardo all'incarico di difesa in giudizio conferito all'avvocato è possibile distinguere, infatti, la vera e propria attività difensiva (studio della causa, individuazione della linea

Non sembra, dunque, che la distinzione fra le due figure negoziali possa fondarsi sul fatto che «il cliente non può logicamente pensare all'esercizio indiretto di una certa attività, poiché non sarebbe in grado, eventualmente, di svolgere egli stesso il compito tecnico che ha affidato al professionista», il quale «non realizza una sostituzione nel senso di agire "al posto di", ma compie un'attività collegata al suo specifico *status* professionale»⁸³. L'affermazione, seppure descrittiva di ciò che generalmente si verifica nella pratica, non sembra delinea una nota essenziale e caratterizzante del contratto d'opera intellettuale rispetto al mandato.

La contiguità e la non rara coesistenza nell'ambito dello stesso rapporto di prestazioni riconducibili ad entrambi i tipi negoziali, trova peraltro riscontro anche in giurisprudenza. Invero, se un orientamento che oggi pare superato inquadrava il rapporto fra notaio e cliente nel mandato⁸⁴, la giurisprudenza riconduce tuttora a tale tipo negoziale talune obbligazioni accessorie assunte dall'avvocato ed applica al rapporto fra questi ed il cliente alcune norme dettate per il mandato⁸⁵.

6. I soggetti e le incompatibilità

Parti del contratto in esame sono il cliente ed il prestatore d'opera intellettuale. Ciascuna parte, ovviamente, può essere costituita da una o più persone, dando vita, in tale secondo caso, ad una parte complessa. Qualora con un unico contratto l'incarico professionale venga conferito congiuntamente a più soggetti, si possono porre delicate questioni, riguardanti sia la forma-

difensiva, redazione degli scritti difensivi e delle istanze da sottoporre al giudice), che costituisce la parte centrale della prestazione d'opera intellettuale, dalla mera attività di rappresentanza processuale, svolta in forza di procura alle liti: sul punto v. anche MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 96.

⁸³ Così, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 95 s., il quale condivide e richiama le argomentazioni di ALCARO, *op. cit.*, 17.

⁸⁴ Per indicazioni sull'orientamento ricordato v. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 96.

⁸⁵ V. Cass., 19.3.2003, n. 4015, in *Fisco*, 2003, 2173, la quale ritiene applicabile per regolare la responsabilità dell'avvocato che propone un ricorso fuori termine gli artt. 1710 e 2229 c.c.; Cass., 28.4.1994, n. 4044, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 635, che applica al rapporto fra cliente e professionista gli artt. 1722 e 1724 c.c.; Cass., 26.1.1981, n. 579, in *Giust. civ. mass.*, 1981, 226; Cass., 26.10.1979, n. 5620, *ivi*, 1979, 2470; T. Roma, 2.6.2003, in *Giust. civ.*, 2004, 243, con nota di FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*; T. Nocera Inferiore, 3.12.1997, in *Giur. di Merito*, 1999, 535, ad avviso del quale il mancato versamento di somme percepite dall'avvocato per conto del cliente è riconducibile all'art. 1714 c.c.; T. Torino, 18.9.1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 655 e T. Milano, 18.6.1992, *ivi*, 1993, I, 2, 1, che qualificano come mandato a contenuto professionale l'incarico conferito ad una società di revisione e certificazione per la revisione di un bilancio.

zione del contratto, sia l'esecuzione del medesimo, sulle quali non è possibile qui soffermarsi. Con riguardo al primo profilo, si pensi per esempio al caso in cui uno dei professionisti sia sprovvisto di abilitazione o non sia iscritto all'albo, quando l'iscrizione sia obbligatoria; con riguardo al momento esecutivo, sarà necessario chiarire, per esempio, se l'incarico si congiunto o disgiunto e come debbano ripartirsi i compiti e le relative responsabilità fra i due professionisti⁸⁶.

I. Il cliente. – Per quanto concerne la figura del cliente, esso viene individuato nel soggetto che stipula il contratto d'opera intellettuale⁸⁷, generalmente coincidente con il titolare dell'interesse che con la prestazione del professionista si intende perseguire; non sono rari, tuttavia, casi di dissociazione fra le figure soggettive sopra indicate, nelle quali beneficiario della prestazione intellettuale risulta dunque un terzo. La giurisprudenza e la dottrina precisano che in tal caso cliente, inteso come parte sostanziale del contratto, tenuta in particolare al pagamento del compenso, è comunque il soggetto che conclude in nome proprio il contratto d'opera intellettuale⁸⁸. Così, con riguardo alla difesa in giudizio prestata dall'avvocato, è opportuno distinguere, sul piano concettuale, il rapporto derivante dalla procura *ad litem*, negozio unilaterale con il quale il titolare dell'interesse fatto valere in giudizio conferisce al difensore la rappresentanza in giudizio, da quello che discende dal contratto d'opera intellettuale, parte del quale può essere anche un soggetto diverso da colui che ha conferito la procura: in tali casi,

⁸⁶ Sulla prima questione, si rinvia al commento all'art. 2231 c.c., § 4.2, *ivi* ulteriori riferimenti; sulla seconda, v. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974; IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 154 ss.; CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 455 ss.

⁸⁷ V. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 108 ss.; MISCIONE, *Sub art. 2230 c.c.*, in *Comm. Cendon*, V, Torino, 1991, 732; DI CERBO, *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Milano, 1988, 267 ss.; GIACOBBE G., *III) Professioni intellettuali*, cit., 1076.

⁸⁸ V., per tutte, Cass., 17.1.2008, n. 848, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 47, sull'attività legale svolta su incarico di un patronato per la tutela dei propri iscritti, la quale ravvisa, fra l'altro, un rapporto di parasubordinazione fra il legale ed il patronato medesimo; Cass., 13.9.2007, n. 19139, in *Foro it.*, 2008, I, 2624, la quale precisa che tenuti a corrispondere il compenso al notaio per la costituzione di una società di capitale sono i soci costituenti che hanno assunto personalmente tale obbligazione e non la società, trattandosi di un'obbligazione assunta personalmente dai soci, prima dell'iscrizione della società nel registro delle imprese; Cass., 25.11.2004, n. 22233, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., 2.6.2000, n. 7309, in *Fall.*, 2001, 553; Cass., 22.4.1995, n. 4592, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 905; Cass., 22.1.1994, n. 626, in *Foro it.*, 1994, I, 76; v. anche le decisioni citate nelle successive note. In dottrina, v. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 108 ss.; LEGA, *op. cit.*, 554.

mentre in forza della procura alle liti gli effetti dell'attività difensiva si produrranno in capo a colui che l'ha conferita, in virtù del contratto d'opera intellettuale obbligato al compenso dovuto all'avvocato sarà chi ha stipulato il contratto⁸⁹.

In relazione all'opera prestata dal notaio nella stipulazione di un atto, la giurisprudenza ha affermato che ai sensi dell'art. 78 l. not. devono intendersi parti, obbligate pertanto a pagare il compenso, non solo i soggetti che abbiano stipulato l'atto notarile, ma anche coloro che, pur non avendo partecipato alla stipula, abbiano comunque richiesto l'opera del notaio⁹⁰. In linea con il principio generale in materia di rappresentanza, in forza del quale in caso di spendita del nome gli atti compiuti dal rappresentante producono effetti solo nei confronti del rappresentato, non sono invece tenute al pagamento del compenso le parti in senso formale⁹¹.

Tali fattispecie debbono essere ricondotte al contratto a favore di terzo o al contratto con prestazione a favore del terzo (il quale non acquista, in tal caso, alcun diritto), dove stipulante è il soggetto che conclude il con-

⁸⁹ In tal senso, Cass., 3.7.1980, n. 4250, in *Rep. Foro it.*, 1980, *Avvocato e procuratore*, n. 152; Cass., 2.6.2000, n. 7309, cit.; Cass., 15.1.2000, n. 405, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 1166, la quale precisa, fra l'altro, che la parte del contratto d'opera intellettuale può anche non coincidere con il soggetto che conferisce la procura alle liti; v. anche Cass., 26.4.2004, n. 7926, in *Mass. Giur. it.*, 2004, 596, la quale, nel precisare che il soggetto che conferisce l'incarico all'avvocato può non coincidere con la parte processuale che rilascia al medesimo la procura alle liti, ha affermato che grava sull'avvocato che pretende il pagamento del compenso l'onere di provare che l'incarico gli è stato conferito da un soggetto diverso da colui che gli ha conferito il mandato processuale, dovendosi in caso contrario presumere (presunzione semplice) che il cliente, obbligato dunque al compenso, sia quest'ultimo; in senso conforme Cass., 7.11.1978, n. 5091, in *Rep. Foro it.*, 1978, *Professioni intellettuali*, n. 64.

⁹⁰ V. Cass., 23.6.1960, n. 1665, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 893, con nota di D'ORAZI FLAVONI, *Profili del notariato nella giurisprudenza*; nello stesso senso, in *obiter dictum*, Cass., 10.6.2004, n. 10994, in *Giust. civ.*, 2005, 3012, la quale, nel ricordare il precedente sopra citato, precisa che «tale decisione ha affrontato la diversa questione della individuazione del "cliente" il quale è tenuto al pagamento del corrispettivo al professionista, ed ha ribadito il principio pacifico (nдр.: ricordato nel testo) secondo il quale non vi è necessaria coincidenza tra soggetto che tale prestazione ha richiesto e soggetto che della stessa usufruisca».

⁹¹ Cfr. Cass., 10.6.2004, n. 10994, cit.; Cass., 6.4.2004, n. 6739, in *Riv. notariato*, 2004, 133, e in *Giust. civ.*, 2005, 3013. Dello stesso avviso, in dottrina, CASU, *Brevi note sulla nozione di parte ai sensi dell'art. 78 della legge notarile*, in *Riv. notariato*, 2005, 135; BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, II, Torino, 1993, 510 ss.; DI FABIO, *Manuale del notaio*, Milano, 1981, 261. Menziona l'orientamento ricordato, senza tuttavia prendere espressa posizione, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 111. *Contra*, SCILABRA, *Responsabilità notarile e tutela del beneficiario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1070 e D'ORAZI FLAVONI, *op. cit.*, 895 s., i quali ritengono che il notaio possa pretendere il pagamento del compenso anche dalla parte in senso formale.

tratto d'opera intellettuale, mentre beneficiario è il titolare dell'interesse che l'attività del professionista mira a realizzare, a favore del quale, pertanto, deve essere eseguita la prestazione intellettuale⁹². Il primo sarà pertanto parte del contratto e destinatario del fascio di effetti che dal medesimo derivano; sullo stipulante graverà, in particolare, l'obbligazione di corrispettivo e quella di versare le anticipazioni di cui all'art. 2234 c.c. Il beneficiario sarà destinatario solo dell'effetto favorevole rappresentato dall'acquisto del diritto di credito avente ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale⁹³, ma non sarà obbligato a pagare il compenso. Sul beneficiario della prestazione intellettuale graverà altresì l'onere di cooperare all'adempimento del professionista, ponendo in essere tutti i comportamenti necessari alla corretta esecuzione della prestazione intellettuale⁹⁴. In particolare, in talune ipotesi potrà essere necessario che il terzo beneficiario conferisca al professionista una specifica procura, come accade, in particolare, nel caso della procura alle liti conferita all'avvocato⁹⁵.

Il conferimento dell'incarico al professionista ad eseguire una prestazione a favore di un soggetto terzo può trovare causa nello spirito di liberalità dello stipulante o in un patto di gestione della lite – sovente inserito nelle condizioni generali dei contratti di assicurazione –, oppure può inquadrarsi nella *negotiorum gestio* o derivare da un obbligo di legge (si pensi ai difensori nominati d'ufficio o al genitore che conferisca ad un insegnante l'incarico di impartire ripetizioni al figlio o conferisca al legale l'incarico di difenderlo in sede penale, ove si ritenga che tale adempimento rientri nell'obbligo di mantenimento)⁹⁶.

⁹² Sui rapporti che intercorrono fra i vari soggetti coinvolti (professionista e soggetto che conferisce l'incarico; professionista e beneficiario della prestazione; committente e beneficiario), v. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 110.

⁹³ Nel caso di contratto con prestazione a favore del terzo, invece, al beneficiario sarà solo destinata la prestazione intellettuale, ma egli non acquisterà alcun diritto in proposito.

⁹⁴ Tale collaborazione sarà di regola necessaria al fine di consentire l'esatto adempimento della prestazione intellettuale, a prescindere dalla qualificazione del comportamento in termini di onere in senso tecnico, anche nel caso di contratto (non a favore di terzo, ma) con prestazione a favore del terzo. Sulla cooperazione del beneficiario v. anche MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 110.

⁹⁵ In tale ultimo caso, salvo diversi accordi, la parte vittoriosa nel giudizio dovrebbe rimettere allo stipulante, tenuto a corrispondere il compenso al difensore, le spese legali liquidate a suo favore dal giudice. Sulle problematiche legate a quest'ipotesi v. LEGA, *op. cit.*, 554; ID., *Il cliente dell'avvocato*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 299.

⁹⁶ V. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 110.

Ciò premesso, deve osservarsi che di tale dissociazione fra il soggetto che stipula il contratto ed il diretto beneficiario della prestazione intellettuale si dovrà tener conto sotto svariati profili⁹⁷. Il contratto in esame, infatti, è caratterizzato dalla prestazione intellettuale, la quale a sua volta si conforma in ragione delle esigenze del titolare dell'interesse oggetto della prestazione, di guisa che la valutazione dell'esatto adempimento dovrà essere effettuata avendo riguardo innanzitutto all'interesse facente capo al medesimo; ancora, l'onere di cooperazione incomberà innanzitutto sul beneficiario, destinatario diretto della prestazione intellettuale. Al contempo, essendo lo stipulante parte del contratto d'opera intellettuale, egli dovrebbe poter lamentare l'inadempimento del medesimo ed esperire tutti i relativi rimedi contrattuali. Da ciò possono derivare problemi di coordinamento fra la posizione dello stipulante, titolare della posizione contrattuale, e quella del beneficiario, creditore della prestazione intellettuale, i quali potrebbero in teoria anche operare valutazioni discordanti riguardo all'operato del professionista ed assumere dunque iniziative divergenti in merito.

Affermando che anche nel caso in cui il terzo destinatario della prestazione intellettuale sia un soggetto diverso da colui che ha stipulato il contratto d'opera intellettuale, cliente è chi stipula il contratto medesimo, la giurisprudenza intende semplicemente rimarcare che solo questi e non il beneficiario è obbligato al compenso e alle anticipazioni previste dall'art. 2234 c.c. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, pertanto, sarebbe forse opportuno riservare la denominazione di cliente al soggetto al quale è effettivamente destinata la prestazione intellettuale, mentre chi stipula il relativo contratto ed è dunque obbligato a corrispondere il compenso potrebbe essere denominato, più propriamente, committente, proprio per indicare che è colui che affida l'incarico al professionista.

Sempre per quanto concerne il cliente, qualora questi rivesta, come spesso accade, la qualità di consumatore, il contratto d'opera intellettuale sarà assoggettato alla normativa consumeristica e, in particolare, alla disciplina in tema di clausole abusive (artt. 33 ss. del codice del consumo). Deve ricordarsi, infine, che talvolta il professionista è obbligato per legge o in base alle norme deontologiche ad accertare l'identità del cliente⁹⁸.

⁹⁷ Oltre alle considerazioni che seguono, v. anche *supra*.

⁹⁸ La legge notarile obbliga il notaio ad accertare l'identità delle parti dell'atto (che di regola coincidono con i clienti) e, in caso di rappresentanza, la sussistenza del relativo potere. Per quanto concerne l'avvocato, l'art. 36 del codice deontologico impone al medesimo di accertare l'identità del cliente e dell'eventuale rappresentante del medesimo; in tale obbligo

II. Il prestatore d'opera intellettuale e le incompatibilità. – Per quanto riguarda il prestatore d'opera, sovente la normativa speciale impone che talune prestazioni intellettuali possano essere eseguite solo da professionisti iscritti in appositi albi o elenchi⁹⁹: in difetto, il contratto d'opera intellettuale avente ad oggetto prestazioni riservate è nullo ed il prestatore d'opera non ha diritto al compenso (art. 2231 c.c.)¹⁰⁰. In tali ipotesi, dunque, il prestatore d'opera intellettuale può essere eseguire la prestazione solo se iscritto all'albo¹⁰¹; da ciò deriva anche una speculare limitazione dell'autonomia negoziale del cliente, il quale è costretto a selezionare la controparte nell'ambito della categoria sopra indicata¹⁰². La distinzione fra professioni protette e non protette rileva anche sotto altri profili (fra i quali non può più annoverarsi, a seguito della loro abrogazione, quello delle tariffe obbligatorie), esaminati nel commento dell'art. 2229 c.c., al quale si rinvia. Analogamente, la questione della personalità della prestazione verrà esaminata nella sede appropriata (v. il commento all'art. 2232 c.c.).

Se è pacifico, in linea di principio, che prestazioni intellettuali possano essere senz'altro rese anche nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato¹⁰³, talvolta la normativa speciale dedicata alle professioni protette (in particolare, a quelle storicamente considerate tali: avvocato, medico, ecc.) vieta al libero professionista di esercitare alcune attività, di rivestire determinate qualità o ruoli, o di essere parte di un rapporto di lavoro subordinato, stabilendo, secondo una formula consueta anche nel linguaggio legislativo, che tali attività o ruoli sono incompatibili con l'esercizio della professione oggetto della disciplina speciale (e, prima ancora, con la stessa iscrizione all'albo)¹⁰⁴. Così, per esempio, per la professione di avvocato, l'art. 18 della

deve ritenersi implicitamente compreso anche quello di accertare la sussistenza del potere di rappresentanza. Analogo obbligo è imposto dall'art. 3.1.1, 2° co., del c. deont. degli avvocati europei «qualora circostanze specifiche rivelino che quest'identità è incerta». Per ulteriori indicazioni v. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 112.

⁹⁹ V. il commento all'art. 2229 c.c., §§ 4, 6, 8.

¹⁰⁰ V. il commento all'art. 2231 c.c.

¹⁰¹ V. GIACOBBE G., *III) Professioni intellettuali*, cit., 1076, il quale osserva che non è posta invece alcuna preclusione rispetto al contratto d'opera, differenza che determina un «altro limite di compatibilità per l'applicazione della relativa disciplina»; nello stesso senso, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 113.

¹⁰² V. GIACOBBE G., *op. ult. loc. cit.*

¹⁰³ V., per tutti, SANTORO PASSARELLI F., *Professioni intellettuali*, cit., 23; PERULLI, *op. cit.*, 402 ss. e 172 ss.; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 21 ss. Per ulteriori indicazioni, v. *supra* § 3.

¹⁰⁴ Su tali incompatibilità v. PERULLI, *op. cit.*, 408 ss. e MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 21 ss.

Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, approvato con l. 31.12.2012, n. 247 (e già in precedenza l'art. 3, r.d.l. 27.11.1933, n. 1578), stabilisce l'incompatibilità con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente¹⁰⁵, escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale, con l'esercizio dell'attività di notaio, con l'esercizio di qualsiasi attività di impresa commerciale svolta in nome proprio o in nome o per conto altrui, con svariati ruoli e con qualsiasi rapporto di lavoro subordinato, anche se con orario di lavoro limitato, salve le eccezioni espressamente previste dalla medesima disposizione e dal successivo art. 19¹⁰⁶. La *ratio* della disposizione citata, nella parte in cui stabilisce in linea generale l'incompatibilità della professione forense con attività dipendenti, è stata individuata dal CNF nell'esigenza di tutelare l'indipendenza di detta professione e l'autonomia di giudizio e di iniziativa degli avvocati nella difesa e patrocinio degli interessi del cliente. La mancanza di detti requisiti, infatti, incide negativamente sulla libertà di determinazione del professionista. Eccezione a tale divieto è prevista per il rapporto di impiego pubblico in ragione degli scopi dell'ente e della condizione di maggior autonomia nella

¹⁰⁵ Sulla questione v. Cass., S.U., 24.6.2009, n. 14810, in *Foro it.*, 2010, I, 112, la quale, nel vigore del previgente ordinamento della professione forense, ha precisato che ai fini dell'applicazione dell'art. 3 dell'abrogato r.d.l. n. 1578/1933 – che prevedeva l'incompatibilità con qualsiasi impiego (o ufficio) retribuito – non rileva la natura, subordinata o autonoma, del rapporto di lavoro, bensì la sua relativa stabilità ("impiego") e, quando non si tratti di prestazioni di carattere scientifico o letterario, la sua remunerazione in misura predeterminata, in ragione della continuità del rapporto, piuttosto che in riferimento a ciascuna singola prestazione professionale.

¹⁰⁶ A titolo di esempio, ai sensi del citato art. 19, «l'esercizio della professione di avvocato è compatibile con l'insegnamento o la ricerca in materie giuridiche nell'università, nelle scuole secondarie pubbliche o private parificate e nelle istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione pubblici»: ai professori e ricercatori (per questi ultimi, ove a tempo indeterminato) degli enti indicati è pertanto consentito optare per il tempo definito e svolgere l'attività professionale. È consentito inoltre l'esercizio della professione forense limitatamente alla tutela dell'ente del quale sono dipendenti anche gli avvocati di un ente pubblico (iscritti in un elenco speciale annesso all'albo) qualora siano addetti in via esclusiva all'ufficio legale dell'ente medesimo, con esclusione dunque di diverse mansioni (v. l'art. 23 del citato ordinamento della professione forense. Su tale eccezione e sulle particolari condizioni in presenza delle quali essa possa dirsi integrata v., Cass., S.U., 19.8.2009, n. 18359, in *Dir. e giustizia*, 2009; Cass., S.U., 14.3.2002, n. 3733, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 455; C. Naz. Forense, 29.5.2006, nn. 36 e 37, in *Rass. forense*, 2007, 2-3, 691 (s.m.); C. Naz. Forense, 24.10.2003, n. 301; C. Naz. Forense, 21.2.2003, n. 5, in *Rass. forense*, 2003, 568 (s.m.). Sulla natura eccezionale della norma di cui all'art. 3, 4° co., r.d.l. n. 1578/1933 (ora sostituito dall'art. 18, l. n. 247/2012), che introduce alcune deroghe al principio dell'incompatibilità e sulla conseguente inapplicabilità in via analogica della disposizione citata, v. Cass., S.U., 15.12.1998, n. 12560, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2083, con nota di AGNINO, *Problematiche vecchie e nuove relative alle incompatibilità nella professione forense*.

quale avvocati e procuratori degli uffici legali di enti pubblici esplicano tale loro attività¹⁰⁷.

Analogamente, con riferimento alla professione di notaio, l'art. 2, 1° co., l. not. prevede l'incompatibilità con qualunque impiego stipendiato o retribuito dallo Stato, dalle province e dai comuni aventi una popolazione superiore ai cinquemila abitanti, nonché con la professione di avvocato e con svariate altre attività e ruoli, fatte salve le eccezioni previste dalla disposizione medesima.

La disciplina delle incompatibilità con il pubblico impiego è stata modificata dall'art. 1, co. 56 e 56 *bis*, l. 23.12.1996, n. 662, che ha stabilito che le norme che vietano l'iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti pubblici con rapporto di lavoro a tempo parziale ove l'impegno contrattualmente previsto non superi il cinquanta per cento del tempo pieno, abrogando al contempo le disposizioni incompatibili che vietavano ai pubblici dipendenti indicati l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività professionali. Per quanto concerne la professione forense, tuttavia, l'art. 1, l. 25.11.2003, n. 339¹⁰⁸, nell'escludere l'applicabilità alla medesima delle disposizioni citate (art. 1, co. 56 e 56 *bis*, l. n. 662/1996), ha stabilito di mantenere fermi i limiti e i divieti di cui al r.d.l. n. 1578/1933 (ora sostituito dalla l. n. 247/2012) ed ha vietato così ai dipendenti pubblici – salve le eccezioni previste dall'art. 18 del nuovo ordinamento della professione forense – l'esercizio della professione di avvocato, stabilendo al contempo, con valenza retroattiva, all'art. 2

¹⁰⁷ In tal senso, C. Naz. Forense, 21.2.2003, n. 5, cit. Sul punto v. anche l'art. 23 del nuovo ordinamento della professione forense, il quale stabilisce che nel contratto di lavoro degli avvocati degli uffici legali, «ai quali venga assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta», «è garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato».

¹⁰⁸ Sull'impossibilità di ravvisare la tacita abrogazione della disposizione menzionata, ritenuta dunque operante, e sulla *ratio* dell'incompatibilità da essa contemplata, v. la recente Cass., S.U., 16.5.2013, n. 11833, in *Dir. e giustizia*, 17.5.2013, con nota di Calvetti. Sulla legittimità costituzionale della norma citata è intervenuta molteplici volte la Corte costituzionale, dichiarando inammissibili o comunque infondate le questioni sollevate. Da ultimo, v. C. cost., 27.6.2012, n. 166, in *Giust. civ.*, 2012, 9, I, 1955, con nota redazionale, ed in *Dir. e giustizia*, 28.6.2012, con nota di CORRADO L.R., *Il dipendente pubblico part-time non può fare anche l'avvocato: salve le norme sull'incompatibilità*, che ha dichiarato infondate le questioni sollevate da Cass., S.U. (ord.), 6.12.2010, n. 24689, in *Giust. civ.*, 2011, 3, 641 e da Cass., S.U. (ord.), 22.12.2010, in *Gazzetta Uff.*, I serie speciale, n. 15/2011. In precedenza, v. C. cost., 21.11.2006, n. 390, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4059 (s.m.), con nota di Pace e Colaviti, ed in *Dir. e giustizia*, 2006, 45, 12 (s.m.) con nota di GRILLO, *Avvocatura, riconosciuta la "specialità". Ora tocca al legislatore con vere riforme*.

che coloro che abbiano ottenuto l'iscrizione successivamente all'entrata in vigore della l. n. 662/1996, sopra citata (ma prima della modifica del 2003), possano scegliere fra il mantenimento del rapporto di impiego, con conseguente obbligo di cancellazione dall'albo, e l'esercizio della libera professione.

Ciò premesso, meritano di essere chiariti gli effetti derivanti da tali incompatibilità, sia sul versante del contratto d'opera intellettuale e degli atti giuridici eventualmente posti in essere dal professionista in adempimento del contratto stesso (si pensi agli atti giudiziari redatti dall'avvocato), sia su quello del contratto di lavoro subordinato del quale il medesimo è parte. Sul primo versante, la giurisprudenza che si è occupata dell'incompatibilità fra esercizio della professione forense e rapporto di lavoro subordinato, ha ritenuto che, fino a quando permanga l'iscrizione all'albo, le citate cause di incompatibilità (ed in particolare quelle derivanti da un rapporto di pubblico impiego) non priverebbero l'avvocato della legittimazione all'esercizio della professione e non inficerebbero la validità degli atti processuali posti in essere dal difensore in forza di regolare procura, potendo comportare solo conseguenze sul piano disciplinare¹⁰⁹.

Con riferimento all'altro versante, il giudice di legittimità ha affermato che la violazione della norma sull'incompatibilità non dà luogo, di per sé sola, alla nullità del contratto di lavoro subordinato, comportando invece la responsabilità disciplinare del professionista nei confronti dell'ordine professionale di appartenenza. La violazione riguarderebbe infatti la posizione del libero professionista all'interno dell'ordine al quale egli appartiene, ma non dovrebbe incidere, di per se stessa, sul contratto stipulato fra il professionista ed un terzo¹¹⁰. Secondo tale orientamento giurisprudenziale, pertanto, la violazione delle norme sull'incompatibilità fra rapporto di lavoro subordinato ed esercizio della libera professione non darebbe luogo ad una situazione di incapacità giuridica speciale (come invece si ritiene accada, qualora l'iscrizione sia obbligatoria, nel caso di professionista non iscritto all'albo, con conseguente nullità del contratto d'opera intellettuale), ma ad un semplice illecito disciplinare nell'ambito dell'ordinamento professionale di appartenenza.

¹⁰⁹ In tal senso, Cass., S.U., 11.3.2004, n. 5035, in *Giust. civ.*, 2005, 5, I, 1, 1371; Cass., S.U., 18.4.1988, n. 3034.

¹¹⁰ V., Cass., 5.4.1971, n. 995, in *Mass. Foro it.*, 1971, 302; Cass., S.U., 3.2.1967, n. 302, in *Foro amm.*, 1967, I, 346.

Ferma la responsabilità disciplinare del professionista nei confronti dell'ordine professionale di appartenenza, deve ritenersi tuttavia che l'esercizio della professione contemporaneo al rapporto di lavoro subordinato possa altresì rilevare, alla luce della disciplina, anche speciale, in materia, sia quale inadempimento, sia quale illecito disciplinare nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato medesimo.

7. Accordo e forma

La formazione del contratto d'opera intellettuale è assoggettata alle normali regole valevoli per il contratto in generale, alle quali pertanto si rinvia¹¹¹. Va tuttavia ricordato che nel caso di professioni protette vi è una limitazione dell'autonomia negoziale, essendo in tali ipotesi il cliente tenuto a scegliere la controparte nell'ambito dei professionisti iscritti all'albo (v. *supra*, § 6). Qualora il paziente non sia in grado di esprimere validamente il proprio consenso al trattamento sanitario (si pensi al soggetto incapace di intendere e di volere), si ritiene che l'incarico possa essere conferito, quale gestione di affari altrui, dai familiari¹¹². Come già precisato, può inoltre accadere che l'obbligazione non derivi da contratto, ma dalla legge, o comunque che l'incarico venga conferito non dall'interessato, ma dall'autorità, in vista del perseguimento di un interesse pubblico, come accade per esempio nel caso della nomina dei difensori d'ufficio (v. *supra*, § 3).

¹¹¹ Limitandoci ad alcuni fra i contributi più recenti, v. per tutti DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, 2012; GALLO P., in questo *Commentario*, sub artt. 1343-1345 c.c., 252 ss.; D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, 3 ss. e ORESTANO A., *Schemi alternativi*, *ivi*, 177 ss.; D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 567 ss., ai quali si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹¹² V. SANTORO PASSARELLI F., *Professioni intellettuali*, cit., 24. Cfr. tuttavia CAROCCIA, *op. cit.*, 177, la quale fa riferimento ad un «progressivo superamento» di tale opinione, «in favore di una maggiore attenzione nei confronti dell'effettiva volontà di quest'ultimo (n.d.r. del paziente), da ricostruirsi in base alle circostanze e agli elementi disponibili». La questione è assai delicata e richiama i temi del cosiddetto testamento biologico, dell'eutanasia e, più in generale, del principio di autodeterminazione. Si pensi, per esempio, alla posizione del minore, capace di intendere e di volere, rispetto al consenso al trattamento sanitario. Sulla questione v. anche *infra*, § 11. Sul tema della capacità cfr. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 13 ss. Sui rapporti fra capacità giuridica e capacità di agire alla luce del principio di uguaglianza, cfr. BIANCA C.M., *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto civile*, I, 2^a ed., Milano, 2002, 212 ss. e STANZIONE, *Capacità. Diritto privato*, in AUTORINO, STANZIONE, *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997, 39 ss., ai quali si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

Si è osservato, tuttavia, che mentre il cliente richiede una prestazione intellettuale della quale di regola non è «in grado di valutare gli elementi che ne determinano il contenuto e la portata», il professionista è in possesso delle cognizioni tecniche che gli consentono di delineare i confini ed il contenuto della sua prestazione: conseguentemente, si afferma, mentre il cliente esprime il proprio consenso in forma generica, il professionista lo manifesta in forma specifica. Da questa peculiare asimmetria nella manifestazione del consenso discenderebbero «rilevanti implicazioni in tema di causa, nonché in ordine agli effetti di eventuali vizi del consenso»¹¹³. Deve osservarsi, tuttavia, che tale asimmetria fra le parti contrattuali, seppur particolarmente accentuata nel contratto d'opera intellettuale, non sembra costituire un elemento esclusivo della figura negoziale in esame, ricorrendo, seppure con intensità diverse, in molti contratti nei quali il risultato contrattuale programmato è fortemente caratterizzato sul piano tecnico. Basti pensare, per esempio, al contratto d'appalto avente ad oggetto la costruzione di particolari macchinari, ma anche di un edificio e, più in generale, ai contratti nei quali controparte è un consumatore. L'asimmetria informativa, unitamente alle peculiarità della prestazione d'opera intellettuale, comporta stringenti doveri di informazione a carico del professionista (sui doveri di informazione e collaborazione tra professionista e cliente v. *infra*, § 11). In particolare, nell'ambito delle prestazioni mediche, in considerazione della rilevanza costituzionale degli interessi coinvolti, essa spiega l'obbligatorietà del cosiddetto consenso informato e le sanzioni per l'inadempimento del dovere di informazione. Da essa, inoltre, può discendere una maggiore probabilità che il cliente cada in errore. La questione può forse essere ricondotta nel suo alveo naturale ove si consideri che il cliente esprime il proprio consenso innanzitutto in relazione all'interesse dedotto in contratto, che rappresenta l'obiettivo programmato dalle parti; rispetto ad esso si identifica, in base al contratto, ma ancor prima in base alle regole dell'arte, la prestazione dovuta dal professionista (v. *infra*, §§ 8 ss.).

Così come per la conclusione, anche per la forma del contratto d'opera intellettuale valgono i principi accolti dal codice civile per i «contratti in

¹¹³ Così GIACOBBE G., *III Professioni intellettuali*, cit., 1076, che richiama sul punto, adrendovi, l'opinione di RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, 213, la quale a propria volta menziona le risalenti decisioni di A. Firenze, 27.5.1957, in *Rep. Foro it.*, 1957, *Professioni intellettuali*, n. 8 e T. Milano, 17.4.1961, *ivi*, 1961, *voce cit.*, n. 58; aderisce a tale opinione CAROCCIA, *op. cit.*, 176, la quale osserva che rispetto alla «prestazione dedotta in contratto, spesso ad alto contenuto tecnico, il cliente può non essere in grado di esprimere una valutazione pienamente consapevole, con evidenti implicazioni sul piano della validità del consenso».

generale¹¹⁴. In ossequio al principio di libertà di forma e di autonomia, pertanto, la volontà potrà essere manifestata attraverso qualsiasi modalità, purché idonea al fine indicato¹¹⁵. Generalmente l'incarico professionale viene conferito (ed il contratto concluso) oralmente¹¹⁶. Il mancato ricorso alla forma scritta, se da un lato rende più agile e rapida la conclusione del contratto, dall'altro può costituire fonte di incertezze e contestazioni fra le parti, comportando altresì la difficoltà di provare sia la conclusione del contratto, sia l'oggetto e la portata dell'incarico. Tale prassi ha indotto la giurisprudenza ad includere il contratto d'opera intellettuale fra le ipotesi nelle quali la prova testimoniale della stipulazione del contratto è ritenuta ammissibile, in applicazione del 2° co. dell'art. 2721 c.c., nonostante siano superati i limiti di valore indicati dal 1° co.¹¹⁷.

In relazione al rapporto fra il cliente e l'avvocato incaricato di assisterlo in giudizio, deve essere distinto, anche per quanto attiene alla forma, il contratto d'opera intellettuale (c.d. contratto di patrocinio) dalla procura alle liti¹¹⁸, con la quale la parte conferisce al difensore la rappresentanza tec-

¹¹⁴ Limitandoci ad alcuni fra i contributi più recenti, v. per tutti PAGLIANTINI, in questo *Commentario*, sub art. 1350 c.c., 5 ss.; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008; BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, 463 ss., ai quali si rinvia, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹¹⁵ V. Cass., 18.7.2002, n. 10454, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1271; Cass., 5.6.1996, n. 5264, in *Danno e resp.*, 1996, 581. Per il resto, si rinvia sul punto a PAGLIANTINI, POLETTI, PALMERINI, in questo *Commentario*, sub artt. 1350, 1351, 1352 c.c. Con riguardo alla professione forense, il recente d.lg. 4.3.2010, n. 28, adottato con evidente funzione deflattiva, nell'introdurre la c.d. mediazione civile, ha imposto all'avvocato l'obbligo di informare «chiaramente e per iscritto» l'assistito, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di promuovere il procedimento di mediazione disciplinato dal decreto medesimo e delle relative agevolazioni fiscali, nonché «dei casi in cui l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». L'informativa deve essere sottoscritta dal cliente ed allegata all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. «In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile» (l'art. 4, 3° co., d.lg. n. 28/2010). Il mancato rispetto della forma scritta, seppur riferita ad un documento accessorio (l'informativa sulla mediazione) rispetto al contratto d'opera intellettuale, integra pertanto causa di annullamento del contratto medesimo. La disciplina citata è stata interessata da una pronuncia di incostituzionalità per eccesso di delega (v. C. cost., 6.12.2012, n. 272, in *Dir. e giustizia*, 2012, 6), alla quale hanno fatto seguito gli adeguamenti introdotti il d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito con l. 9.8.2013, n. 98.

¹¹⁶ Deve osservarsi, peraltro, che in taluni casi il ricorso alla forma scritta non appare, di fatto, neppure praticabile: si pensi ai rapporti di *routine* con il medico o al consulto occasionale con l'avvocato e, più in generale, ai rapporti che si esauriscono in un'unica e semplice prestazione.

¹¹⁷ In tal senso, Cass., 27.1.1964, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 407.

¹¹⁸ V., oltre alle sentenze già citate nel precedente paragrafo, Cass., 5.6.1996, n. 5264 (in motivazione), in *Danno e resp.*, 1996, 581 ss., con nota di BRUNETTI, *Responsabilità del com-*

nica in giudizio o *ius postulandi*. Il contratto in questione, infatti, a forma libera¹¹⁹, precede necessariamente il conferimento della procura alle liti¹²⁰, negozio unilaterale assoggettato invece alla forma dell'atto pubblico o alla particolare forma della scrittura privata autenticata prevista dall'art. 83 c.p.c. Sempre in relazione al contratto fra il cliente e l'avvocato, merita di essere ricordato che il legislatore ha introdotto vari adempimenti – informativa sulla *privacy*, informativa sulla mediazione, obbligo, a richiesta del cliente, di comunicare in forma scritta la prevedibile misura del costo della prestazione (art. 13, 5° co., l. n. 247/2012) – il cui assolvimento potrebbe indurre, di fatto, l'avvocato a stipulare in forma scritta il contratto d'opera intellettuale. Inoltre, l'art. 13, 6° co., l. 31.12.2012, n. 247 – superando l'originaria previsione di nullità stabilita dal 3° co. dell'art. 2233 c.c. – ha stabilito che in difetto di pattuizione scritta sul compenso alla determinazione del medesimo debba provvedere il giudice sulla base di appositi parametri ministeriali; anche tale previsione, pertanto, potrebbe indurre i professionisti a ricorrere alla forma scritta¹²¹.

In applicazione degli artt. 16 e 17, r.d. 18.11.1923, n. 2440, che impongono la forma scritta *ad substantiam* per tutti i contratti stipulati dalla p.a., alla regola della libertà di forma si sottrae invece il contratto d'opera intellettuale stipulato fra un'amministrazione pubblica, ancorché essa agisca *iure privatorum*, ed un professionista¹²². La giurisprudenza maggioritaria ritiene che in tal caso la volontà dell'amministrazione debba necessariamente manifestarsi mediante scrittura privata recante la sottoscrizione di entrambi i contraenti¹²³, escludendo dunque, in linea di principio (salvo, cioè, per le

merciantista per mancata presentazione del ricorso alla commissione tributaria; Cass., 6.12.1971, n. 3547, in *Mass. Foro it.*, 1971, 1033.

¹¹⁹ Alla regola di libertà di forma non si sottrae neppure il c.d. contratto di clientela, con il quale il cliente affida al professionista la cura di tutti i propri interessi per un determinato periodo di tempo: Cass., 27.4.1991, n. 4662, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 4.

¹²⁰ Il cliente, infatti, proporrà all'avvocato il conferimento dell'incarico, al quale seguirà l'accettazione da parte del medesimo. Solo in un secondo momento, fra l'altro di regola dopo che l'avvocato ha già svolto l'attività di studio e disamina e predisposto l'atto giudiziario, verrà rilasciata la procura alle liti.

¹²¹ Sul punto, si rinvia al commento all'art. 2233 c.c.

¹²² V. Cass., 30.3.2012, n. 5192, in *Guida dir.*, 2012, 26, 63 (s.m.); Cass., 26.1.2007, n. 1752, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 1; Cass., 24.11.2005, n. 24826, *ivi*, 2005, 7-8; Cass., 15.2.2005, n. 3042, *ivi*, 2005, 2; v. inoltre le decisioni citate nella nota successiva. La Suprema Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme sulla forma dei contratti pubblici: v. Cass., 24.1.2007, n. 1606, in *Mass. Foro it.*, 2007, 116.

¹²³ Cfr., per le più recenti, Cass., 24.11.2005, n. 24826, *cit.*; Cass., 30.7.2004, n. 14570, in *Giur. it.*, 2004, 2396; Cass., 23.6.1995, n. 7149, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, 611; Cass., 27.6.1994,

ipotesi appresso precisate), altre modalità di conclusione del contratto e, in particolare, che il contratto possa concludersi a distanza mediante lo scambio di proposta ed accettazione (ovviamente, redatte per iscritto) intervenuto fra il professionista ed il soggetto deputato a manifestare all'esterno la volontà dell'amministrazione. L'art. 17, r.d. n. 2440/1923, infatti, consentirebbe il ricorso a tale modalità di conclusione del negozio solo per i contratti stipulati con ditte commerciali, essendo invece imposta in tutti gli altri casi la forma scritta "contestuale"¹²⁴.

Il requisito della forma scritta del contratto di patrocinio con la p.a. si ritiene tuttavia soddisfatto con il rilascio della procura *ex art.* 83 c.p.c., atteso che il relativo esercizio della rappresentanza giudiziale, tramite la redazione e la sottoscrizione dell'atto difensivo, perfezionerebbe, con l'incontro di volontà tra le parti, l'accordo contrattuale in forma scritta che, rendendo possibile l'identificazione del contenuto negoziale e i controlli dell'autorità tutoria, risponderebbe ai requisiti previsti per i contratti dell'amministrazione¹²⁵.

Ai fini della conclusione del contratto è irrilevante, inoltre, la circostanza che la p.a. abbia deliberato, attraverso i suoi organi interni, di affidare un incarico ad un professionista, o abbia autorizzato il legale rappresentante a procedere al conferimento dell'incarico, non integrando tale deliberazione una proposta contrattuale nei confronti del professionista, ma un atto con efficacia interna avente esclusivamente natura autorizzatoria e quale

n. 6182, in *Foro it.*, 1994, I, 1387; T. Salerno, 13.4.2012, n. 820, in *Juris Data*, 2012. In senso adesivo, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 134 s.

¹²⁴ Cfr. Cass., 14.11.2012, n. 19934, in *Dir. e giustizia*, 2012, 1026, con nota di MARINO, *Un unico documento scritto per la stipula del contratto della P.A., altrimenti si incappa nella nullità*; Cass., S.U., 22.3.2010, n. 6827, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 3, 411; Cass., 26.1.2007, n. 1752, cit., la quale esamina nel dettaglio la questione, precisando che dalla previsione derogativa dell'art. 17, r.d. n. 2440/1923 «– invocabile soltanto in quei negozi in cui, per esigenze di praticità, la definizione del contenuto dell'accordo è rimessa agli usi commerciali – non può ricavarsi la regola che in qualsiasi contratto della p.a. la forma scritta "ad substantiam" debba ritenersi osservata anche quando il consenso si formi in base a atti scritti successivi atteggiatisi come proposta e accettazione tra assenti»; Cass., 18.4.2006, n. 8950, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2442; T. Pescara, 8.5.2012, n. 656, in *Juris Data*, 2012; T. Roma, 27.4.2012, n. 8522, in *Juris Data*, 2012; implicitamente, nello stesso senso v. le decisioni citate nella precedente nota. In senso adesivo, MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 134 s. *Contra*, Cass., 26.3.2002, n. 4290, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2003, 61, ad avviso della quale, infatti, ai fini del perfezionamento di un contratto d'opera intellettuale tra un professionista ed un Comune e della conseguente maturazione del diritto al compenso in capo al medesimo professionista, possono essere sufficienti anche gli scambi di missive tra l'ente locale e il soggetto incaricato; Cass., 13.6.2000, n. 8023, *ivi*, 2001, 245; Cass., 10.7.1996, n. 6262, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 965.

¹²⁵ In tal senso, Cass., 16.2.2012, n. 2266, in *Guida dir.*, 2012, 22, 26 (s.m.).

unico destinatario l'organo legittimato ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente¹²⁶.

8. L'oggetto del contratto d'opera intellettuale: premessa. Contratto d'opera intellettuale e contratto attributivo della creazione intellettuale

L'esame dell'oggetto del contratto d'opera intellettuale aggiunge alle tradizionali e delicate problematiche sull'oggetto del contratto in generale difficoltà del tutto peculiari. Quanto alle prime, sembra opportuno prendere posizione a favore della definizione dell'oggetto del contratto che consegue all'attuale configurazione del negozio giuridico quale fenomeno complesso che si articola attraverso una molteplicità di momenti. Tra questi, vanno menzionati quello della fattispecie, caratterizzata, oltre che da una dimensione materiale, da un profilo ideale programmatico; quello dell'efficacia (eventualmente da scomporre, assegnando autonomia al vincolo rispetto agli effetti diretti negoziali); ancora, quello ulteriore dell'esecuzione, cui spetta realizzare la trasformazione della realtà, massimamente materiale, sulla quale gli effetti, da soli, non sono in grado di incidere. Alla luce di tale articolazione, l'oggetto del contratto si colloca nel momento ideale della fattispecie negoziale e di questo rappresenta, secondo una nota opinione, l'insieme dei risultati programmati¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. Cass., 2.5.2007, n. 10123, in *Foro it.*, 2008, I, 1226, con nota di Francioni; Cass., 26.1.2007, n. 1752, in *Mass. Foro it.*, 2007, 124; Cass., 24.11.2005, n. 24826, cit.; Cass., 2.7.1997, n. 5944, in *Giust. civ.*, 1997, I, 3049.

¹²⁷ Per tale nozione di oggetto, senza pretese di completezza, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 300; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 803 ss.; FURGHUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria generale del contratto*, Milano, 1974, 147 s.; BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 1984, 317; GABRIELLI E., *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987; ID., *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1346-1349 c.c., Milano, 2001; ID., in questo *Commentario*, sub artt. 1346-1349 c.c., 707 ss.; ID., *Il contratto ed il suo oggetto nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 23 ss.; GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, 3 ss.; LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2011, 47 ss. Sul tema cfr. anche UGAS, *Il negozio come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, Torino, 2002, 37 ss. Quando dell'oggetto si assume, come in tale definizione, una visione prospettica, la sua distinzione dalla causa sembra risiedere nella considerazione di esso disgiunta dal profilo più strettamente valutativo. In questo senso, "la prestazione e il risultato di questa", oggetto dell'obbligazione di cui si dovrà discorrere, sono prima di tutto oggetto del contratto nel senso delineato. Il carattere vincolante espresso nel programma negoziale, anch'esso in termini ideali e programmatici, costituisce il collante giuridico e una sorta di *habitat* specifico in cui i risultati vengono inseriti, così che la loro coincidenza con la funzione concreta espressa

Svolte queste precisazioni di ordine generale, tutta la nostra attenzione va dedicata alla prestazione d'opera intellettuale alla quale espressamente l'art. 2230 c.c. si riferisce indicandola come l'oggetto del contratto in questione, che, anzi, da tale prestazione prende il nome¹²⁸; spetta infatti a quest'ultima il compito di costituire l'elemento identificativo per eccellenza del tipo, mentre al compenso è rimesso il ruolo, più limitato, di assegnare la figura in discorso alla categoria dei contratti almeno naturalmente onerosi ed a prestazioni corrispettive¹²⁹.

Nell'espressione «prestazione d'opera intellettuale» il legislatore dà spazio ai due momenti che compongono “la prestazione” intesa secondo la terminologia adottata in via generale in tema di obbligazioni. In quest'ultima formula è raccolta, in modo unitario, la complessa operazione di trasformazione della realtà materiale (o immateriale) e giuridica dipendente dall'attività del debitore, che viene dedotta entro l'obbligazione. Al fine di delinearne più precisamente il concetto appare innanzitutto utile domandarsi se il carattere dell'intellettualità sia da riferire alla prestazione¹³⁰ o piuttosto all'opera

dal contratto è solo frutto della sintesi e della reciproca, quanto inevitabile, interazione. In tale collocazione, come programma da realizzare in termini giuridicamente rilevanti, oggetto e causa costituiscono punto di riferimento degli effetti. Questi ultimi dunque presuppongono i primi e li riproducono, naturalmente entro una dimensione, quella effettuale, nuova. È dunque vero che, soprattutto muovendo dalla tesi per cui la causa rappresenta la sintesi degli effetti giuridici essenziali, il giurista si comporta come l'ubriaco che vede doppio, ma questo non è sintomo di errore, giacché gli effetti non possono che riprodurre, in una nuova dimensione, il contenuto programmatico ideale definito dalle parti, traducendo, per l'appunto, il programma concepito in congruenti modificazioni della realtà giuridica.

¹²⁸ Sul concetto di prestazione d'opera intellettuale v. anche il commento all'art. 2229 c.c. Dal discorso qui svolto appare peraltro rilevante distinguere il carattere intellettuale della prestazione dal carattere intellettuale dell'*opus*. Infatti, mentre ogni attività implica anche uno sforzo intellettuale, non ogni attività si traduce in risultati intellettuali identificabili in ragione della novità che esprimono sul piano ideale. Per ulteriori approfondimenti, v. sempre il commento all'art. 2229 c.c.

¹²⁹ Sul ruolo che la prestazione ricopre nell'individuazione dei tipi contrattuali, cfr., in particolare, DE NOVA, *op. cit.*, 84 ss. L'assenza della controprestazione, quando il tipo legale è concepito come, almeno naturalmente, oneroso, come parrebbe in questo caso – ma la questione è discussa (v. *supra*, § 4 e il commento all'art. 2233 c.c.) –, pone il problema del rapporto tra il contratto così conformato legislativamente e la donazione: sul punto, v. CAREDDA, *Le liberalità*, cit., 62 ss. Il problema dei rapporti del contratto d'opera intellettuale con la donazione appare di più facile definizione se si identifica la causa del primo nella soluzione di problemi di natura *lato sensu* scientifica o tecnica come emerge dall'art. 2236 c.c. Così ragionando infatti il tipo risulta identificato in modo autonomo, indipendentemente dalla presenza del compenso e la sua stessa dimensione onerosa e sinallagmatica assumono una differente rilevanza.

¹³⁰ Sul tema della nozione di obbligazione, è tutt'ora aperta la discussione tra teorie patrimonialistiche e teorie personalistiche. Solo apparentemente intermedie sono poi le tesi che ravvisano nell'attività del debitore un elemento strumentale rispetto al risultato, quando fini-

e se sia pertanto equivalente parlare di prestazione intellettuale d'opera e di prestazione d'opera intellettuale; appare fondamentale chiarire, altresì, il rapporto tra tale figura e i contratti che hanno per oggetto il trasferimento di un'opera intellettuale, come quelli di editoria o i contratti deputati alla circolazione di diritti d'autore o di diritti su altre creazioni intellettuali.

In merito al primo quesito, rinviando per il resto a quanto già precisato in precedenza¹³¹, non sembra che le due formule abbiano lo stesso significato. In particolare, mentre è plausibile affermare che ogni attività umana abbia una componente intellettuale, data la fondamentale unità tra mente e corpo nell'agire, non ogni opera, o risultato dell'azione, possono definirsi intellettuali. È intellettuale soltanto ciò che coinvolge, in modo decisivo, valori immateriali e, dunque, quanto in prevalenza consiste in un'entità immateriale. Risulta confermato, anche per questa via, che il trattamento speciale delle professioni intellettuali riposa sia sulla tutela degli interessi della persona del destinatario della prestazione intellettuale, sia, quantunque oggi si sia disposti ad affermarlo con minor forza rispetto al passato, sulla protezione diretta degli interessi della persona del professionista e sulla particolare rilevanza anche costituzionale di entrambi¹³².

scono con l'identificare in quest'ultimo il bene dovuto, o le tesi che distinguono tra attività del debitore e cosa o fatto alla prima conseguenti, per ravvisare in questi ultimi entità a sé stanti, sulle quali misurare la divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione. Tali soluzioni infatti istituiscono una separazione tra attività e risultato quando invece la prestazione è una entità unitaria la cui scomposizione può avvenire solo a fini di semplificazione. In particolare, alla teoria che attribuisce alla cosa o al fatto la valenza di "elementi distinti dall'attività del debitore", può rimarcarsi come il fatto non sia niente di diverso dal "fare", se non per il momento in cui si prende in considerazione, e la cosa sostituisce il fatto per indicare il momento conclusivo e di sintesi dell'attività del debitore. Per le teorie proposte in ordine al concetto di prestazione, oltre agli Autori e ai contributi che verranno richiamati in seguito, cfr. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 70 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, 194 ss.; RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 ss.; CICALA R., *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953; MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 819 ss.; SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche d'appartenenza*, Milano, 1982, 74 ss. Potrebbe obiettarsi che l'idea accolta del concetto di prestazione non dà ragione del carattere negativo che essa può assumere, allorché consista in una mera astensione. A tale osservazione può risponderci che la prestazione negativa è tanto priva di un fatto, quanto è priva di un fare. È ovvio cioè che il concetto di prestazione negativa assegna una valenza all'assenza di qualcosa "nella realtà", e ciò vale tanto per il (non) fare quanto per il "(non) fatto" in cui quel "(non) fare" si traduce.

¹³¹ V. il commento all'art. 2229 c.c., § 2.

¹³² La considerazione degli interessi del cliente non può andare disgiunta da quella degli interessi del professionista che dei primi tramite il contratto d'opera professionale si rende il custode e l'artefice. Basti al riguardo pensare al carico di tensione morale e psicologica

Quanto al secondo, deve premettersi che la corretta identificazione della prestazione d'opera intellettuale e la sua relazione – all'interno dell'obbligazione che la contempla – con “il risultato”, costituisce il punto di riferimento di ampie discussioni, se non di vere e proprie dispute dottrinali. Come spesso accade in questi casi, si ha la sensazione, nel ripercorrerle, che qualcosa di fondamentale e per così dire, di primigenio, rischi di sfuggire all'attenzione, tanti e tali sono i rivoli in cui la trattazione si è spinta. Nel tentativo di recuperare quanto forse si è smarrito, ci pare debba essere messo in primo piano e sottoposto ad analisi proprio il concetto di prestazione d'opera intellettuale.

Per evitare equivoci terminologici, è opportuno anticipare alcuni degli esiti ai quali l'indagine sul tema appare in grado di condurre, esiti coerenti, peraltro, con gli approdi di gran parte della moderna dottrina sull'argomento. Del concetto di risultato, infatti, si possono offrire diversi significati, tutti riscontrabili, almeno a nostro avviso, sia nelle obbligazioni cc.dd. di mezzi, sia nelle obbligazioni cc.dd. di risultato. Esso ha in primo luogo il significato di entità ontologica oggettiva distinguibile dall'attività del debitore¹³³, ma presenta anche una coloritura specificamente giuridica allorché tale termine si utilizza per indicare l'acquisizione alla sfera del creditore del risultato ontologico appena delineato¹³⁴.

La terminologia adottata dal legislatore lascia emergere la presenza di un profilo oggettivo, che ha valenza di risultato rispetto al mero *facere*¹³⁵,

che implica la condivisione, seppure sul piano professionale, di problemi di così decisiva importanza come quelli delicatissimi attinenti alla salute del malato o alla difesa processuale dell'imputato.

¹³³ La possibilità di distinguere il risultato dall'attività peraltro è come detto un'operazione ammissibile solo entro certi limiti (v. *supra*, nt. 135), poiché nel risultato si racchiude l'attività stessa tramite la quale esso è stato raggiunto. V. tuttavia MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 207, ad avviso del quale esisterebbe un risultato in senso “ontologico”, distinto dall'attività del debitore, nelle obbligazioni di risultato, mentre non ricorrerebbe nelle obbligazioni di mezzi.

¹³⁴ La distinzione appena esposta può essere sintetizzata come segue: 1) esecuzione della prestazione, 2) acquisizione della medesima nella sfera giuridica del creditore. La molteplicità dei passaggi in cui la prestazione può essere articolata sarà chiarito meglio in seguito, ove si evidenzierà il significato della prestazione come processo di trasformazione della realtà in vista del conseguimento dell'interesse del creditore. Alle accezioni di risultato indicate nel testo, interne alla prestazione, si aggiunge la nozione di risultato inteso quale soddisfazione dell'interesse del creditore, che si colloca dentro l'obbligazione ma all'esterno della prestazione (v. anche nelle note successive), nozione che esamineremo nel paragrafo successivo.

¹³⁵ Parlare in termini distinti dei due aspetti è ovviamente, lo abbiamo segnalato, non sempre appropriato, poiché non esiste un fare senza un fatto, salvo discorrere del puro pensiero interiore (che d'altronde nemmeno è un fare). Quanto alle prestazioni negative v. *supra* in nota.

nel senso che ne rappresenta l'esito intellettuale (la diagnosi e la prognosi del medico, il parere o la strategia processuale elaborati dall'avvocato). In primo luogo, infatti, tale momento appare intrinseco al concetto di *opus* ("prestazione d'opera intellettuale"); in secondo luogo, analoga conclusione emerge dalla chiara correlazione e parallelismo tra l'opera intellettuale e l'opera manuale, oggetti entrambe del contratto che il legislatore ha disciplinato sotto le disposizioni generali (Capo I) delle norme dedicate al lavoro autonomo¹³⁶.

Il carattere intellettuale dell'*opus* rinvia al carattere intellettuale della professione e pone in una luce particolare il *facere* in cui essa si traduce all'interno del contratto. Sembra infatti che l'attività in questione, lungi dall'essere priva di un risultato, distinto ed autonomamente valutabile rispetto al mero *facere*, presenti piuttosto, come inscindibile dalla sua natura intellettuale¹³⁷, la capacità di produrne, evidentemente in forma immateriale, molteplici, ed in modo addirittura continuativo¹³⁸. La prestazione qui

¹³⁶ Sul rapporto tra contratto d'opera manuale e contratto d'opera intellettuale e sulla portata del rinvio operato dall'art. 2230 c.c. v. *supra*, § 2.

¹³⁷ Con ciò non si intende richiamare l'opinione, sostenuta da un autorevole Studioso, secondo la quale la prestazione d'opera intellettuale avrebbe un risultato intrinseco all'attività svolta e coincidente con l'applicazione della diligenza professionale richiesta. In questo senso MENGONI, *op. loc. ult. cit.* e per un cenno, *Id.*, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 119 ss. e 130.

¹³⁸ L'opera intellettuale, come l'opera manuale, rappresenta la dimensione oggettiva del momento soggettivo costituito dall'attività; quest'ultima infatti si traduce all'esterno necessariamente nella modificazione di un substrato di carattere in senso lato materiale, o se si preferisce ontologico. Come la dottrina più attenta ha rilevato, tale dimensione oggettiva non può andare disgiunta dall'attività ed è presente in tutti i tipi di obbligazione: cfr. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1280; D'AMICO, *La responsabilità ex repto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, 166 ss. Oltre a tale profilo oggettivo che ha valenza di risultato (ontologico), interno al concetto di prestazione, esiste un ulteriore concetto di risultato, anch'esso inerente alla prestazione, rappresentato dall'ingresso del risultato ontologico nella sfera giuridica del creditore. Tale passaggio chiama in causa meccanismi effettuali di volta in volta differenti. Qualora l'opera sia di natura materiale o manuale (come si esprime il legislatore), si richiede che ne avvenga l'acquisto da parte del committente; questo sarà a titolo originario, se la materia per la costruzione dell'opera gli appartiene; a titolo derivativo, qualora la materia sia invece fornita dall'appaltatore; varianti di tale secondo meccanismo possono discendere dalla natura di bene mobile o immobile della materia, e ciò in ragione dell'eventuale applicazione dei principi della specificazione. Qualora l'opera sia intellettuale, il soddisfacimento dell'interesse del creditore non sempre richiederà l'acquisto della proprietà del *corpus mechanicum* in cui essa si traduce o l'acquisto della titolarità del diritto sul bene immateriale, da parte del cliente. Ciò non sarà necessario allorché l'opera intellettuale sia compiuta attraverso, o comunque interessi, un substrato che orbita già nell'aria di appartenenza del creditore. Gli atti compiuti dall'avvocato

in discorso si traduce dunque in risultati¹³⁹ immateriali, idee ed espressioni dello spirito creativo dell'uomo¹⁴⁰, capaci di innovare la realtà, anche quella giuridicamente rilevante. Essi possono ricevere e ricevono nel sistema, in contesti diversi dal contratto d'opera, apposita protezione legislativa e possono altresì formare oggetto di atti di disposizione assoggettati ad uno specifico trattamento giuridico¹⁴¹⁻¹⁴².

nel processo, per esempio, sono destinati, in ragione del sistema giuridico in cui sono inseriti, a ricadere nella sfera del cliente che può in tal modo "giovarsene". Altrettanto accade per gli atti che il medico compie direttamente sulla persona del paziente. Vi è dunque sicuramente la destinazione degli effetti giuridici e materiali dei risultati conseguiti alla sfera di appartenenza del creditore, il che implica inevitabilmente o l'acquisizione al creditore di nuove situazioni giuridiche, o la modificazione di quelle esistenti.

Va precisato inoltre che esiste un altro concetto di risultato, questa volta esterno alla prestazione, rappresentato dall'interesse del creditore di cui all'art. 1174 c.c. La prestazione d'opera immateriale è diretta a realizzarlo e tuttavia la soddisfazione o il pregiudizio di esso incidono sulla valutazione della responsabilità del debitore in modo differente rispetto a come vi incidono l'esecuzione o l'inesecuzione della prestazione. Sul problema della distinzione tra impossibilità della prestazione e impossibilità o pregiudizio del risultato-interesse, si tornerà ampiamente in seguito.

¹³⁹ Come già precisato in questo stesso paragrafo (v. *supra* nel testo e nelle ntt. 107 ss.), tale concetto di risultato è solo uno dei tanti che il termine può assumere. Si tratta in particolare di una di quelle accezioni che attiene al risultato compreso entro il concetto di prestazione, da cui si distingue quello esterno a quest'ultima, coincidente con l'interesse del creditore. Sulla questione v. anche *infra*, § 13.

¹⁴⁰ Cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 128 e 138, il quale osserva: «In ogni caso, il risultato professionale non è mai un prodotto materiale, quanto, piuttosto, un bene immateriale. Nell'ipotesi in cui tale bene immateriale giunga ad avere una propria estrinsecazione rispetto all'attività che lo ha prodotto (come nella fattispecie – per il notaio – della redazione di un contratto, o – per il professionista tecnico – del progetto ingegneristico), non deve confondersi il prodotto della prestazione intellettuale (in quest'ultimo caso, l'idea progettuale), bene immateriale costituente il così detto *corpus mysticum*, con il mezzo per rappresentarlo (*corpus mechanicum*), oggetto della prestazione essendo non il plastico, il modello, le carte, i grafici, i fogli in genere del progetto o del contratto (supporto materiale, che si configura come un mero strumento di espressione), ma, piuttosto, l'opera intellettuale rappresentata in quelle carte».

¹⁴¹ Si pensi alla ricostruzione di un istituto giuridico o alla soluzione di una questione giuridica realizzati a fini difensivi o per rendere un parere al cliente da parte dell'avvocato, attività intellettuali che potrebbero tuttavia essere effettuate anche a fini meramente scientifici o editoriali.

¹⁴² La distinzione tra prestazione, comprensiva del risultato in senso ontologico e del risultato in senso giuridico (costituito dall'acquisto del primo), e l'interesse del creditore è particolarmente evidente nella prestazione d'opera intellettuale, ma esiste in ogni genere di rapporto obbligatorio e finanche nell'attribuzione traslativa. Il confronto fra contratto di prestazione d'opera intellettuale e contratto attributivo della creazione intellettuale rende opportuno sin d'ora verificare se anche in quest'ultimo trovino spazio le varie nozioni di risultato già evidenziate per i contratti ad effetti obbligatori ed in particolare il concetto di risultato interesse (sul quale v. § 9). A noi sembra che anche l'attribuzione traslativa sia diretta a realizzare l'interesse

Sulla base di tale riflessione, diversamente da quanto generalmente si afferma¹⁴³, ci pare opportuno individuare un aspetto di fondamentale differenza tra i contratti che hanno ad oggetto il trasferimento di un *opus* immateriale – come quelli nei quali viene commissionata, per l’acquisto, un’opera d’arte, un’opera scientifica o letteraria, o i diritti d’autore ad esse correlati – ed i contratti che hanno ad oggetto, invece, ai sensi dell’art. 2230 c.c., «una prestazione d’opera intellettuale»¹⁴⁴. Nei primi, infatti, assume priorità l’acquisto e/o il godimento dell’opera intellettuale finale (ed è quest’ultima a formare oggetto diretto dell’impegno pattizio), e carattere strumentale l’attività necessaria a produrla; ovvero, se si vuole dirla in altri termini, l’attività è strumentale rispetto al risultato immateriale ed è quest’ultimo a formare oggetto diretto dell’impegno pattizio. Il contratto contempla al suo interno come essenziale un momento traslativo o attributivo di un diritto di godimento, posto che l’obiettivo è consentire ad altri di sfruttare economicamente e/o spiritualmente, con le modalità che il legislatore prevede, il bene immateriale in cui l’opera intellettuale consiste. A questo gruppo si devono ascrivere i contratti di editoria e i contratti con

dell’acquirente quale entità esterna all’effetto traslativo. Tale interesse (qui come negli altri casi) ha un duplice contenuto: coincide col giudizio di corrispondenza con l’attribuzione programmata, ma conserva anche la sua natura di entità psicologica e naturalistica. Può accadere dunque, in qualunque caso, che l’esecuzione sia esatta, ma l’interesse in senso psicologico non sia soddisfatto. Se ciò avviene per comportamenti del debitore, ancorché differenti dall’attribuzione/esecuzione, il debitore è da ritenersi inadempiente. Può d’altronde capitare il contrario, ovvero che nonostante l’inesattezza, il creditore realizzi il proprio interesse, o questo sia pregiudicato per altra via. In tal caso non potrà configurarsi alcuna responsabilità, salvo verificare le modalità in cui è avvenuto il soddisfacimento dell’interesse, per stabilire il diritto del debitore al compenso.

¹⁴³ La dottrina, infatti, non attribuisce una particolare valenza all’eventuale natura artistica della prestazione o, più in generale, al fatto che il contratto abbia ad oggetto un’altra creazione intellettuale (formule o scoperte innovative in capo medico, chimico, ecc.), limitandosi ad affermare che il contratto d’opera intellettuale può avere ad oggetto anche una prestazione artistica o che le professioni artistiche debbono essere equiparate a quelle non protette: nel primo senso, oltre alla stessa *Relazione ministeriale al codice civile* (n. 107), v. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 116; PERULLI, *op. cit.*, 382; GALGANO, *Professioni intellettuali, impresa e società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 1 ss.; IBBA, *La categoria «professione intellettuale»*, in IBBA, LATELLA, PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ, *op. cit.*, 22; CATTANEO, *op. cit.*, 18. Afferma che il contratto d’opera intellettuale deve «riferirsi» sia ai liberi professionisti in generale (e dunque anche a quelli non appartenenti alle professioni cc.dd. protette), sia agli artisti, già in precedenza, cfr. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, 210.

¹⁴⁴ Non merita approfondire ulteriormente l’analisi evidenziando che la stessa opera intellettuale è differente nei due casi, collocandosi quella del contratto d’opera intellettuale in genere in uno stadio di sviluppo ulteriore della prestazione “creativa”, quello che ne comporta l’applicazione diretta da parte del professionista, alla sfera del cliente.

i quali si commissiona la realizzazione di opere letterarie o artistiche, o di formule innovative nel campo chimico, farmaceutico, cosmetico, fisico, medico, ecc., in quanto in essi il *facere* non è l'oggetto diretto della regolazione giuridica, giacché il punto di riferimento della pattuizione è piuttosto il risultato intellettuale ben identificabile e, per così dire, rispetto ad altri eventualmente realizzati in corso d'opera, finale. Di questo, non solo è previsto il conseguimento, ma soprattutto il trasferimento (e godimento) al creditore/acquirente dei diritti di godimento e sfruttamento economico che lo concernono.

Nei secondi, l'interesse è appuntato, invece, sull'attività di prestazione d'opera intellettuale, pur essendo contemplata, anche in questo caso, l'acquisizione dei risultati di essa, seppure in genere attraverso meccanismi di tipo originario, o attraverso la semplice destinazione alla sfera del creditore degli effetti giuridici o anche materiali dell'*opus*¹⁴⁵. Non a caso, il regolamento contrattuale e la stessa disciplina legislativa pone l'accento sull'attività, al fine di assicurarne il controllo, e solo in via consequenziale sul risultato, e non il contrario.

Si ripropone, per certi versi, la distinzione, applicata all'area delle opere materiali, tra vendita o contratti traslativi (di cose da costruire), da una parte, e contratti di appalto e d'opera manuale dall'altra, e quanto si dice per procedere alla qualificazione, in un senso o nell'altro, sul carattere strumentale, nei primi e non nei secondi, dell'attività di produzione dell'*opus*¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Anche tali ipotesi sono riconducibili al concetto ampio di acquisto. La ricaduta degli effetti giuridici o materiali non potrà infatti che incidere nella sfera del creditore modificando giuridicamente o materialmente le situazioni giuridiche di questo, o costituendone di nuove. Si pensi per le ipotesi del primo tipo alla modificazioni delle situazioni giuridiche del cliente difeso dall'avvocato o a quelle che attengono alla sfera del paziente su cui interviene l'opera del chirurgo. Un caso emblematico esemplificativo dell'una (modificazione) e dell'altra ipotesi (costituzione), è quella delle gestione del mandatario (con o senza rappresentanza). Sul tema cfr. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit.

¹⁴⁶ Tali argomentazioni e conclusioni trovano conferma anche nella giurisprudenza: cfr. A. Napoli, 18.11.2008, in *Dir. Autore*, 2010, 1, 77, con nota di Tozzi, nel quale si legge che: «Il contratto con il quale chi ha già creato un'opera dell'ingegno cede ad un editore i diritti di utilizzarla economicamente e l'editore s'impegna a riprodurla e porla in vendita ed a pagare all'autore i compensi pattuiti, qualora, come nella specie, si riferisca ad un'opera rientrante tra quelle protette dalla l. 22 aprile 1941 n. 633, deve essere giuridicamente qualificato come un contratto di edizione, trova la sua fondamentale disciplina negli art. 118 e ss. di tale legge e non può in alcun modo essere assimilato ad un contratto di prestazione d'opera, come definito dall'art. 2222 c.c., e nemmeno ad un contratto di prestazione d'opera intellettuale, come definito dall'art. 2230 c.c., per la semplice ma assorbente ragione che la causa di entrambi questi due contratti è incompatibile con la preesistenza dell'opera, giacché postula che la

Alla stessa stregua di quelli che hanno per oggetto una prestazione d'opera manuale e non l'opera compiuta (o meglio, il trasferimento della stessa), ancorché da produrre, anche quelli che hanno ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale e non l'opera intellettuale stessa (intesa come creazione, eventualmente ancora da realizzare), non sempre – anzi, in quelli relativi alle opere intellettuali l'ipotesi è assai più rara rispetto a quelle manuali – contemplano un momento traslativo propriamente detto. In essi, la realizzazione dell'interesse del creditore, ovvero il godimento dell'opera intellettuale, è conseguito dal cliente quasi sempre in ragione dell'appartenenza allo stesso del substrato nel quale l'attività professionale si inserisce o a cui si applica.

Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, la differenza in discorso è addirittura più evidente, contemplando in genere quest'ultimo, non solo l'attività creativa in senso stretto dell'opera, ma anche quella

realizzazione dell'opera sia oggetto dell'obbligazione principale a carico di una delle parti contraenti (cioè del prestatore d'opera) e, dunque, una correlazione (più o meno intensa, a seconda dei casi), anche di carattere temporale, tra la retribuzione dovuta dal committente al prestatore d'opera e le energie e le capacità lavorative richieste a quest'ultimo. Ma deve ritenersi che la stessa conclusione valga per il caso di chi cede ad un editore i diritti di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno non ancora creata ma che egli s'impegna a creare verso l'impegno dell'editore a riprodurla e porla in vendita ed a pagargli i compensi pattuiti. Anche in questo caso, per vero, ci si trova di fronte ad un contratto di edizione, e ciò perché come nel contratto di edizione di un'opera dell'ingegno già creata dall'autore, non è la prestazione delle energie necessarie alla realizzazione dell'opera, non è la creazione dell'opera, cioè un "facere", ma la consegna dell'opera, una volta che questa sarà creata, cioè un dare, l'oggetto della principale delle obbligazioni a carico dell'autore (o, per meglio dire, del futuro autore)».

Il godimento dell'opera intellettuale è considerato da Cass., 28.8.1993, n. 9135, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 158, ad avviso della quale: «Il conferimento ad un ingegnere dell'incarico della sola progettazione di massima di un edificio, comporta per il professionista l'obbligo non solo di compiere gli studi della possibilità di realizzazione del fabbricato e di redigere il progetto, basato sui risultati delle indagini effettuate, ma anche di consegnare materialmente il progetto al cliente, consistendo la sua prestazione, attesa la causa del contratto d'opera intellettuale, nello svolgimento dell'attività tecnica oggetto dell'incarico e nella messa a disposizione del cliente del risultato del lavoro intellettuale allo scopo di consentirgli una valutazione orientativa dell'opera per l'eventuale passaggio dalla fase preparatoria a quella esecutiva della costruzione». Tale ultima pronuncia è solo apparentemente estranea al tema qui trattato. Evidenzia infatti come nel contratto d'opera intellettuale non sia dedotto direttamente il trasferimento di un bene immateriale, ma l'acquisizione e il godimento del risultato immateriale finale, acquisizione e godimento che nella specie sono assicurati attraverso la possibilità di applicare il progetto alla costruzione dell'opera manuale: il risultato giuridico immateriale, cioè l'acquisto alla sfera del creditore del bene immateriale è tutt'uno con l'acquisto dell'opera materiale che lo include.

applicativa. Sebbene infatti in esso l'opera immateriale sia considerata, ed anzi di regola ne siano previste molteplici (si pensi, per esempio, agli atti giudiziari redatti dal difensore nel corso del giudizio), la realizzazione è intesa come momento strumentale rispetto a qualcos'altro e dunque è degradata a mezzo e come tale inclusa nell'attività richiesta senza che di quest'ultima possa rappresentare di per sé il risultato finale¹⁴⁷. L'interesse del cliente è perseguito infatti attraverso l'esplicazione dell'attività concernente la creazione dell'opera, in virtù delle stesse modalità di realizzazione di questa, nonché attraverso gli effetti giuridici e trasformazioni materiali che essa (l'attività) implica; essi coinvolgono non la sfera di appartenenza del professionista, ma direttamente quella del creditore, non solo quella materiale oggetto dell'ordinario regime proprietario (come accade nel caso degli atti giudiziari creati in nome del proprio assistito), ma anche quella, ancora più delicata e protetta, della persona (come si verifica, per esempio, nel caso delle prestazioni mediche e, più in generale, sanitarie).

L'attività intellettuale incide infatti talvolta sulla sfera giuridica del creditore quale centro di imputazione diretta o indiretta degli effetti dell'attività del debitore – si pensi all'attività processuale svolta dall'avvocato in nome e per conto del cliente in forza di una procura alle liti –, talvolta interviene sulla dimensione fisica o psichica del cliente – come accade per il chirurgo o lo psichiatra – o ancora, coinvolge il soggetto attivo per il semplice dato materiale che riguarda fatti a lui occorsi – si pensi, in proposito, al parere reso da un avvocato –, oppure la condizione patologica del paziente – si pensi in tal caso al consulto del medico –.

Una simile prospettiva ribalta quella tradizionale¹⁴⁸, giacché l'obbligazione che trova la sua fonte in tale tipologia contrattuale sarebbe eventualmente da chiamare di mezzi per la circostanza di degradare l'opera (intellettuale) – che è, pur con le peculiarità legate alla sua natura immateriale, risultato –

¹⁴⁷ Cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 123 ss.

¹⁴⁸ Resta invece da verificare se quanto detto trovi una qualche rispondenza nella terminologia romana che accomunando sotto la medesima categoria della locazione tanto la *locatio operis*, quanto la *locatio operarum*, ravvisava un momento di godimento da parte del cliente anche rispetto al *facere*, e dunque, per come oggi ragioniamo, anche rispetto ai beni immateriali in cui quell'attività si traduce.

a strumento per la realizzazione di risultati ulteriori in capo al creditore¹⁴⁹. Si può argomentare al riguardo sulla base di quanto stabilito dall'art. 2236 c.c.

¹⁴⁹ La dottrina discute anche se possa ricomprendersi o meno la prestazione d'opera intellettuale entro il concetto di "servizio". Sul punto cfr. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1998, 137-225, in particolare 139, nt. 1. Lo studioso propone di costruire un terzo genere d'ipotesi, rispetto alla distinzione tra servizi e professioni intellettuali; esso sarebbe individuabile «ove si ritenga che la responsabilità presenti aspetti differenziati a seconda che riguardi la violazione di una obbligazione contrattuale ovvero il controllo dell'attività professionale», cioè a seconda del fatto che la prestazione d'opera intellettuale venga eseguita in adempimento dell'omonimo contratto o al di fuori di tale contesto. Il problema è esaminato dall'Autore al fine di verificare la convergenza o autonomia tra disciplina del contratto d'opera intellettuale e disciplina dell'attività professionale, soprattutto rispetto al tema della responsabilità. Invero la presenza di doveri di condotta di natura professionale rende estremamente difficile segnare la linea di confine tra l'una e l'altra ipotesi e rende possibile, a contrario, ritrovare dentro il contratto doveri di condotta che operano anche indipendentemente da esso. Il tema è al centro inevitabilmente anche del nostro discorso. La nostra opinione è che vada recuperato entro il contratto un ambito di applicazione per i doveri di condotta professionali, differenti dalla prestazione, la cui violazione, poiché idonea a pregiudicare l'interesse del creditore, è ascrivibile all'area della responsabilità *ex contractu*. Un dato positivo a favore di tale conclusione è offerto dalla nozione di dolo e colpa grave cui alcune norme in tema di responsabilità rinviano e che ricevono dalla interpretazione esposta, almeno così a noi sembra, maggiore chiarezza e coerenza sistematica. Se si accoglie tale premessa, la linea di demarcazione tra responsabilità extracontrattuale per violazione dei doveri professionali e responsabilità contrattuale sempre per violazione degli stessi, è costituita dalla conclusione di un contratto d'opera intellettuale con la relativa programmazione di un obbligo di prestazione in funzione dell'interesse del creditore predeterminato in contratto. La questione involge inevitabilmente la discussione sul trattamento cui assoggettare l'attività, soprattutto medica, svolta dal professionista a favore del paziente entro le strutture sanitarie pubbliche o private. Rinviano per ulteriori approfondimenti a quanto diremo più avanti, in questa sede può evidenziarsi che, muovendo da una linea di continuità (come sopra è emerso, v. il commento all'art. 2229 c.c.) tra attività del professionista intellettuale e prestazione d'opera intellettuale, e dal rilievo della presenza, nell'una come nell'altra, tanto di vincoli legali all'esercizio della professione, quanto di regole stringenti di carattere tecnico scientifico, il loro *discrimen* va indicato nell'esistenza o meno della volontà del paziente di ottenere la soddisfazione di un proprio interesse (piuttosto trascurata dalla tradizionale idea dell'obbligazione del professionista come obbligazione di mezzi), al cui fine sia preposto (v. tuttavia commento all'art. 2236 c.c.) un dovere di prestazione. Sembra allora importante appurare se esiste nel caso concreto la richiesta, da parte di un paziente, di una prestazione d'opera intellettuale nei confronti di una struttura ospedaliera. In tale ipotesi, si potrebbe identificare la conclusione di due diversi contratti. Uno è stipulato dal paziente con la struttura ospedaliera, al fine di godere dell'organizzazione dell'ente e del suo personale sanitario (così detto contratto di ospedalità). L'altro, interviene pur sempre tra il paziente e la struttura ospedaliera ma è teso a vincolare il cliente a concludere un contratto con il personale medico. Si tratterà di un negozio preparatorio che potrà assumere la fisionomia di un contratto preliminare unilaterale a favore di terzo (il medico), oppure di un'opzione (se si ammette la variante dell'opzione a favore di terzo), o ancora potrebbe essere un preliminare (sempre unilaterale) di opzione, anche in questo caso a favore del medico, o di proposta irrevocabile (se lo si ritiene configurabile) in vista della conclusione tra il cliente ed il medico, che verrà individuato dall'Ente, di un contratto di prestazione d'opera intellettuale. La volontà del paziente, quale che sia il procedimento utilizzato per esprimerla, ha ad oggetto un

Si tratta, invero, della norma più esplicita sulla valenza della prestazione d'opera intellettuale e sugli interessi tramite la stessa perseguiti, seppure sia diretta a delimitare la responsabilità del professionista. Da essa emerge come l'obiettivo perseguito dalla prestazione in esame è per l'appunto la soluzione di problemi attinenti alla sfera personale e materiale del cliente, soluzione alla quale, quand'anche non presenti speciali difficoltà, può pervenirsi solo tramite l'intervento di soggetti qualificati, dotati a tal fine di un elevato grado di conoscenza e di esperienza scientifica e tecnica.

9. Il significato ed il ruolo del risultato nel contratto di prestazione d'opera intellettuale

Merita ora un'apposita riflessione proprio il rapporto tra la prestazione, così come appena delineata, e l'interesse del creditore-cliente. Tale interesse è fondamentale, evidentemente, per identificare la prestazione dovuta e dunque, ancor prima, per quanto si è detto sopra, per stabilire l'oggetto del contratto. Solo l'interesse del cliente è in grado infatti di assicurare una visione realistica degli obiettivi programmati: laddove non si assumesse tale punto di vista, si navigherebbe inevitabilmente nel mare delle illazioni¹⁵⁰. Nessuno mette in discussione il dato empirico fondamentale per cui il professionista intellettuale è interpellato per raggiungere la soddisfazione dell'interesse del cliente ed in vista di ciò un risultato di estrema chiarezza ed evidenza, che per il cliente dell'avvocato è la soluzione della controversia a proprio favore, per il paziente la guarigione¹⁵¹, e così via discorrendo. Vero è, peraltro, che

contratto d'opera intellettuale ed è rivolta nei confronti di persona (in ipotesi) indeterminata e da determinare congiuntamente all'iniziativa dello stesso ente ospedaliero (quest'ultimo sarà responsabile comunque, in forza del rapporto che lo lega al paziente, dell'operato del medico, quale proprio ausiliario, oltre che per il difetto dell'apparato organizzativo messo a disposizione). Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 2, Padova, 2004, 66, che pare svolgere considerazioni simili a quelle da noi formulate.

Da notare che oggi la prestazione di opera intellettuale rientra nella nozione di prestazione di servizi ai sensi della direttiva 2006/123/CE (detta direttiva «servizi», attuata in forza di delega della legge comunitaria 2008 - l. 7.7.2009, n. 88 -, tramite il d.lg. n. 59/2010, ampiamente modificato, tra l'altro, dal d.lg. 6.8.2012, n. 147 (v. anche d.lg. 19.9.2012, n. 169). Per ulteriori ragguagli sulla nozione di prestazione di servizi nell'ordinamento comunitario v. il commento all'art. 2229 c.c., § 3.

¹⁵⁰ La nozione di risultato, inteso come soddisfazione dell'interesse del cliente, si ritrova anche in Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Italggiure.web*.

¹⁵¹ È evidente che tali formule presuppongono implicitamente l'esito di un giudizio giuridico concernente l'esatto adempimento. Quest'ultimo, come si vedrà, comprende e compone tra loro due differenti verifiche: l'una consiste nella valutazione della corrispondenza tra la

tanto il risultato-interesse, quanto la prestazione (come sopra intesa ed entro la quale è compreso il risultato ontologico e giuridico), andranno calati nel contesto costituito da un lato dalle condizioni materiali e giuridiche proprie della sfera del creditore, dall'altro dalle regole tecniche e scientifiche che governano la professione considerata¹⁵².

Cominciando da quest'ultimo profilo, si tratta di un dato riscontrabile, pur con le dovute differenze, anche nei contratti d'appalto e d'opera manuale, ove è evidente la necessità di ricondurre ai dettami regolamentari, specifici del caso, i *desiderata* delle parti e, segnatamente, del committente. Questo è vero a tal punto che nell'ambito del contratto avente ad oggetto una prestazione d'opera manuale si ravvisa un'integrazione automatica del suo contenuto attraverso le sopra richiamate regole tecniche, tanto quando non siano già convenzionalmente contemplate dalle parti, quanto nelle ipotesi in cui sia necessaria una correzione di quelle fissate in contratto in senso difforme¹⁵³.

prestazione dedotta in obbligazione ed il comportamento tenuto dal debitore, l'altra la considerazione di quegli avvenimenti estranei alla sfera del debitore che comunque, a prescindere dalla prestazione, abbiano pregiudicato (o in ipotesi realizzato) l'interesse del creditore, come anche di quei comportamenti, questa volta del debitore che, quantunque differenti dalla condotta dovuta, ugualmente lo abbiano compromesso.

¹⁵² Le regole tecniche assumono rilevanza anche allorché la prestazione d'opera intellettuale sia di natura artistica; può tuttavia darsi atto che il "professionista" in tal caso gode di una maggiore libertà d'azione di quella riscontrabile in altre attività intellettuali. Come già precisato nel precedente paragrafo, va tuttavia tenuta in considerazione la necessità di distinguere il contratto avente ad oggetto una "prestazione d'opera intellettuale", dal contratto avente ad oggetto il trasferimento dell'opera intellettuale stessa.

¹⁵³ V., per es., l'art. 1660 c.c. in tema di appalto. La norma stabilisce che il progetto venga variato qualora sulla base di esso non sia possibile procedere all'esecuzione dell'opera a regola d'arte. La dottrina e la giurisprudenza negano che la norma introduca un'eccezione alle disposizioni sull'impossibilità originaria o sopravvenuta (v. Cass., 1.9.2011, n. 18002, che esclude la nullità per difetto delle prescrizioni tecniche fissate in contratto e riconduce il problema ivi esaminato al piano esecutivo, nella specie all'istituto della mora *credendi*). La regola qui in esame segnalerebbe invece la caratteristica propria del contratto di appalto di non essere soggetto a nullità in caso di impossibilità originaria dell'oggetto per inadeguatezza delle regole tecniche, e così pure di non essere soggetto a scioglimento automatico per l'inidoneità sopravvenuta di quelle originariamente stabilite. Di tale avviso è RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 3, Torino, 1980, 148 s., secondo il quale si tratta di aspetto «che ricorre in tutti i contratti nei quali interviene una prestazione tecnica». Può dunque sostenersi che tali contratti siano sempre integrati dalle regole richieste per la realizzazione dell'opera, così che le previsioni delle parti sul punto saranno tendenzialmente da ritenere meramente ricognitive, salvo che per le scelte relative ai profili discrezionali lasciati aperti dai dettami tecnici. Le prescrizioni tecniche e scientifiche assolvono dunque un ruolo integrativo anche quando il contratto e l'obbligazione abbiano per oggetto una prestazione d'opera intellettuale. Ciò va tenuto presente, come vedremo, nel discutere sulla natura della diligenza di cui all'art. 1176, 2° co., c.c.

Se è vero che l'intellettualità dell'opera non può andare disgiunta da una maggiore libertà e discrezionalità nell'applicazione dei precetti dell'arte e della professione che la concernono, ciò non può scalzare completamente la verità di quanto appena affermato; semmai rende ancora più rilevante il profilo della responsabilità del professionista che operi, al momento dell'esecuzione, scelte improprie o che ometta l'osservanza delle regole indicate, considerato che a lui spetta individuare ed applicare le regole tecniche richieste dal caso. Sembra dunque necessario soffermarsi sia sul significato, sia sul ruolo che assume il risultato richiesto dal cliente, tanto nella sua empiricità, quanto alla luce del rivestimento tecnico e giuridico che riceve all'interno del contratto in questione.

La necessità di prendere le mosse dal risultato avuto di mira dal cliente non pare essere posta in discussione da nessuno¹⁵⁴. Ciò di cui piuttosto si dubita è se il risultato, inteso nel senso empirico evidenziato, entri o meno in obbligazione. Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, «l'oggetto della prestazione offerta dal professionista» sarebbe «un'attività intellettuale tecnicamente esatta», cioè «la prestazione del buon professionista»¹⁵⁵ ed «il risultato dovuto, ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: in breve, una buona cura»¹⁵⁶.

La questione è legata alla nota contrapposizione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che riceve una specifica applicazione allorché si delinea quella del professionista intellettuale¹⁵⁷. Rinviando al prosieguo dell'indagine la discussione sul punto e sulle ricadute della distinzione rispetto al tema della responsabilità, occorre ora concentrare l'attenzione sul contratto e sul suo oggetto. Se può affermarsi – aderendo all'idea che esista un'obbligazione di soli mezzi e nonostante le notevoli perplessità implicate da una simile dichiarazione – che il risultato nel senso indicato (cioè quale

Sulla base di quanto esposto, infatti, non sembra affatto necessario attribuire a quest'ultima il compito di determinare il contenuto del contratto e dell'obbligazione, ben potendo riservarsi alla diligenza richiesta dalla natura della professione esercitata la funzione di vestire qualitativamente l'attività esecutiva altrimenti definita (lo stesso ruolo ricoperto anche dalla diligenza ordinaria di cui al 1° co. dello stesso art. 1176 c.c.). La questione verrà esaminata più avanti.

¹⁵⁴ V., per esempio, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 123 ss., spec. 127 ss., il quale afferma: «Dato per presupposto che anche l'obbligazione assunta dal professionista nel contratto d'opera intellettuale, come ogni altra obbligazione contrattuale, sorge per il conseguimento del risultato *in obligatione*, è necessario chiarire ulteriormente il senso di tale termine» (*ivi*, 127).

¹⁵⁵ Così, fra gli altri, MUSOLINO, *ivi*, 115 e 129. Trattasi, peraltro, di formule consolidate.

¹⁵⁶ V. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 189.

¹⁵⁷ Avverte tale legame anche MUSOLINO, *op. ult. cit.*, 117.

“valore aggiunto” al quale mira il cliente) resti fuori dal contenuto dell’obbligazione, certo non può sostenersi che lo stesso resti fuori dal contratto e dal suo oggetto. La volontà delle parti e dunque gli interessi che la muovono, costituiscono infatti il motore tanto fondamentale quanto imprescindibile delle determinazioni negoziali.

Mentre chi parla di obbligazioni di mezzi è disposto ad escludere il risultato dall’obbligazione, o a ridefinirlo in ragione dell’esattezza della prestazione, rischia di trascurare, invece, il problema dell’oggetto del contratto. A chiunque verrebbe infatti difficile sostenere che il cliente conclude il contratto per ottenere un’esecuzione diligente dell’attività professionale (il cliente infatti non deve esprimere un “giudizio” sull’attività del professionista)¹⁵⁸, piuttosto che per soddisfare il suo interesse e dunque conseguire, se non il risultato in senso assoluto, almeno “qualche” risultato per lui soddisfacente. L’oggetto del contratto, come detto, ha infatti negli interessi concreti e reali delle parti il suo centro motore, da cui non si può prescindere. D’altra parte, questo non significa negare che al cliente interessi anche l’esattezza della prestazione. In base a quello che diremo oltre, essa è però richiesta dal cliente proprio per il legame causale tra attività e risultato da conseguire. Il riferimento al risultato impone inoltre di giudicare anche sull’imputazione degli eventi fortuiti che lo hanno impedito ai fini non solo dell’assegnazione della responsabilità, ma anche della distribuzione del rischio tra le parti e della relativa disciplina.

Non sembra inoltre che un’indicazione nel senso di escludere che il risultato desiderato dal cliente abbia ingresso entro l’oggetto del contratto possa desumersi dalla tipizzazione compiuta dal legislatore. Quest’ultimo, infatti, nel dettare la normativa sul contratto d’opera intellettuale, non manca di richiamarsi al risultato (v., per es., l’art. 2237, 2° co., c.c., che parla di risultato utile)¹⁵⁹ – per quanto, talvolta, limiti il riferimento anche alla

¹⁵⁸ L’argomento qui addotto ha un peso ed un senso adottando l’idea, propria dell’opinione considerata in termini critici, che possa esistere e discutersi di un’attività che prescinda dalla trasformazione della realtà materiale ed immateriale, e dunque che non rimanga impressa in quest’ultima tramite un *opus*.

¹⁵⁹ La scarsa attenzione riservata dagli interpreti alle norme che in tema di contratto d’opera intellettuale chiamano in causa il risultato è sottolineata da PERULLI, *op. cit.*, 418 s., per il quale invece in tutte le prestazioni di *facere* è dedotto un risultato lavorativo: «Evidentemente quest’ultimo andrà inteso non già in senso restrittivo, di trasformazione delle entità materiali oggetto del *facere* ma in un significato ampio e proprio, comprendente ogni modificazione della situazione di fatto – prodotta mediante un comportamento umano – idonea ad arrecare una utilità per il soggetto, a vantaggio del quale è compiuta». La prima nozione

sola prestazione¹⁶⁰ –. L'idea che non prenda una posizione diretta e chiara al riguardo trascura inoltre di considerare la valenza sistematica dell'art. 2236 c.c. già più sopra evidenziata. Il tutto, senza contare che la definizione legislativa di un modello di operazione economica, se può introdurre elementi di rigidità attraverso norme inderogabili, laddove sussistano particolari interessi da proteggere, riproduce in genere, per quanto possibile, quanto la pratica e la volontà delle parti esprimono.

Potrebbe, è vero, ipotizzarsi che, nella realtà concreta, sia lo stesso professionista ad estromettere non tanto il conseguimento del risultato sperato dal cliente dall'oggetto contrattuale, giacché la sua considerazione appare indispensabile per identificarne l'interesse, quanto la propria responsabilità o il rischio a suo carico, in caso di mancato conseguimento del medesimo. Al

di risultato non è radicalmente differente dalla seconda, più ampia perché è in grado di comprendere anche le modificazione della "realtà immateriale" (posto che quest'ultima possa ipotizzarsi senza che vi sia anche una trasformazione di quella materiale). In entrambi i casi abbiamo a che fare con un'accezione di risultato compreso nel concetto di prestazione. Vi è da aggiungere a tali significati quello che il risultato presenta come entità esterna alla prestazione, quantunque compresa in obbligazione *ex art. 1174 c.c.*: si tratta evidentemente del risultato-interesse. Di questo si parlerà diffusamente in seguito. Di diverso avviso è MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 114, il quale ritiene di poter affermare che alla prestazione d'opera intellettuale, «caratterizzata per definizione da un elemento preminente di intellettualità, rimane estranea qualsiasi ipotesi di mutazione della realtà concreta» e che con riferimento alla stessa, «dunque, può venire in rilievo soltanto l'attività posta in essere per il conseguimento del risultato che, peraltro, non può in genere ritenersi esattamente definito nel momento in cui viene stipulato il relativo contratto». Secondo lo stesso Autore, anche ad avviso della giurisprudenza nel contratto d'opera intellettuale ed artistica non rientrerebbe il risultato. «Infatti, secondo la giurisprudenza, non si può parlare di risultato, nel senso proprio della parola, siccome di un *opus* completo e perfetto, quando ci si trovi dinanzi a problemi di soluzione incerta» (*ivi*, 116). L'Autore richiama, in materia di prestazione d'opera artistica, la non recente pronuncia A. Venezia, 18.2.1961, in *Dir. lavoro*, 1961, II, 11, con nota di LEGA, *Il regista come lavoratore autonomo*. Tuttavia, non si può evidentemente pensare che le obiezioni alla configurazione dell'obbligazione professionale come obbligazione di mezzi (per tale soluzione cfr. Cass., 12.12.2006, n. 26522; T. Belluno, 11.5.2009, in *Riv. notariato*, 2009, 6, 1507), accolte dall'attuale giurisprudenza (basta citare per ora, Cass., S.U., 11.1.2008, n. 577 e Cass., S.U., 28.7.2005, n. 15781, cit.), soprattutto di legittimità, non colpiscano prima di tutto la definizione dell'oggetto del contratto d'opera intellettuale, entro il quale deve necessariamente ritagliarsi, a pieno titolo, giusto spazio al risultato da conseguire, inteso come soddisfazione dell'interesse che ha mosso il cliente al contratto. Un riferimento in tal senso, seppure con qualche elemento di equivocità, può leggersi in Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 9, 1824 (s.m.), con nota di GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, secondo la quale: «Le obbligazioni professionali sono dunque caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere di sottoporsi all'intervento chirurgico, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato».

¹⁶⁰ Sulle ragioni di queste scelte v. *infra*, § 14.

riguardo, andrebbe vagliata la legittimità di simili clausole, da una parte, alla luce dei limiti di validità previsti per tale genere di pattuizioni dall'art. 1229 c.c., dall'altra, alla luce della previsione legale di un limite alla responsabilità del professionista quale risulta fissato dall'art. 2236 c.c. Da queste norme, combinate tra loro ed alla luce dell'interpretazione che ci pare più convincente, emerge come il legislatore ammetta che possa attenuarsi il vincolo di prestazione preordinato al raggiungimento dell'interesse del creditore, mentre certamente non consente che il debitore non risponda per comportamenti che pregiudicano direttamente detto interesse (ipotesi che le norme identificano con il dolo e la colpa grave). Il che, tra l'altro, è estremamente ragionevole, non potendosi configurare un'obbligazione senza un *minimum* costituito dall'esistenza e tutela di un interesse del creditore.

Il profilo del rischio, introduce il tema della rilevanza della sfera di appartenenza del creditore. L'interesse orbita infatti in una dimensione che appartiene al soggetto attivo del rapporto, circostanza questa che ha inevitabili ripercussioni sulla disciplina dell'obbligazione.

Con una certa sicurezza, può dunque concludersi che il risultato-interesse programmato dal contratto d'opera intellettuale a favore del cliente sia, per l'appunto, la soluzione della controversia nel senso a lui favorevole – potremmo anche dire, più esattamente, nel senso a lui “quanto più favorevole sia possibile”, e la sottolineatura riceverà un'apposita giustificazione dal successivo svolgimento del discorso –, nel caso del contratto concluso dal cliente con l'avvocato, o la guarigione, dunque il recupero della salute nella misura in cui sia possibile, nel caso di contratto intervenuto con il medico, e così via discorrendo.

Tale risultato, in quella professionale come nelle altre obbligazioni, corrisponde a due significati differenti. Esso è l'esito positivo del giudizio di conformità del comportamento (non separato dalla trasformazione del reale) tenuto dal debitore (nel nostro caso dal professionista) e la prestazione programmata come dovuta; ma è anche un'entità naturalistica alla quale la prestazione tende, con la quale tuttavia essa non coincide e rispetto al cui raggiungimento concreto possono opporsi ostacoli compresi nella sfera del creditore e posti nel suo esclusivo controllo o rischio.

Concludendo su queste prime problematiche può precisarsi che la definizione dell'oggetto del contratto d'opera intellettuale avviene attraverso due criteri fondamentali. 1) Da una parte in ragione del risultato-interesse da conseguire. Anche quanti qualificano di mezzi l'obbligazione del professionista intellettuale, non dubitano infatti che il contratto venga concluso in vista

della soluzione di problemi prospettati dal cliente e dunque in ragione del conseguimento di più o meno definiti “risultati” da realizzare. 2) Dall'altra, al professionista spetta il compito gravoso di individuare il percorso, la prestazione, da tenere per il loro raggiungimento, il tutto nel rispetto delle regole proprie della professione esercitata.

A fronte di ciò due sono anche le problematiche che meritano particolare attenzione. 1) Quanto al profilo dell'identificazione del risultato, si tratta di stabilire se la circostanza che il professionista ritenga possibile il conseguimento del risultato e opportuno raggiungerlo seguendo una certa strada, piuttosto che un'altra, sia di per sé fonte di responsabilità. 2) Quanto al profilo dell'identificazione dell'attività tramite la quale conseguirlo, vi è da chiedersi quale sia la sorte delle determinazioni del contratto che prescrivano comportamenti contrari alle regole della professione, e quale sia altresì la sorte del contratto nel medesimo caso.

Un coordinamento con la disciplina prevista in tema di contratto d'opera manuale e di appalto, che dei tipi contrattuali aventi ad oggetto una prestazione d'opera costituisce il paradigma fondamentale, anche in ragione della completezza della relativa disciplina¹⁶¹, potrebbe essere utile per affrontare adeguatamente entrambe le questioni. La linea di continuità che si intende instaurare tra il contratto del professionista intellettuale e gli altri contratti d'opera, nonché la stessa disciplina generale delle obbligazioni, per la soluzione di alcuni problemi complessi che attengono al tipo contrattuale in esame, rappresenta indubbiamente una precisa scelta metodologica e, come tale, merita un'apposita spiegazione. Questa risulta tanto più necessaria considerato che, soprattutto in tema di responsabilità e di rischio nelle obbligazioni, è frequente rinvenire in dottrina l'opposta affermazione. Sono molti a ritenere infatti che i principi espressi dalla disciplina generale su entrambi i temi (responsabilità e rischio) subiscano vere e proprie alterazioni nella disciplina speciale dettata per i singoli contratti. A noi pare invece che un sistema giuridico ordinato e razionale, quantunque rispettoso dell'autonomia privata, non possa ammettere deviazioni se non quelle puramente apparenti che calano un certo principio nella specificità del caso regolato. In particolare, pertanto, in ordine alla responsabilità contrattuale, va tenuta ferma per tutte le obbligazioni la regola di cui all'art. 1218 c.c. e, con riferimento al rischio, tra le altre, le disposizioni contenute negli artt. 1463 ss. c.c.

¹⁶¹ In tal senso, v. PERULLI, *op. cit.*, 86 ss., che affronta anche il problema dell'estensibilità al contratto d'opera manuale delle norme dettate per l'appalto.

ed in particolare nell'art. 1465 c.c. Detto approccio rende particolarmente importante ed utile argomentare le soluzioni accolte con riguardo alle varie questioni sollevate dal contratto d'opera intellettuale ricorrendo a talune norme dettate per gli altri contratti aventi ad oggetto un'opera e, tra queste, a quelle sull'appalto, al quale il legislatore destina una disciplina particolarmente diffusa ed articolata su entrambi i versanti citati.

Rispetto al primo problema (identificazione del risultato) va richiamata la distinzione, estremamente labile, fra fase programmatica e fase esecutiva, particolarmente evidente nel contratto di appalto, ove il progetto è insieme momento programmatico e momento esecutivo di un primo impegno più generico assunto dall'appaltatore verso il cliente. Sul secondo problema (identificazione dell'attività) si tornerà quando si richiamerà la disciplina, anche in tal caso dettata in materia di appalto, che prevede una correzione automatica delle regole tecniche adottate nel contratto se impediscono la realizzazione dell'opera.

Sembra dunque possibile distinguere il momento di definizione generica (ma non indeterminata) dell'oggetto del contratto d'opera e di assunzione dell'impegno a portarlo a compimento, dalla fase successiva, da svolgersi a contratto concluso, con cui avviene la più precisa determinazione dei contenuti dell'opera da prestare; tale secondo momento corrisponde ad una prima fondamentale fase di esecuzione della prestazione e dunque richiama necessariamente le regole di responsabilità contrattuale del professionista¹⁶².

¹⁶² Anche nel contratto d'opera intellettuale, infatti, è possibile distinguere una fase precontrattuale, nella quale il cliente propone l'incarico, illustrando, seppure in termini pratici ed atecnici, al professionista, il quale è libero di accettare o meno, il problema e gli obiettivi che intende perseguire. In tale fase, non essendo stato ancora concluso il contratto e sorto un dovere di prestazione al quale il professionista debba conformare il suo comportamento, potrà eventualmente configurarsi una responsabilità precontrattuale del professionista per violazione dei doveri di buona fede, in particolare di informazione, particolarmente stringenti e puntuali date le competenze tecniche che il medesimo deve possedere, l'affidamento che il cliente ripone e l'asimmetria informativa fra le due parti. Per esempio, se il cliente propone al professionista la risoluzione di un problema che esula dalla sua specializzazione, questi dovrà segnalare al cliente eventuali urgenze e suggerirgli di rivolgersi al più presto ad un professionista specializzato nel settore. Si pensi al caso del penalista al quale il cliente prospetta una questione di diritto amministrativo che richiede l'impugnativa di un atto entro brevi termini decadenziali. Il professionista sarà responsabile qualora non informi il cliente della necessità di impugnare l'atto entro termini decadenziali stringenti e della necessità di rivolgersi ad un soggetto specializzato in diritto amministrativo. Sul tema, cfr. Cass., 19.5.2011, n. 11005, in *Dir. e giustizia*, 2011, che considera il difetto di informazione riconducibile all'area contrattuale ed applica ad esso il regime probatorio proprio di questa consistente nella semplice allegazione dell'inadempimento da parte del creditore, lasciando che sia il debitore professionista a fornire la prova contraria. L'ipotesi così decisa riguardava un medico ed il difetto di infor-

La seconda questione può essere risolta tenendo conto della scelta compiuta chiaramente dalle norme in tema di appalto di conservare validità al contratto laddove le prescrizioni contrattuali siano contrarie alle regole tecniche e dell'arte, imponendo tra l'altro le variazioni necessarie per l'esecuzione dell'opera (v. art. 1660 c.c.)¹⁶³. È da ritenere infatti che anche nel contratto di prestazione d'opera intellettuale le pattuizioni contrarie ai precetti tecnico-scientifici che governano la professione saranno sostituite automaticamente, sia in fase originaria che sopravvenuta, da questi ultimi.

Ci si può domandare se il meccanismo richiamato costituisca applicazione di quello previsto per il caso di nullità parziale con sostituzione automatica di clausole o se si tratti di un fenomeno diverso, e come mai, se il contratto prevede che il professionista deve eseguire la prestazione in un certo modo, si possa chiedere a quest'ultimo di fare diversamente. Per risolvere tali dubbi occorre considerare come il legislatore, correttamente, non riconduca all'area dell'autonomia privata l'attività del "conoscere", quella volta cioè alla conoscenza delle regole tecniche relative alla professione, all'arte, alla scienza, restringendo la prima, piuttosto, all'attività del "volere". Se "voglio" un risultato non raggiungibile con le regole tecnico/scientifiche, il contratto è nullo per impossibilità dell'oggetto; se "voglio" un risultato possibile, ma richiamando tecniche sbagliate, la scelta congrua non è la nullità ma la validità del contratto nonché la correzione delle prime ed, eventualmente, se quelle sbagliate vengono applicate, la responsabilità di chi le applica. Si tratta di riconoscere che è in gioco in definitiva un territorio che, per la sua intrinseca natura conoscitiva, è sottratto all'autonomia privata, così che l'intervento dei privati sul punto o è puramente riproduttivo delle regole tecniche, o al massimo attiene alla scelta tra quelle prospettabili dal sistema tecnico-scientifico di riferimento¹⁶⁴.

mazione atteneva alla fase della diagnosi e dell'illustrazione delle conseguenze della terapia o dell'intervento chirurgico eventualmente da intraprendere. Analoga conclusione per quanto concerne l'onere probatorio rispetto al difetto di informazione è espressa da Cass., 23.9.2011, n. 19496, in *Guida dir.*, 2012, 2, 58 (s.m.).

¹⁶³ Per ulteriori ragguagli in merito alla previsione citata v. *supra*, in questo stesso paragrafo.

¹⁶⁴ Non sarebbe improprio probabilmente ricondurre gli interventi, di questo tipo, dei privati, nella categoria dell'attività non negoziale, e dunque o giuridica in senso stretto, o addirittura di mero fatto. La questione si ripropone, sebbene con maggiori perplessità, allorché è il legislatore che sanziona con un precetto legale il rispetto di dettami tecnici. Questi non sono più prescrizioni al cui rispetto segue solo un esito adeguato all'arte, ma anche un esito adeguato al sistema giuridico: si pensi alle regole giuridiche sul permesso di costruire che lo condizionano al rispetto di volumetrie, localizzazioni, ed in genere di prescrizioni tecniche.

10. L'oggetto del contratto d'opera intellettuale e i requisiti di possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità¹⁶⁵

Dalle osservazioni svolte consegue che il *facere* del professionista va commisurato all'obiettivo avuto di mira dalla controparte, alla luce peraltro delle determinazioni della professione e dell'arte esercitata¹⁶⁶, le quali non sono, per quanto detto in precedenza, elemento nella totale disponibilità delle parti. Ai contraenti, e segnatamente al professionista, resta la libertà di riempire gli spazi lasciati dalle regole dell'arte e della professione alla sua discrezionalità, mentre non gli è consentito discostarsene, neppure attraverso un'apposita pattuizione¹⁶⁷. Alla stregua di ciò, deve concludersi che

Esclude la nullità del contratto e riconduce la redazione di un progetto in contrasto con la normativa urbanistica, indipendentemente dalla circostanza che sullo stesso vi fosse l'accordo del committente, all'area dell'inadempimento, Cass., 21.5.2012, n. 8014, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 5, 647.

¹⁶⁵ In questa sede, la disamina relativa all'oggetto ed ai suoi requisiti si concentrerà sull'elemento caratteristico del contratto in questione rappresentato dalla prestazione d'opera intellettuale, rinviando l'esame delle analoghe questioni in tema di compenso al commento all'art. 2233 c.c.

¹⁶⁶ Cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 115, secondo il quale «l'oggetto della prestazione offerta dal professionista è un'attività intellettuale tecnicamente esatta, basata sugli strumenti messi a disposizione della scienza e sul patrimonio tecnico, scientifico e morale del prestatore, rappresentato soprattutto dal complesso delle cognizioni e dei valori acquisiti attraverso lo studio e l'esperienza». Può segnalarsi, peraltro, come nella definizione offerta dallo studioso non venga fatta menzione alcuna del risultato per il cliente, che ad avviso dell'Autore non rientra, come già ricordato in una delle precedenti note, nel contratto e nella prestazione d'opera intellettuale. Sull'applicazione delle cognizioni tecniche e scientifiche, cfr. Cass., 12.2.1988, n. 1519, in *Mass. Foro it.*, 1988, 274; Cass., 22.2.1988, n. 1851, in *Giust. civ. mass.*, 1988, 2, per la quale: «Al fine dell'applicabilità della tariffa professionale per la determinazione del relativo compenso, l'opera intellettuale ha carattere professionale quando concorrono l'elemento soggettivo dell'iscrizione del prestatore in un albo professionale e quello oggettivo della natura tecnica ed assolutamente esclusiva della attività del professionista o, quanto meno, del collegamento della relativa attività non tecnica con prestazioni di ordine tecnico»; cfr. ancora Cass., 11.4.1983, n. 2542, in *Giur. it.*, 1983, I, 1242; Cass., 3.8.1977, n. 3431, in *Archivio civ.*, 1977, II, 1101; Cass., 13.5.1968, n. 1474, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1858.

¹⁶⁷ Sul tema della discrezionalità tecnica e sul ruolo del cliente nella determinazione dell'incarico all'atto del suo conferimento al professionista, e nel corso dello svolgimento dello stesso, cfr. CAFAGGI, *op. cit.*, 168 s. Rileva lo studioso come l'opinione dominante ritenga che anche nel contratto d'opera intellettuale dovrebbe riconoscersi al professionista l'onere di opporsi alle istruzioni del cliente contrarie alle regole dell'arte, incorrendo altrimenti il primo in responsabilità. Va fatto salvo, nell'attività medica, il limite del rifiuto espresso dal paziente rispetto ad un trattamento indesiderato e, si ritiene, in tutti i casi, l'assunzione da parte del cliente del rischio delle conseguenze derivanti da un'esecuzione contraria ai precetti della scienza e dell'arte che sia stata nonostante tutto da lui tutto pretesa (*ibidem*). Con riguardo alla seconda eccezione ipotizzata, tuttavia, ci pare debbano nutrirsi molti dubbi, in quanto non sembra che la pretesa del cliente possa giustificare un'esecuzione contraria ai precetti

l'impossibilità di conseguire il risultato secondo le (erronee) determinazioni tecnico-scientifiche eventualmente dedotte in contratto, non potrà essere causa di nullità, se lo stesso risultato può essere conseguito attraverso l'osservanza di norme tecniche differenti, dovendosi il contratto stesso adeguare a quelle richieste dalle circostanze ed eventualmente emergenti in corso d'opera. In tal caso, infatti, non può neppure configurarsi, in senso proprio, un'impossibilità dell'oggetto. Va fatta salva, tuttavia, l'eventualità in cui le determinazioni tecnico-scientifiche dedotte in contratto siano frutto di una scelta consapevole del cliente, il quale, preso atto delle alternative tecniche in campo e valutati i pro e i contro derivanti dall'impiego delle stesse, abbia comunque escluso, per esempio per ragioni economiche, la possibilità di ricorrervi. In tal caso, infatti, la volontà espressa dal cliente rispetto ad un obiettivo impossibile o addirittura illecito, preclude la eterointegrazione del contenuto contrattuale cosicché il contratto sarebbe probabilmente da ritenere nullo per impossibilità (o illiceità) dell'oggetto.

Si può ricondurre alla medesima esigenza sottostante a tale principio la sicura nullità del contratto d'opera intellettuale concluso da un professionista non iscritto all'albo, qualora intenda direttamente impegnare sé stesso all'esecuzione e non assegnare con il consenso del cliente il compito ad altra persona qualificata¹⁶⁸. La *ratio* di tale previsione pare potersi identificare nell'esigenza di garantire *a priori* la conoscenza, e quindi l'applicazione, delle regole dell'arte richieste dal caso che, in notevole misura, per le considerazioni appena espresse, sono sottratte alla valutazione delle parti¹⁶⁹,

delle scienza e dell'arte senza alcun limite (in particolare non potrebbero essere superati i confini fissati dagli artt. 1229 e 2236 c.c. per la responsabilità). L'Autore introduce tuttavia alcuni distinguo rispetto a tali conclusioni, in ragione del tipo di attività professionale dedotta in obbligazione, dello stato delle conoscenze scientifiche, della diversa incidenza di scienza e tecnologia nell'esecuzione della prestazione professionale.

¹⁶⁸ Il tema involge quello della personalità della prestazione. Cfr. il commento all'art. 2232 c.c.

¹⁶⁹ La nullità del contratto d'opera intellettuale concluso (ed eseguito) da soggetto non iscritto agli albi è costantemente affermata dalla giurisprudenza (v. il commento all'art. 2231 c.c.). In giurisprudenza cfr., per tutte, Cass., 12.10.2007, n. 21495, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 10 ed in *Guida dir.*, 2008, 4, 78 (s.m.), la quale afferma che: «L'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, da luogo, ai sensi degli artt. 1418 e 2231 c.c., a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto. Pertanto, il professionista non iscritto in detti albi – e a maggior ragione quello che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, nella specie consulente del lavoro incaricato della gestione contabile e fiscale di un'azienda commerciale –

esigenza la cui soddisfazione risulterebbe pregiudicata laddove non fosse assicurata la qualifica professionale del debitore.

Resta inoltre ferma la conseguenza della nullità per impossibilità dell'oggetto e/o sua illiceità, quando è lo stesso risultato ad essere contrario alle regole tecniche, scientifiche o deontologiche¹⁷⁰.

Quanto al requisito della liceità, nella misura in cui esso si ritenga distinto dalla possibilità giuridica¹⁷¹, dovrà valutarsi soprattutto con riferimento al risultato. Sotto il profilo dei mezzi da approntare per conseguirlo, infatti, la loro illiceità, come l'impossibilità giuridica, se non coinvolge l'obiettivo da perseguire, sembra imporre la sostituzione ed integrazione degli strumenti prescelti con quelli leciti ed ammessi dall'ordinamento. In tal caso, la disapplicazione di questi ultimi non potrà che integrare un profilo di inesecuzione o di difettosa attuazione e dunque di responsabilità del professionista verso il cliente.

In tal caso viene in gioco la differenza tra regole giuridiche "sull'attività" dedotta in contratto e regole "sul contratto". La violazione delle prescrizioni giuridiche concernenti la prima non incide necessariamente sulla validità del secondo, purché ad essere *contra legem* non sia lo stesso interesse perseguito e non sia oggetto di specifica volontà delle parti disattenderle. Esse integrano il parametro cui deve adeguarsi, infatti, normalmente, l'esecuzione ed il loro mancato rispetto corrisponde ad inadempimento. Potrebbe ritenersi pertanto valido il contratto con il quale un avvocato assicuri l'assistenza processuale dell'imputato in sede penale avvalendosi di strumenti illegali che peraltro il cliente non sia in grado di percepire come tali, sempre che l'illiceità non coinvolga il risultato perseguito¹⁷²; sarà da ritenere illecito

non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa». In senso conforme, cfr. Cass., 27.6.1975, n. 1526.

¹⁷⁰ Così, per es., qualora sia assunto dal medico, l'incarico di realizzare un trapianto di cervello o la clonazione umana, oppure dall'avvocato il compito di conseguire per via giudiziale la nomina a Presidente della Repubblica del proprio cliente, oppure il riconoscimento di un "diritto" estraneo all'ordinamento giuridico e contrario ai principi di ordine pubblico, quale per esempio quello ad eseguire gli esperimenti medici sopra ricordati, o il diritto a praticare la poligamia, a contrarre matrimonio con una minorenne o ad imporre ai propri figli il matrimonio ed il coniuge, ecc.

¹⁷¹ Sul punto, v. anche la nota successiva.

¹⁷² Potrebbe ritenersi che in tale diversa valenza dei mezzi illeciti risieda la differenza tra impossibilità giuridica e vera e propria illiceità. Quest'ultima, sarebbe riscontrabile solo qualora la loro previsione sia imputabile ad entrambe le parti e abbia (anche per questo) a che fare, in modo più o meno diretto, con l'illiceità del risultato perseguito, a differenza della prima che potrebbe invece essere confinata esclusivamente sul piano dei mezzi da utilizzare per

e perciò nullo, invece, il contratto che preveda l'assistenza con strumenti chiaramente illegali, come il pagamento di falsi testimoni, o l'uso di documentazione falsa. In tal caso, l'evidente contrarietà all'ordinamento degli strumenti nonché la piena e comune volontà di utilizzarli, parrebbe (ma il condizionale è d'obbligo) colorare di illiceità anche il risultato – per es. l'assoluzione in sede penale di un soggetto colpevole – che di per sé sarebbe invece obiettivo lecito.

Quanto alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto, è questione da trattare in ragione della peculiarità delle prestazioni di fare. Secondo qualcuno occorrerebbe muovere dalla necessaria indeterminatezza di tali prestazioni¹⁷³. Altri distinguono, soprattutto in materia di contratto di appalto, tra determinabilità della prestazione, e sua variabilità o elasticità.

Entrambe le conclusioni sollecitano a valorizzare, da una parte, il risultato-interesse, così come finora è stato inteso, che rappresenta il vero e proprio punto di riferimento della volontà delle parti, dall'altra, le regole tecniche e scientifiche che definiscono il modo di operare per realizzarlo. Un ruolo decisivo su entrambi i versanti svolge, per un verso, la verifica dello stato dei fatti al momento della conclusione del contratto ed il giudizio prognostico sulla realizzabilità di quanto programmato; per altro verso, la sopravvenienza di circostanze capaci di alterare tale stato di fatto e, in ipotesi, lo stesso giudizio sulla raggiungibilità dell'obiettivo sperato.

conseguirlo. In tale prospettiva, nell'ipotesi di illiceità la violazione della norma imperativa sarebbe diretta, ovvero vi sarebbe un contrasto tra il fine con essa vietato, e quello perseguito dalle parti; nell'impossibilità giuridica, invece, la norma violata verrebbe in considerazione quale norma tecnica, ovvero come passaggio non consentito per raggiungere un fine ammesso. Tuttavia, la possibilità di configurare un'impossibilità giuridica in tale ipotesi presuppone che non vi siano mezzi leciti per conseguire altrimenti il risultato divisato. La circostanza peraltro che l'impossibilità nel contratto d'opera (per il contratto d'appalto ciò è affermato da RUBINO, *op. loc. cit.*) sia solo fisica e materiale, dovrebbe condurre a concludere che anche le prescrizioni giuridiche il cui rispetto è funzionale alla realizzazione di un interesse dedotto in contratto integrino o sostituiscano automaticamente le determinazioni pattizie, e la loro violazione costituisca un inadempimento piuttosto che una causa di nullità. Ciò che si dice al riguardo in tema di appalto è evidentemente, a nostro parere, del tutto estendibile al contratto di prestazione d'opera intellettuale.

¹⁷³ Il rilievo è pressoché costante: cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 114, il quale riporta come secondo la giurisprudenza «anche con riferimento all'art. 1346 c.c., (...) il rapporto d'opera intellettuale ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale, non necessariamente delimitata in modo compiuto in ogni suo particolare e dettaglio, essendo sufficiente la sua individuazione nelle caratteristiche essenziali», ed aggiunge che «può venire in rilievo soltanto l'attività posta in essere per il conseguimento del risultato che, peraltro, non può in genere ritenersi esattamente definito nel momento in cui viene stipulato il relativo contratto»; SCHLESINGER, *op. cit.*, 1280.

11. La verifica dello stato dei fatti ed il giudizio prognostico sulla realizzabilità del risultato. Dovere di informazione e dovere di collaborazione tra professionista e cliente

Una considerazione del contratto di prestazione d'opera intellettuale scevra da pregiudizi deve giovare, opportunamente, del confronto con altre figure contrattuali, e tra queste, a noi sembra, con lo stesso appalto. Dalla configurazione che di quest'ultimo offre il codice, emerge, come si è detto, un'apposita rilevanza, attraverso l'eventuale redazione di un progetto, di momenti che precedono l'esecuzione vera e propria dell'incarico, e attengono alla più precisa individuazione dell'obiettivo da conseguire, oltre che alla definizione delle modalità con le quali conseguirlo.

Nei contratti aventi ad oggetto un *facere* essenzialmente identificato in ragione di un risultato da raggiungere¹⁷⁴, è possibile enucleare dunque un primo momento che – nonostante abbia un carattere programmatico, giacché entra nel merito dell'attività che va compiuta successivamente e costituisce punto fondamentale di riferimento per la fase di vera e propria attuazione in vista del risultato –, ha una primaria valenza esecutiva, rispetto alla determinazione del risultato in linea di massima già avvenuta ad opera delle parti. Quanto accade attraverso il progetto nel contratto di appalto, infatti, può ben essere assimilato allo studio del caso ed alla definizione di un giudizio prognostico sulla possibilità (e probabilità) di risolverlo felicemente e sulla linea da seguire per raggiungere tale esito, momento per lo più indispensabile anche rispetto al contratto in discorso.

D'altronde, quanto si è detto sulla rilevanza delle regole tecniche come ombrello di copertura indispensabile del contratto in questione, consente di riservare alla sola ipotesi di assoluta improponibilità e illiceità del risultato la conseguenza della nullità e dunque la tutela, più limitata, ad essa legata, della

¹⁷⁴ Sulla base delle riflessioni già svolte e di altre che emergeranno in seguito, il parallelo può essere utilmente praticato anche con il contratto di mandato, dal quale deriva un'obbligazione che la dottrina definisce usualmente di mezzi, ove la rilevanza del momento oggettivo della condotta e dunque del risultato intrinseco perché da essa implicato, sul piano dell'esecuzione, è chiaramente evidenziato dalla disciplina dell'eccesso di mandato, che enuclea tra le determinazioni che il mandante deve osservare, quelle che attengono più specificamente all'*opus*, inteso come negozio gestorio. La circostanza che l'interesse (risultato-interesse) del creditore possa non essere soddisfatto, in ragione per es. dell'inadempimento della parte con la quale il mandatario ha concluso il negozio gestorio in nome proprio ma per conto altrui, è da ricondurre, come sarà chiarito, all'incidenza di tali eventi sulla sfera di pertinenza del mandante, in quanto essa costituisce il substrato tutto particolare dell'attività del mandatario.

responsabilità precontrattuale¹⁷⁵. Fuori da questa eventualità, la definizione, in linea di massima, degli stessi obiettivi da conseguire, assicurando determinatezza o determinabilità all'oggetto del contratto che si conclude, apre ad una fase "preparatoria" o, se si preferisce, in senso ampio progettuale, ma già a pieno titolo contrattuale, diretta all'ulteriore precisazione del risultato medesimo e soprattutto dei mezzi da approntare per realizzarlo, nonché alla definizione del rapporto di possibilità e probabilità di conseguire il primo attraverso i secondi, fase cui spetta introdurre maggiore chiarezza nel contenuto contrattuale – e che potrebbe anche concludersi con un parere negativo in merito alla possibilità di realizzare il risultato auspicato dal cliente – ma sottoposta ad un controllo in ordine alla sua buona esecuzione e al rispetto delle regole tecniche e scientifiche che la governano, e cui può seguire un primo giudizio di responsabilità contrattuale del professionista.

Non vi è alcuna ragione, infatti, per confinare ad una fase precontrattuale le attività di esame, studio, valutazione ed informativa al cliente che, seppur preparatorie rispetto agli atti esecutivi successivi "direttamente" finalizzati a soddisfare l'interesse di quest'ultimo, fanno seguito all'incarico professionale conferito, del quale costituiscono senz'altro momento essenziale ed adempimento¹⁷⁶. Non a caso, dottrina e giurisprudenza, pur collocando il dovere di informazione nella fase delle trattative, affermano che «la stipulazione del contratto ne determini lo spostamento nell'alveo propriamente negoziale», con conseguente responsabilità contrattuale del professionista

¹⁷⁵ Sempre che ne ricorrano i presupposti *ex art.* 1338 c.c. È difficile tuttavia ipotizzare che il cliente sia del tutto inconsapevole della impossibilità o illiceità del risultato da conseguire, dipendendo il più delle volte anche dalla sua volontà di perseguirlo, nonostante l'impossibilità o l'illiceità, la configurazione di un contratto nullo.

¹⁷⁶ In senso analogo, cfr. Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, 1013, con nota di GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, la quale richiama «l'ormai definitivo approdo secondo il quale l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, da comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale. Ne consegue che, effettuata la diagnosi in esecuzione del contratto, l'illustrazione al paziente delle conseguenze (certe o incerte che siano, purché non del tutto anomale) della terapia o dell'intervento che il medico consideri necessari o opportuni ai fini di ottenere, quante volte sia possibile, il necessario consenso del paziente all'esecuzione della prestazione terapeutica, costituisce un'obbligazione il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente, e dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente». Nello stesso senso cfr. Cass., 19.5.2011, n. 11005, cit., e Cass., 23.9.2011, n. 19496, cit.

e diritto al risarcimento del danno per lesione dell'interesse positivo in caso di violazione del medesimo¹⁷⁷.

Ci sembra sia in linea con tale opinione quanto si è detto sull'appartenenza al contratto d'opera intellettuale ed alla sua esecuzione della fase di "progettazione" e di migliore determinazione del risultato perseguibile e da perseguire, nonché di definizione dell'*iter* necessario per conseguirlo. Le considerazioni svolte evidenziano l'estensione temporale del momento di precisazione dei risultati e del percorso per raggiungerli, dilatandolo alla fase di esecuzione del contratto intesa anche come momento di eventuale variazione dei percorsi già definiti alla luce delle sopravvenienze e dei nuovi dati eventualmente acquisiti. Ciò impone una più ampia collaborazione tra le parti che si manifesta anche nella necessità di ulteriori specifiche autorizzazioni da parte del cliente e di continue informazioni sulle modalità di attuazione dell'incarico da parte del professionista.

Sin dal momento della conclusione del contratto, e durante le fasi successive, assumono pertanto fondamentale importanza i doveri di informazione e di collaborazione gravanti su entrambe le parti¹⁷⁸. In questo contesto può

¹⁷⁷ Cfr. PERULLI, *op. cit.*, 480, il quale rileva che «l'obbligo d'informazione affiora (...) nella fase delle trattative; ma la particolare natura degli interessi coinvolti nel rapporto nascente dal contratto d'opera intellettuale ne determina, secondo la giurisprudenza, uno spostamento nell'alveo propriamente negoziale». In giurisprudenza, v. Cass., 8.8.1985, n. 4394, ed in particolare il passo, riportato da Perulli, nel quale, in tema di responsabilità medica, la Corte afferma che «ove, pur essendo mancata l'informazione, il contratto sia stato stipulato in effetti, quel dovere viene a permeare il contenuto: e la violazione (...) dà luogo a vera e propria responsabilità contrattuale e a conseguente risarcimento del danno» in ragione dell'interesse positivo. Lo studioso approva la soluzione della giurisprudenza e conclude per la presenza nel contratto d'opera professionale di due fasi, una diagnostica o di studio del caso o della causa (per considerare la professione del medico e dell'avvocato), l'altra di realizzazione dell'incarico. Per le ragioni già precisate, tuttavia, a nostro avviso entrambe le fasi rappresentano un momento esecutivo dell'incarico, anche se la prima riveste un ruolo preparatorio, mentre la seconda è "direttamente" finalizzata a realizzare il risultato auspicato dal cliente. Esaminando i profili della responsabilità professionale chiariremo come la violazione del dovere di informazione sia direttamente lesiva dell'interesse del creditore, e dunque integri un'ipotesi di "dolo o colpa grave". Tali ultimi concetti, come sarà spiegato meglio in seguito, costituiscono comportamenti od omissioni che vanno distinti dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta. V. *amplius* in seguito.

¹⁷⁸ Sul tema del dovere di informazione e sulla rilevanza della sua violazione al fine della responsabilità contrattuale, cfr. Cass., 11.5.2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748, secondo la quale: «La gestante alla quale vengano prescritti farmaci potenzialmente dannosi per il concepito vanta un diritto soggettivo perfetto ad essere informata dei rischi derivanti dal loro uso; la violazione da parte del medico curante dell'obbligo d'informazione al riguardo costituisce causa non di nullità, ma di inadempimento del contratto di prestazione d'opera intellettuale e comporta il risarcimento del danno».

trovare soluzione il problema del consenso al trattamento sanitario, soprattutto se quest'ultimo è particolarmente invasivo, da parte del paziente. Esso ben può essere collocato in fase esecutiva. I criteri di valutazione della volontà, quanto alle condizioni di integrità della medesima e di capacità del soggetto ad esprimerla, potrebbero essere qui differenti proprio in ragione del momento attuativo in cui tale volontà si colloca; al contempo, il problema deve essere valutato non in base ai parametri utilizzati in ambito patrimoniale – al quale si riferisce la disciplina dei vizi del consenso e quella sull'eventuale difetto di capacità di agire –, piuttosto in ragione del contenuto personalissimo della sfera coinvolta¹⁷⁹.

La dottrina discute sulla fonte di tali doveri, domandandosi se essi debbano considerarsi articolazioni del dovere di prestazione (professionale) da parte del professionista o, piuttosto, trovino ragion d'essere nel dovere di correttezza a carico di entrambe le parti (*ex art. 1175 c.c.*)¹⁸⁰. In quest'ultimo

¹⁷⁹ Il tema è ampiamente trattato da PERULLI, *op. cit.*, 486 ss. La questione coinvolge anche quella, delicatissima, della possibilità di sostituire il consenso dell'interessato, laddove non sia in grado di esprimerlo, con il consenso dei familiari, nonché della possibilità di applicare la giustificazione dello stato di necessità laddove l'intervento sia ugualmente eseguito in assenza di consenso, il tutto alla luce delle più recenti discussioni anche sul c.d. testamento biologico. Sul diverso ruolo del consenso rispetto alla prestazione del medico, cfr. anche CAFAGGI, *op. cit.*, 173 e 175 ss., che esamina altresì il tema della decisione del paziente di non essere informato e dunque di "non sapere" e della scelta del medico di non informare se ciò sia di ostacolo al recupero della salute del paziente (c.d. "privilegio terapeutico"). Sul punto cfr. anche ROSSI S., *Consenso informato*, in *Digesto civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, 177 ss.

¹⁸⁰ Per l'analisi della questione e le citazioni rinviamo a PERULLI, *op. cit.*, 474 ss. Il problema del rapporto tra obbligo di prestazione ed obblighi di informazione e di protezione è analizzato anche da CAFAGGI, *op. cit.*, 172 ss. Significativa è la rilevanza assegnata all'informazione per consentire l'emersione del dissenso tra professionista e cliente al fine di permettere al professionista di esercitare il recesso laddove sia accertata l'incompatibilità tra soluzione da lui proposta e quella desiderata dal cliente. Lo stesso Autore considera inoltre "problematiche" sia la qualificazione del dovere di informazione come obbligo di protezione, sia la sua "autonomia" rispetto al dovere di prestazione e la possibilità di intenderlo attraverso la dicotomia mezzirisultato. Sulla questione del dovere di informazione e più in generale dei doveri derivanti dalla clausola di buona fede, nonché sulla loro distinzione da quelli connessi alla diligenza, cfr. anche FORTINO, *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milano, 1984, 74 ss., che ipotizza che la loro violazione configuri una sorta di responsabilità oggettiva, dalla quale il debitore non può andare esente in caso di loro violazione. «In questa (...) ipotesi sembra perdere rilievo la diligenza impiegata (...). Un processo conoscitivo insufficiente o l'assenza delle informazioni dovute non possono che ascrivere alla mancanza di diligenza del professionista, concretando così una presunzione di colpa che si traduce nell'imputazione di responsabilità, non più condizionata all'indagine sulla diligenza usata» (*ivi*, 87 s.). Probabilmente peraltro, non si tratta di configurare una responsabilità oggettiva, ma di distinguere l'inadempimento in senso stretto (*culpa levis*), dai comportamenti direttamente lesivi dell'interesse del creditore (dolo e colpa grave): v. *infra*.

caso, poi, la dottrina tenta di stabilire se la buona fede venga in considerazione come fonte di specifici obblighi autonomi, posti a garanzia di interessi ulteriori e diversi rispetto a quello perseguito con la prestazione primaria, ancorché ad esso correlati, o piuttosto integri il contenuto dello stesso dovere di prestazione¹⁸¹. Secondo un'autorevole opinione, in particolare, i doveri di informazione costituirebbero obblighi di protezione derivanti dalla buona fede in funzione integrativa, dunque obblighi ulteriori autonomi rispetto al dovere di prestazione, qualificazione che consentirebbe di esprimere per il loro tramite un giudizio di inadempimento a prescindere dall'esatta esecuzione del dovere principale¹⁸².

A noi pare opportuno valorizzare il momento unitario del rapporto obbligatorio, alla luce dell'unità funzionale cui lo stesso, e tutti i suoi diversi elementi, sono informati, imposta tra l'altro dall'unità del contratto (o fatto) in cui esso trova origine. Un riflesso di tale visione unitaria è la rilevanza dell'informazione, correttamente svolta dal professionista, al fine di soddisfare l'interesse del cliente ed escludere una responsabilità del primo.

Proprio la centralità dell'interesse del creditore consente a nostro avviso di distinguere i comportamenti tenuti in violazione del dovere di prestazione, dai comportamenti che ledono direttamente l'interesse in questione, senza passare per il tramite della prima¹⁸³. Un'analisi delle norme evidenzia infatti¹⁸⁴ come l'inadempimento del dovere di prestazione corrisponda ad uno specifico concetto di colpa (la *culpa levis* o *levissima*). Esso integra cioè una lesione dell'interesse del soggetto attivo tramite la violazione di

¹⁸¹ Sul concetto di obbligazione come rapporto complesso, o struttura di determinazione di senso, e sulla molteplicità dei ruoli in esso assunti dalla buona fede, cfr. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 88, ove sul primo profilo, citando Larenz, precisa, «contro gli equivoci generati dalla non felice definizione del rapporto come *Organismus* (...), che non si tratta di unità ontologica, bensì funzionale, ossia di una struttura unitaria di conferimento di senso». Per la discussione sulla funzione della buona fede *in executivis*, cfr. PERULLI, *op. cit.*, 463 s., che aggiunge alle precedenti già citate, la problematica della sede o fase dell'obbligazione nella quale e sulla quale la (buona fede o) correttezza è chiamata ad operare.

¹⁸² In tal senso, PERULLI, *op. cit.*, 474 ss., il quale discute anche le implicazioni da trarre dalle diverse soluzioni. L'impostazione di considerare il dovere di informazione come obbligo integrativo autonomo rispetto al dovere di prestazione consentirebbe di esprimere un giudizio di inadempimento a prescindere dall'esatta esecuzione della prestazione principale.

¹⁸³ Sul problema della responsabilità v. *infra*, ove è evidenziata l'importanza, anche ai fini delle ricadute dell'impossibilità non imputabile (rischio), di stabilire i confini tra la sfera sotto il controllo del debitore (entro la quale egli è tenuto a conservare la possibilità di prestazione) e quella sotto il controllo del creditore.

¹⁸⁴ Si tratta dell'interpretazione che intendiamo proporre in queste pagine a chiarimento di diverse problematiche.

una regola di condotta specifica (la prestazione) diretta a realizzarlo, appositamente definita dalle parti con il contratto per il caso considerato e per ciò stesso particolarmente stringente. Gli altri comportamenti od omissioni del debitore lesivi direttamente dell'interesse vanno compresi entro il differente concetto di dolo o di colpa grave (argomentando in particolare dall'art. 2236 c.c. e dall'art. 1229 c.c.). Si tratta di ipotesi sanzionate come responsabilità contrattuale perché contrarie logicamente e giuridicamente alla finalità di tutelare l'interesse del creditore, tanto da costituire dell'obbligazione il limite minimo invalicabile – come si desume dalle disposizioni sopra citate –.

L'impostazione per ora brevemente delineata supera la necessità di attribuire al principio di buona fede una funzione costitutiva di obblighi secondari e autonomi. Questi ultimi infatti non potrebbero essere intesi se non alla stregua o di doveri di prestazione¹⁸⁵ o, piuttosto di "obblighi" senza prestazione¹⁸⁶. Nella prospettiva offerta in queste pagine, l'obbligazione resta, invece, raccolta attorno ad un unico dovere di prestazione, mentre la buona fede attraverso la selezione degli interessi connessi a quello dedotto dalle parti, consente di identificare le lesioni che non derivano dall'assenza della prestazione dovuta o dalla sua inesattezza, lesioni delle quali il professionista deve comunque rispondere in via contrattuale (per esempio, l'informazione sul procedimento da intraprendere per formalizzare l'accettazione dell'eredità è considerata oggetto del dovere del professionista, mentre la Cassazione ha ritenuto che non rientri nello stesso dovere di informazione dell'avvocato rendere il cliente edotto della possibilità di accettare con beneficio di inventario)¹⁸⁷.

L'interesse al quale è specificamente rivolto il comportamento dedotto in obbligazione come prestazione presenta, in funzione dell'affidamento creato dall'obbligazione, un più ampio raggio di protezione informata alle regole della responsabilità contrattuale, senza peraltro che debbano ravvisarsi ulteriori obbligazioni (né nella forma di doveri di prestazione né in quella degli obblighi senza prestazione). Qualora a tale tutela siano funzionali le prescri-

¹⁸⁵ In tale senso parrebbe esprimersi MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 130, che applica ad essi la distinzione tra obbligazioni di diligenza ed obbligazioni di risultato, nell'accezione da lui stesso proposta.

¹⁸⁶ Secondo la nota impostazione proposta da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Id., *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 177 ss.

¹⁸⁷ In tal senso si è pronunciata Cass., 23.2.2011, n. 4422, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 2, 288.

zioni della diligenza ordinaria (generica o specifica), sarà la loro violazione a costituire la fonte della responsabilità contrattuale, senza che possa parlarsi propriamente di inadempimento del dovere di prestazione o comunque di un dovere analogo¹⁸⁸. Per parafrasare un'assai nota ed importante teoria, di cui peraltro ci si permette in questa sede di riformulare gli esiti, la buona fede viene in considerazione per richiamare non già un obbligo senza prestazione, ma "una colpa senza prestazione".

Il legislatore, lo si è detto, stigmatizza questo approccio contrapponendo, implicitamente, la *culpa levis* o *levissima* (pure mai espressamente menzionata), alla *culpa gravis* (e al dolo) (concetti invece specificamente utilizzati), rinviando in tal modo ad una distinzione che non può essere altrimenti, almeno così a noi sembra, adeguatamente spiegata, se non distinguendo la colpa rilevante, a seconda che la condotta violi il dovere di prestazione o piuttosto le regole di diligenza ordinarie (estremamente rilevanti nell'ambito delle professioni intellettuali). Il che ha anche la conseguenza, come vedremo, di escludere che l'art. 2236 c.c. possa estendersi all'area extracontrattuale. Tale conclusione va assunta per la ragione assorbente e decisiva che la norma citata suppone una distinzione tra colpa lieve e colpa grave che opera solo laddove possa identificarsi un dovere di prestazione e dunque solo in ambito contrattuale. Il dolo e la colpa grave di cui alla disposizione, coprono integralmente i criteri di condotta che già operano in ambito aquiliano, ove corrispondono al dolo ed alla colpa – senza distinzioni di grado –, giacché qui non sussiste per definizione il parametro, rappresentato dal dovere di prestazione, tramite il quale individuare la colpa lieve e lievissima.

È risaputo come le discussioni svolte a proposito della correttezza o buona fede dalla dottrina non sono in sé prive di importanza e ricaduta sul piano pratico. Le considerazioni appena svolte rappresentano di ciò una fondamentale conferma. Alla loro soluzione si collega per esempio la scelta di applicare le regole della responsabilità contrattuale piuttosto che della responsabilità extracontrattuale¹⁸⁹, la scelta di ammettere un trattamento

¹⁸⁸ La questione sollevata dal ruolo della buona fede è estremamente complessa e tuttavia, poiché trova nella responsabilità professionale, soprattutto del medico, momenti particolarmente significativi di rilevanza, non può essere totalmente sottaciuta.

¹⁸⁹ Configurare, per es., obblighi autonomi di protezione, preposti alla tutela di interessi ulteriori – connessi ma diversi da quello sottostante all'obbligo di prestazione – come è noto, è una soluzione che tenta di ricondurre entro l'alveo contrattuale la responsabilità per lesioni che troverebbero differente tutela in via aquiliana. Cfr. da ultimo GRISI, in questo *Commentario*, sub art. 1218 c.c., 20 ss. che si chiede "se anche la violazione di un obbligo di protezione possa tecnicamente qualificarsi come inadempimento" e richiama ampia bibliografia sul tema.

degli obblighi ulteriori e autonomi differente da quello riferibile all'obbligo principale di prestazione. Per quanto detto, la configurazione di obblighi autonomi interni al rapporto inteso come entità complessa, distinti dal dovere di prestazione, non appare l'unica via percorribile per tutelare in modo più ampio, ma pur sempre in via contrattuale, l'interesse del creditore.

Sul punto ci sia consentita una breve riflessione, a supporto di quanto fin qui accennato nonché di quanto verrà svolto in seguito. La definizione del ruolo da assegnare alla buona fede, come fonte dell'affidamento in ordine a comportamenti non lesivi, si è storicamente innestata sul tema della natura della responsabilità precontrattuale. Le soluzioni prospettate al problema parrebbero essere tre. Quella di ricondurre tutte le responsabilità da violazione della buona fede alla responsabilità precontrattuale e per tale via a quella contrattuale, opinione che ha l'ovvio inconveniente di dover supporre sempre il legame tra la buona fede ed un obbligo di prestazione; quella di allargare l'area della responsabilità extracontrattuale, con il differente ma altrettanto evidente difetto di estendere quest'ultima oltre misura e, in ipotesi, di snaturarla per l'incongruenza tra la dimensione specifica che tende a legare i soggetti attraverso la buona fede e la genericità invece della categoria a cui la responsabilità viene ascritta; infine, ultima soluzione, quella di affermare l'esistenza di obblighi fondati sulla buona fede, slegarli dal dovere di prestazione, e trattarne la violazione, in quanto aventi natura appunto di obblighi, come fonte di responsabilità contrattuale¹⁹⁰.

A nostro modesto avviso può proporsi tuttavia un'ulteriore spiegazione, o comunque prospettarsi una variante delle opinioni enunciate. Essa richiede che si riconosca la dovuta importanza alle regole di diligenza ed alla loro varietà. Queste possono infatti divenire specifiche – si pensi alla tradizionale contrapposizione tra colpa generica e colpa specifica –, senza per questo confondersi né con il dovere di prestazione, né con l'esistenza di obblighi senza prestazione. Passaggio fondamentale è ammettere che la violazione delle regole ordinarie di diligenza non viene scalzata dal dovere di prestazione; questo costituisce un'ulteriore regola di condotta caratterizzata per il

Sui doveri di protezione cfr. anche VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1218-1222 c.c., Milano, 1987; EAD., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1987, 158 ss.

¹⁹⁰ In tale ultimo senso e per l'esposizione e la critica delle altre posizioni, CASTRONOVO, *op. cit.*, 212 e 237 ss. Una contestazione invece della tendenza alla «autonomizzazione» dei doveri di protezione, fino a «configurare una obbligazione senza prestazione», è sostenuta da CAFAGGI, *op. cit.*, 181.

contenuto assai più stringente e gravoso dell'ordinario, rivolto ad un risultato positivo, rappresentato dalla soddisfazione dell'interesse del soggetto con essa tutelato, e non soltanto negativo di "non lesione". Ciò significa riconoscere che la tutela contrattuale è strettamente legata al dovere di prestazione, perché su di esso è modellato in prima istanza il concetto di prestazione stessa e di suo inadempimento¹⁹¹. Non per questo il legislatore ha ammesso che il creditore fosse privato delle regole di protezione (diligenza ordinaria), per lo stesso interesse che ha di mira il dovere di prestazione e degli interessi esposti a pericolo in connessione con la prestazione tesa a raggiungere il primo¹⁹².

In questa prospettiva, il dovere di buona fede vale a selezionare gli interessi di volta in volta coinvolti dalla specifica situazione considerata; laddove vi sia un dovere di prestazione, esso evidenzia gli interessi assimilabili a quello cui è preposto lasciando che operino, accanto a quest'ultimo, anche le regole di diligenza ordinaria adeguate; vale dunque a rinviare a quest'ultima

¹⁹¹ Sul problema, v. ancora MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 369 ss. Lo studioso distingue dagli obblighi di protezione aventi un contenuto autonomo, dei quali è possibile invocare l'inadempimento indipendentemente dall'inadempimento dell'obbligo di prestazione principale, i cc.dd. «obblighi secondari di omissione» che «altro non sono se non il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione, in quanto vietano ogni contegno contrario all'ordinato svolgimento dell'attività di prestazione». Rientrerebbero in tale seconda categoria, per es., l'obbligo di cui all'art. 1358 c.c. o quello previsto dall'art. 1662, 2° co., c.c. La loro violazione può produrre una lesione dell'interesse oggetto di protezione del creditore, ma questo maggior danno è legato, secondo tale dottrina, da un nesso di causalità con l'inadempimento dell'obbligo primario «cosicché l'assoggettamento di esso alle regole del danno contrattuale non ha bisogno di essere giustificato in funzione della violazione di un distinto obbligo di protezione». Rileva inoltre la stessa tesi che nessuna autonomia va attribuita agli obblighi che tutelano «l'interesse del creditore ad assicurare la propria persona o la propria cosa dalla specifica possibilità di danno, determinata dal contatto con l'attività del debitore», trattandosi di interesse che «si identifica con l'interesse all'(esatto) adempimento».

Le considerazioni dell'illustre studioso sono particolarmente interessanti, soprattutto laddove evidenziano la possibilità di lesioni dirette dell'interesse del creditore, sebbene egli le ricollegli solo al caso in cui sussista una causalità con l'inadempimento dell'obbligo primario. L'individuazione di differenti tipologie di lesione entro la medesima obbligazione può avvenire a nostro avviso attraverso la valorizzazione del concetto di colpa nelle sue diverse accezioni e gradazioni.

¹⁹² Non ci sembra infatti che ammettere il legame tra buona fede ed obbligazione di prestazione, significhi affermare che la prima, la buona fede, operi solo in presenza di quest'ultima, ovvero di una prestazione, e necessariamente nell'area della responsabilità contrattuale. In primo luogo, perché le regole di comportamento costituite dalla diligenza ordinaria sono proprie piuttosto dell'ambito extracontrattuale, in secondo luogo, perché la buona fede è in grado di richiamare l'applicazione di regole di diligenza specifiche, per quanto ugualmente ordinarie, in ragione di un rapporto più delimitato, ma non sempre la delimitazione dell'ambito di riferimento consegue all'esistenza di un'obbligazione di prestazione.

per la piena tutela dello stesso interesse dedotto in obbligazione come risultato della prestazione¹⁹³. L'informazione del professionista verso il cliente va per l'appunto opportunamente considerata come funzionale alla stessa (determinazione e) realizzazione, o conservazione, del "risultato" dedotto in contratto, ovvero al soddisfacimento dell'interesse cui è preordinata la prestazione. Una realizzazione o conservazione che, tuttavia, non è presidiata, nel caso, dal dovere di prestazione stesso, ma da regole di cautela prudenza e perizia più generali e, potremmo anche dire, meno rigorose (il dovere di prestazione introduce un *iter* specifico assai più gravoso di quello imposto dalle precedenti).

L'interesse del creditore, adeguatamente inteso, consisterà nel conseguire al meglio la soluzione del problema (giuridico, sanitario, o di altra natura), sottoposto all'attenzione del professionista, obiettivo che riceverà progressiva determinazione e che potrà essere pienamente realizzato non solo attraverso l'applicazione dell'obbligo di prestazione, ma altresì attraverso il rispetto delle regole di diligenza che ordinariamente proteggono la sfera altrui, importanti soprattutto se quest'ultima è messa in contatto tale con altra da accentuare le ipotesi di pericolo di lesione. Di tale ordinario tipo di protezione il creditore certamente non pensa di fare a meno per il solo fatto di aver costituito un rapporto obbligatorio. Il legislatore precisa che il creditore non può giuridicamente farne a meno neppure se lo voglia, ed essa dunque resta ferma quale ultimo ed essenziale presidio dello stesso vincolo obbligatorio (arg. ex artt. 1229 e 2236 c.c.). Tra le regole differenti da quella dettata tramite la prestazione, che assicurano la protezione ordinaria, va compresa quella che impone l'assolvimento del momento informativo.

¹⁹³ La diligenza ordinaria è anche il criterio di imputazione dell'impossibilità; esso dunque non ha niente a che fare con la colpa intesa come comportamento contrario alla regola contrattuale consistente nel dovere di prestazione. In tal senso appare rintracciabile una posizione simile a quella qui espressa, pur entro un'impostazione complessiva assai differente, nella ricostruzione che offre OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 344 e 418, del concetto di causa non imputabile; appare altresì superabile la critica a lui proposta sul punto da MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 121, che accusa il primo studioso di rompere l'unità del fondamento della responsabilità del debitore e di configurare, in caso di causazione dell'impossibilità, quest'ultima come una sorta di responsabilità *ex delicto*. Assegnando la giusta rilevanza all'interesse del creditore si "riscofre" il valore fondamentale ma pur sempre solo strumentale che presenta nell'obbligazione il dovere di prestazione, tanto da poter risolvere quest'ultimo nel parametro fondamentale, ma non esclusivo, della condotta che deve tenere il debitore per soddisfare l'interesse dell'avente diritto.

La necessità che il cliente, e non solo il professionista, si presti ad offrire un'adeguata informazione a quest'ultimo, corrisponde invece all'onere di cooperazione al quale la parte è assoggettata in quanto creditrice¹⁹⁴. La posizione che quest'ultimo riveste rispetto alla prestazione d'opera intellettuale è infatti estremamente delicata e sensibile, come sarà chiarito attraverso l'esame del regime della responsabilità e del rischio in tale genere di obbligazioni.

La nozione di onere, d'altra parte, merita di essere valorizzata compiutamente. Va infatti riconosciuta la capacità di quanto forma oggetto di tale situazione giuridica – e la configurazione di un'altra obbligazione non sarebbe in grado di fare altrettanto – di sommarsi algebricamente con il contenuto dell'obbligazione, così da escludere, in concomitanza con il mancato assolvimento di quanto previsto nell'onere, la responsabilità del debitore e il rischio a suo carico¹⁹⁵.

¹⁹⁴ È quasi inutile segnalare la multiformità delle applicazioni della buona fede che, sul versante del creditore, può tutelare la posizione del debitore attraverso la configurazione di un onere.

¹⁹⁵ Parlare di onere del creditore consente di rovesciare le conseguenze della responsabilità e del rischio a carico del debitore, sul creditore. Il presupposto è che taluni comportamenti del creditore incidano sulla prestazione dovuta dal debitore. Come sarà chiarito in seguito, se è impossibile la prestazione "del debitore", il rischio, che sarebbe a carico di quest'ultimo, ricade sul creditore in caso di sua mora, e altresì, a prescindere dalla mora, il rischio ricade in varia misura sul creditore se l'impossibilità attiene direttamente ad ambiti che gli appartengono e, soprattutto, se riguarda il risultato-interesse, che orbita per natura nella sua sfera. Più complesso appare il senso da attribuire all'art. 1227 c.c. Rispetto all'area di pertinenza esclusiva del debitore, se il creditore interferisce in essa, precisamente o intervenendo nell'esecuzione del dovere di prestazione a carico dell'obligato, o ledendo direttamente il proprio interesse dedotto in obbligazione che all'obligato spetta realizzare, sarà assoggettato alla regola di responsabilità, o autoreponsabilità, di cui al 1° co. della norma citata. Il 2° co. della stessa disposizione suppone un'analoga ma non identica interferenza: quella che il creditore potrebbe avere incidendo sulla sequenza causale che ha origine nell'inadempimento. Le conseguenze dell'inadempimento infatti pur investendo immediatamente la sfera giuridica del creditore, sono spostate economicamente nella sfera di pertinenza del debitore dalla regola di cui all'art. 1225 c.c. sotto forma di dovere di risarcire i danni al creditore. Ciò giustifica che la condotta di quest'ultimo sia valutata nel senso di ridurre i danni, come stabilisce appunto l'art. 1227, 2° co., c.c.. Sull'art. 1227 c.c. e sulla principale bibliografia sul tema cfr. CAREDDA, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, 102 ss.; sul ruolo di cooperazione del creditore cfr. altresì DORE C., *Cooperazione del creditore*, *ivi*, §§ 12, 13. Il dato consente già di evidenziare la coesistenza, nell'obbligazione e soprattutto nella realtà personale e materiale coinvolta dalla sua esecuzione, di aree ascrivibili al controllo del debitore e di aree ascrivibili al controllo del creditore, ciò che merita un'apposita considerazione al fine di verificare il rapporto di causalità tra comportamento e mezzi del debitore dedotti in obbligazione, da una parte, e risultato con essi perseguito dall'altra, consentendo così di escludere la responsabilità del debitore qualora manchi il nesso di causalità fra il comportamento da questi tenuto

Accolta tale premessa, va da sé che la mancata informazione da parte del professionista della difficoltà di raggiungere determinate soluzioni più favorevoli (auspiccate dal cliente e sulle quali egli fa dunque affidamento), oppure la possibilità di compromettere, per raggiungerle, altri interessi connessi a quello dedotto in contratto, deve ritenersi fonte di responsabilità contrattuale per il professionista nella misura in cui è suo compito delineare, attraverso la sua competenza professionale, un programma operativo in vista della realizzazione del fine enunciato, in modo necessariamente pragmatico, impreciso e generico, dallo stesso cliente, ciò che, per quanto si è detto, costituisce un primo momento di esecuzione del contratto di prestazione d'opera intellettuale¹⁹⁶.

12. L'oggetto del contratto ed il comportamento richiesto al professionista

La nozione di risultato-interesse costituisce l'elemento catalizzatore di qualunque programma contrattuale, e non è sostenibile che il contratto di prestazione d'opera intellettuale si differenzi in ciò dalle altre figure. D'altronde, le considerazioni da ultimo svolte, ci inducono a ritenere che sulla prestazione dovuta in vista del risultato promesso al cliente intervenga una progressiva determinazione ed entro certi limiti finanche una variazione, in ragione di circostanze sopravvenute, cui è preposta in modo decisivo l'attività dello stesso prestatore d'opera intellettuale; per ciò stesso entrambe, determinazioni ed eventuali variazioni successive alla conclusione del contratto, sono da ascrivere alla fase di esecuzione del contratto

ed il mancato raggiungimento del risultato. Precisa che si debba parlare più correttamente di "oneri" di informazione, per quelli che gravano sul cliente, CAFAGGI, *op. cit.*, 204. Se per es. il cliente è un emofiliaco, o ha una grave allergia agli antibiotici e non informa di ciò il chirurgo, la prestazione che non ne tenga conto è esattamente eseguita nonostante il mancato conseguimento del risultato-interesse, ciò in forza di una mancata cooperazione del creditore che esclude la responsabilità e riconduce il cattivo esito, quantunque derivante dall'emorragia provocata dall'intervento chirurgico o dallo *shock* anafilattico dipendente dalla somministrazione dell'antibiotico, entro i rischi che devono gravare sul cliente. Esclude la responsabilità dell'avvocato per il caso di mancata osservanza da parte del cliente dell'onere di informazione a suo carico, Cass., 11.7.2012, n. 11743, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 7-8, 902.

¹⁹⁶ Secondo PERULLI, *op. cit.*, 473: «L'obbligo di informazione assume infatti, nella materia *de qua*, una rilevanza del tutto peculiare che consente di procedere ad una più precisa identificazione del concetto di esatto adempimento delle obbligazioni professionali». L'Autore spiega il fenomeno in ragione della asimmetria culturale del cliente e della estrema sensibilità degli interessi da lui affidati alla cura del professionista intellettuale. Come si è detto, a nostro avviso il difetto di informazione da parte del professionista può considerarsi, se lesivo dell'interesse del cliente, un'ipotesi di dolo o colpa grave anche ai fini dell'art. 2236 c.c.

stesso e delle obbligazioni che ne derivano e dunque sono soggette al relativo giudizio di responsabilità¹⁹⁷.

Sulla base delle riflessioni in ordine al ruolo assolto dalla buona fede, nonché in considerazione dei dubbi espressi circa la necessità o meno di fondare su di essa specifici “obblighi” di protezione¹⁹⁸, si può affermare l'unità del rapporto obbligatorio giacché le regole di condotta da osservare sono tutte strettamente funzionali al risultato dovuto al cliente, risultato che viene tuttavia correlato ad una più ampia tutela della sua persona e più in generale della sua sfera giuridica (in quanto coinvolta entro la relazione obbligatoria)¹⁹⁹. La prospettiva è quindi unitaria sia dal punto di vista del risultato, perseguito o protetto, che della natura della responsabilità, sempre contrattuale. Resta ferma invece la differenza delle regole di condotta richiamate a seconda che si tratti di quella consistente nel dovere di prestazione, o di quelle ordinarie, qui rese funzionali alla tutela del medesimo interesse cui la prima regola è preordinata. Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza discutono infatti sulla possibilità di considerare come inadempimento e assoggettare a responsabilità contrattuale per es. il comportamento del medico che esegua “esattamente” la prestazione di chirurgia estetica

¹⁹⁷ Non è inutile rimarcare che sia invece da ascrivere al cliente uno *ius variandi*, seppure sotto il controllo tecnico scientifico del professionista. Per tali problematiche in tema di appalto v. UGAS, Art. 1659 c.c. *Le variazioni concordate del progetto*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di Luminoso, Milano, 2010, 368 ss.; sullo *ius variandi*, cfr. spec. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000 ed ancora UGAS, Art. 1661 c.c. *Variazioni ordinate dal committente*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di Luminoso, cit., 427 ss.; il tema delle sopravvenienze nell'appalto è affrontato da PISU, Art. 1664 c.c. *Onerosità e difficoltà dell'esecuzione*, *ivi*, 465 ss., ove ampia bibliografia anche sulle problematiche generali coinvolte.

¹⁹⁸ La possibilità di configurare una responsabilità contrattuale per lesione dell'interesse del creditore dedotto in obbligazione, anche in presenza di comportamenti che non contrastino con il dovere di prestazione, ma siano direttamente lesivi del primo, avvalendosi del concetto di dolo e colpa grave, impone di rivedere la nozione di colpa in tema di obbligazioni. Alla buona fede parrebbe spettare il ruolo di selezionare le regole di condotta (ordinarie) onde impedire comportamenti lesivi dell'interesse protetto per la stretta relazione con esso che presentano, piuttosto che il compito di fondare ulteriori specifici obblighi, improponibili soprattutto se ricostruiti come doveri di “prestazione”.

¹⁹⁹ In altri termini, l'esigenza di evidenziare l'autonomia degli interessi perseguiti con i doveri di protezione, può risultare utile sul piano dell'analisi teorica, ma sul piano pratico deve condurre, nel rispetto dell'unità del concetto di obbligazione, a ritenere tutti gli interessi così enucleati manifestazione dello stesso interesse finale cui è preposto il dovere di prestazione, opportunamente arricchito e contestualizzato, oltre che ad applicare un giudizio di responsabilità di natura contrattuale, fermo restando che la prestazione definisce un dovere di condotta più stringente (*culpa levis o levissima*), rispetto a quello disposto in funzione di protezione la cui violazione è integrata direttamente dalla lesione dell'interesse (dolo o colpa grave).

del seno, senza considerare l'attività di spogliarellista della paziente, che avrebbe richiesto un miglior occultamento delle cicatrici conseguenti all'operazione; o il comportamento del medico che eseguito "esattamente" un intervento chirurgico all'addome, lasci il bisturi sul viso del paziente provocando gravi lesioni al volto di quest'ultimo. Sembra evidente che ragionamenti di questo tipo abbiano perso di vista l'unità del rapporto obbligatorio dal quale si è pure preso le mosse, proclamandolo con una certa enfasi. Non si vede, infatti, come in entrambi i casi possa considerarsi veramente realizzato il risultato (anch'esso unitario) avuto di mira dal cliente²⁰⁰. Solo il corretto assolvimento dei doveri di informazione, in particolare, assicura la consapevole individuazione del risultato da dedurre in contratto, nel più ampio contesto della valutazione di tutti i pro e i contro che discendono dalla scelta effettuata.

All'unità del risultato-interesse, definito in termini articolati e complessi, come la complessità del rapporto (unitario) impone, corrisponde un'articolazione e complessità del comportamento richiesto al debitore, professionista. È logicamente e praticamente improponibile che l'unità della condotta sia da intendere in senso stretto e dunque corrisponda ad un unico comportamento. Ciò non impedisce di considerare la condotta dedotta in contratto in modo funzionalmente unitario e successivamente di sottoporre al giudizio di responsabilità contrattuale tutti i singoli comportamenti in cui si traduce, distinguendo a seconda che essi siano applicazione o violazione del dovere di prestazione, o invece di doveri di condotta volti ad evitare che avvenga per altra via la lesione dell'interesse del creditore (compresi quelli a garanzia della possibilità della prestazione).

²⁰⁰ In tal senso pare esprimersi la giurisprudenza laddove afferma che qualora sia mancato il dovere di informazione sui rischi (per es. di malformazione del feto), la responsabilità del professionista ricorre qualora venga provato che il cliente non avrebbe richiesto l'intervento o ne avrebbe richiesto uno differente. La soluzione va riposta a nostro avviso nella differenza delle regole di condotta violate pur nell'unità dell'interesse protetto. Esse non sono costituite dal solo dovere di prestazione, ma anche dalle regole di diligenza ordinarie, sebbene richiamate in funzione della particolare relazione instaurata tra professionista (nella specie medico) e cliente, in ragione dell'obbligo di prestazione. Le pronunce della giurisprudenza sollevano qualche dubbio sulla distribuzione dell'onere della prova al riguardo, giacché, senza una chiara argomentazione, parrebbero sovvertire le regole previste in materia contrattuale per accogliere quelle extracontrattuali. Le considerazioni già svolte e quelle che ancora svolgeremo sul ruolo delle regole di diligenza ordinarie varranno ad offrire qualche spiegazione dell'orientamento giurisprudenziale inscrivendolo entro una soluzione che si spera possa essere logicamente e giuridicamente persuasiva. Sul problema e sulle posizioni della giurisprudenza, cfr. PERULLI, *op. loc. ult. cit.* V. anche *supra*, § 9, ed *infra*.

Assume importanza stabilire pertanto, anche il ruolo della diligenza all'interno dell'oggetto del contratto. Prima riflessione è che essa va ad incidere non direttamente sul risultato-interesse, ma sul comportamento richiesto per il suo conseguimento. I dubbi che la concernono sono molteplici, ed ognuno di essi richiederebbe ben altra sede ed ampiezza di riflessione. Limitandoci alle questioni fondamentali, un primo quesito è se essa sia fonte di integrazione del comportamento programmato (e quindi dovuto), alla stessa stregua in cui si riconosce tale ruolo alla buona fede, o se invece incida solo sulla qualità del comportamento richiesto, ed ancora se di essa sia da accogliere una nozione soggettiva o oggettiva. Su alcuni di tali problemi si tornerà nel discutere il tema dell'obbligazione del professionista intellettuale.

In ordine al primo punto, il problema dell'integrazione delle prestazioni di *facere* va affrontato alla luce di quanto si è detto sull'incidenza delle regole scientifiche e tecniche nella determinazione dell'oggetto del contratto, tanto più necessarie quanto più il fare richiesto sia estremamente complesso come quello che ha di mira la prestazione d'opera intellettuale. La funzione "costitutiva" della definizione del dovere di prestazione è dunque propria, oltre che della volontà delle parti, della disciplina (medicina, diritto, ingegneria, ecc.) cui la prestazione rinvia. Sarebbe improprio invece assegnare tale compito alla diligenza.

Se si ritiene di accogliere la nostra conclusione, occorre riconoscere alla diligenza di cui all'art. 1176, 2° co., c.c., il medesimo ruolo previsto dal 1° co. della stessa norma, che chiaramente rimette al parametro in oggetto il compito di rendere "qualitativamente" esatta la prestazione altrimenti identificata. La diligenza di cui alla disposizione citata, vale, allora, a contrassegnare, non la misura o estensione dell'obbligo – che è piuttosto determinata in funzione della idoneità causale di comportamento e mezzi a conseguire il risultato –, ma la qualità della prestazione²⁰¹. La diligenza di

²⁰¹ Sul tema della diligenza ritorneremo in seguito. Si può qui cominciare a segnalare come l'adozione di una nozione oggettiva di diligenza, che ci sembra meriti di essere accolta, non implica la sovrapposizione e indistinzione tra la diligenza da applicare nella realizzazione del risultato, ovvero da osservare nell'eseguire il dovere di prestazione, e la diligenza volta alla conservazione della possibilità della prestazione medesima. La prima, si sovrappone ad un dovere di condotta predeterminato in modo più o meno preciso, all'atto del sorgere dell'obbligazione, in funzione della sua idoneità a raggiungere il risultato stabilito e ne definisce la qualità. La seconda non si sovrappone invece ad una condotta volta a realizzare un risultato utile da conseguire, non si applica cioè alla prestazione. La necessità di conservare la possibilità della prestazione richiede che si adoperino le cautele atte a non provocare e ad evitare l'impossibilità della prima. Qui la diligenza non si confonde col nesso di causalità, o meglio col nesso

cui all'articolo citato²⁰² arricchisce gli atti e le attività del debitore, giacché si traduce in molteplici accorgimenti, cautele, cure, preparazione, studio, ecc.

di imputazione oggettiva alla sfera del debitore, ma lo delimita, nel senso che può sussistere un evento riconducibile alla sfera del debitore che ha reso impossibile la prestazione, ma non ascrivibile a negligenza del medesimo.

In base a quanto detto sui gradi della colpa, e correlativamente in ordine alla nozione positiva di diligenza, quelle che vengono qui in considerazione sono dunque rispettivamente la colpa grave e la diligenza minima. La terminologia in questione ha pur tuttavia rilevanza nel solo ambito contrattuale, ove ha senso parlare di colpa lieve e lievissima in ragione della presenza di un dovere di prestazione. Fuori da tale contesto, e dunque in area extracontrattuale, il legislatore si avvale esclusivamente e correttamente del solo concetto di colpa (e di dolo).

Nell'ipotesi in cui il debitore non sia in colpa in ordine al verificarsi dell'impossibilità, potrà andare esente da responsabilità e magari soggiacere invece al rischio della perdita del corrispettivo. Né a ciò si potrebbe obiettare che il dovere di conservare la possibilità coincide con il dovere di prestazione proprio delle obbligazioni di consegna e di relativa custodia. Come si dirà anche oltre, il dovere di conservare la possibilità della prestazione non costituisce un dovere di prestazione. Tale conclusione potrebbe assumersi soltanto leggendo impropriamente la regola sulla conservazione della possibilità della prestazione come regola di conservazione della possibilità del risultato che da essa discende. Se si ristabilisce la distanza tra i due precetti, si coglie a pieno come anche nel dovere di consegna e custodia, queste ultime costituiscono manifestazione di un dovere di prestazione predeterminato a sufficienza contrattualmente nelle sue caratteristiche, ed è su tale dovere di prestazione che deve incidere l'impossibilità in grado eventualmente di liberare il debitore. D'altra parte, la distinzione qui prospettata riprende almeno in parte quella proposta ed utilizzata da MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., per quanto con alcune differenze che meritano di essere segnalate. Lo studioso riconosce una diversa portata alla diligenza applicabile al dovere di prestazione rispetto alla diligenza richiesta in quello che egli definisce dovere strumentale di conservare la possibilità. Ritiene che di quest'ultima si debba adottare una nozione soggettiva, e la ricostruisce attraverso l'origine storica dell'art. 1176, 1° co., c.c., alla quale la riconduce. Si è visto invece che a nostro avviso vi è fondamentale unità tra il 1° ed il 2° co. dell'art. 1176 c.c. e come la diligenza vada, a nostro sommo avviso, sempre costruita oggettivamente. Il punto centrale del discorso sta piuttosto nel non estendere oltre l'ambito del dovere di prestazione il concetto di diligenza per essa coniato. Fuori dalla prestazione i "doveri di sicurezza" non sono obblighi, in particolare obblighi senza prestazione, sono piuttosto regolati dalla diligenza generica e specifica idonea a non pregiudicare la sfera altrui. Essa svolge in questo ruolo – cioè rispetto alla conservazione della possibilità della prestazione – il compito indubitabile di ridurre la responsabilità in funzione di una valutazione "soggettiva" degli eventi da ascrivere alla sfera di pertinenza del debitore. Sotto quest'ultimo profilo, come si vede, la distanza tra le due impostazioni, quella di Mengoni e quella qui enunciata, si attenua. La seconda differenza concerne la scelta dell'autorevole studioso, di assegnare un ruolo oggettivo alla diligenza solo nelle cc.dd. obbligazioni di mezzi, tra l'altro ritenendo di poter ricondurre queste ultime, per tale via, tra le obbligazioni di risultato. Le conclusioni ci sembra destino qualche perplessità, di cui daremo conto nel testo.

²⁰² La questione rinvia alla disputa sul concetto di impossibilità liberatoria, da alcuni chiamata soggettiva, perché definita in ragione della diligenza, da altri oggettiva relativa, e collegata al ruolo della buona fede. La prima tesi, esclude che la buona fede possa assumere una valenza integrativa dell'obbligazione, perché capace soltanto di fondare un giudizio comparativo tra interessi, limitando il sacrificio dell'obbligato nel perseguirli ad un non apprezzabile

È vero allora che la diligenza *in executivis* impone di tenere determinati comportamenti; tuttavia non può ritenersi che la stessa sia fonte integrativa in senso stretto del dovere di condotta del debitore, perché, nel caso della responsabilità contrattuale per violazione del dovere di prestazione, la diligenza presuppone la definizione della condotta alla quale essa si accompagna. Per questo, qualora si adotti, come pare corretto, una nozione oggettiva, essa connoterà i comportamenti che sono dedotti in obbligazione come diretti a realizzare il risultato dovuto e determinati per altra via²⁰³. Essa si risolve in vere e proprie regole di condotta tese peraltro non a definire il “cosa” conseguire, e neppure il rapporto causale degli atti necessari a conseguirlo, ma il “come” conseguirlo e come tenere il comportamento

sacrificio dei propri; la seconda, esclude, al contrario, che la diligenza possa avere un ruolo integrativo, poiché essenzialmente destinata ad accompagnare comportamenti altrimenti definiti. Per l'opinione che si appella alla diligenza, cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1991, 90, che definisce la diligenza «come criterio fondamentale della prestazione obbligatoria e insieme come criterio di responsabilità». La buona fede invece secondo lo studioso, «richiede al debitore (...) di salvaguardare gli interessi del creditore che non sono specificamente tutelati dal rapporto obbligatorio né dai principi di responsabilità extracontrattuale, ma questo impegno si ferma al limite dell'apprezzabile sacrificio del soggetto» (*ivi*, 89).

Attribuisce invece diverse funzioni alla buona fede tra cui anche quella di integrare l'obbligo di prestazione e definire i mezzi necessari per conseguire il risultato, MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., spec. 114 ss. La tesi di Mengoni risente tuttavia di un approccio al concetto di diligenza del tutto peculiare, e per lo più oggi abbandonato, perché di tipo soggettivo. Essa opererebbe in senso oggettivo solo nelle obbligazioni di mezzi. La posizione di Mengoni è ripresa, ma rivista sotto l'ultimo aspetto rilevato, da BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 468 ss.; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, 52 ss. e 80 ss., ove chiarisce che «una precisa e concreta individuazione dell'obbligo (...) è resa possibile da un'interpretazione secondo buona fede del titolo e del contenuto del rapporto (in tal senso buona fede e diligenza svolgono ruoli ben diversi, poiché (...) il primo criterio fissa i confini di quel che è dovuto e di quel che può essere preteso, e l'altro direttamente si riferisce alle modalità di esecuzione dell'obbligo; la correttezza attiene al “senso” del rapporto: la diligenza al “come” del comportamento del debitore».

Pur accogliendo una concezione oggettiva della diligenza va riconosciuto che essa opera diversamente se applicata al dovere di prestazione, o invece al dovere di conservare la possibilità della prima. Ancora una volta la dicotomia soggettivo/oggettivo, non è in grado di comprendere la complessità del problema che si vorrebbe con essa sintetizzare.

²⁰³ Che l'art. 1176 c.c. si riferisca come modalità di esecuzione della prestazione alla diligenza media, è perfettamente coerente con l'idea che tale diligenza si accompagni ad una regola di condotta, quella avente ad oggetto la prestazione, che nel suo complesso integra il parametro della diligenza media, ai fini di valutare la responsabilità del debitore per colpa (lieve o lievissima, quest'ultima riscontrabile nel caso di inesattezza della prestazione).

necessario a raggiungerlo²⁰⁴. Consisterà dunque in precetti da osservare quale misura della qualità del medesimo²⁰⁵.

²⁰⁴ In dottrina si contrappongono quanti ritengono la diligenza misura della responsabilità del debitore, giacché considerano impossibile ciò che non sia raggiungibile con l'ordinaria diligenza, e quanti invece ricostruiscono in chiave rigorosamente oggettiva la nozione di impossibilità lasciando alla diligenza il compito di definire l'esattezza e dunque la qualità dell'adempimento (specialmente nelle obbligazioni di risultato; fermo restando il giudizio secondo diligenza in ordine alla causa non imputabile). La seconda impostazione appare indubbiamente più rigorosa. Chi attribuisce alla diligenza il ruolo di criterio di imputazione, accoglie in genere di essa una nozione "soggettiva", intendendola come sforzo della volontà e in tale significato la riferisce ai soli comportamenti non definiti nell'obbligo di prestazione ma rientranti nel dovere strumentale di non rendere quest'ultima impossibile. È stata tuttavia prospettata anche la soluzione di applicare al dovere di conservare la possibilità la nozione oggettiva di diligenza (per le citazioni v. nota successiva).

Premesse le dovute cautele nell'esaminare un argomento tanto delicato, ci sembra che vada profondamente ripensato il rapporto tra diligenza e colpa, e vada attentamente considerato il richiamo al concetto oggettivo di diligenza. L'applicazione della diligenza oggettiva al dovere di conservare la possibilità della prestazione, finisce col fare di quest'ultimo un obbligo di prestazione ulteriore: il che è del tutto improprio, a nostro giudizio. La colpa, rispetto alla diligenza, si caratterizza in via immediata, per il dato di applicare un criterio di selezione del nesso di causalità oggettivamente riscontrabile, rapportandolo alla dimensione del soggetto di cui si tratta di verificare il contributo causale all'evento, e individua tale criterio in ragione della possibilità (e perciò doverosità) della persona di rappresentarsi il nesso di causalità dannoso (come anche il nesso di causalità rispetto a comportamenti positivi in grado di evitare il danno). Quantunque il parametro di riferimento sia oggettivo (un modello di uomo), esso integra perciò un criterio "soggettivo" (la rappresentazione soggettiva della sequenza causale in contrapposizione a quella oggettiva, effettivamente riscontrabile). La diligenza oggettiva invece si accompagna al dovere di prestazione e lo "qualifica". In tal caso è la violazione del dovere di prestazione, in quanto causalmente preordinato al risultato, ad integrare la colpa; quest'ultima corrisponde, infatti, alla violazione della condotta dovuta per raggiungere (causalmente) il risultato. Tale concetto come si è detto corrisponde alla colpa lieve o alla colpa lievissima (nozioni, per ciò stesso di ambito esclusivamente contrattuale).

²⁰⁵ Sul concetto di diligenza nell'obbligazione cfr. D'AMICO, *op. cit.*, spec. 133 ss., ove è contenuta un'ampia argomentazione critica sulla nozione di diligenza soggettiva ed a favore di una concezione oggettiva della stessa; ID., *Negligenza*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 24 ss.; GRISI, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991 (postilla di aggiornamento 2005), 2 ss.; per una teoria che egli stesso definisce «relazionale» della colpa, cfr. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, *Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, *passim*. L'indagine dello studioso è volta a dimostrare l'idea che la colpa extracontrattuale sia chiamata ad operare in contesti intersoggettivi predeterminati. Tale premessa ci sembra possa avallare l'opinione in questa sede da noi espressa, secondo la quale nulla osta a che la colpa extracontrattuale intervenga anche in ambito contrattuale (ricevendo la denominazione di colpa grave), in caso di violazione di regole di diligenza funzionali alla tutela da parte del debitore dell'interesse del creditore (definito dalle parti ed integrato in forza del principio di buona fede). La sede contrattuale a sua volta potrà ricorrere laddove sia identificato tale interesse e sussista, almeno in linea di principio, "una prestazione" del debitore diretta al suo soddisfacimento. Sulla modifica che il regime della colpa extracontrattuale subisce in conseguenza dell'area contrattuale a cui viene applicata non può offrirsi in questa sede una discussione ampia come l'argomento meriterebbe. Sul tema dell'onere della

L'adozione di una concezione oggettiva peraltro non può impedire di adottare delle distinzioni. La diligenza da utilizzare rispetto al dovere di prestazione non può essere ad esso inferiore. Entrambi, cioè il comportamento causalmente richiesto e la misura della diligenza qualitativa, sono infatti predefiniti in funzione del risultato e dunque, la seconda si sovrappone al primo. La diligenza nella conservazione della possibilità della prestazione, al contrario, introduce un limite al nesso di causalità tra evento e impedimento della prestazione, un limite che riduce la responsabilità lasciando negli altri casi a carico del debitore il rischio. La distinzione tra la diligenza rilevante ai fini della valutazione della responsabilità del debitore per violazione del dovere di prestazione e la diligenza utile ai fini dell'imputazione dell'impossibilità della prestazione medesima, va dunque ribadita. Essa tuttavia, va letta, non come contrapposizione tra un parametro oggettivo ed un parametro soggettivo, ma come contrapposizione tra un parametro stringente (rappresentato dallo stesso dovere di prestazione), ed un parametro più ampio, in ragione del dato inequivocabile della mancanza di un dovere di prestazione avente per contenuto la conservazione della possibilità della prestazione medesima.

Il sistema normativo complessivamente considerato, e soprattutto gli artt. 1229 e 2236 c.c. che si avvalgono del concetto di colpa grave e dolo in ipotesi in cui o le parti o la scienza e la tecnica non consentono di definire un dovere di condotta specifica, dimostrano *a contrario*, che la violazione pura e semplice dell'obbligo di prestazione integra la *culpa levis* o quella *levissima*: in altri termini il dovere di prestazione corrisponde al parametro della così detta diligenza media e massima.

Fuori dal dovere di prestazione, e dunque anche rispetto alla valutazione dell'imputabilità o meno al debitore degli eventi che rendono impossibile la prima, vanno applicati i parametri ordinari della diligenza, quelli stessi che operano in ambito extracontrattuale, con la precisazione ovvia, peraltro, che essi concorrono a definire il regime della responsabilità contrattuale²⁰⁶.

prova tuttavia v. *infra*. Sulla posizione dell'Autore sopra citato rispetto al tema del *discrimen* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale cfr. *ivi*, 13, ntt. 2 e 43 ss.

Il punto della diligenza merita particolare attenzione. L'adozione di una nozione oggettiva dovrebbe allontanare l'opinione qui sostenuta da quella espressa da MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit. Una critica su di essa si rintraccia infatti in D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., che propugna e argomenta fondatamente una visione oggettiva.

²⁰⁶ La diligenza è dunque momento qualificativo del comportamento dovuto. Essa si trasforma in colpa quando vi è violazione di quest'ultimo, in quanto è causalmente legato ad un risultato-interesse. Per tale via si recupera il legame tra colpa e nesso causale, proprio del

13. Dall'oggetto del contratto di prestazione d'opera intellettuale al contenuto dell'obbligazione del professionista. Riflessioni preliminari sulla responsabilità e sul rischio nell'obbligazione

Il terreno programmatico proprio del momento ideale della fattispecie contrattuale è altresì il punto di riferimento del profilo effettuale della medesima, tramite il quale si predispongono gli strumenti giuridici destinati a consentire, di detto programma, la realizzazione. Si è già detto come l'affermazione non sia affatto contraddittoria e come anzi sia del tutto ovvio che il momento effettuale riproduca in linea di massima, secondo la struttura che è propria alla tipologia di effetto considerata, il contenuto programmatico, ovvero l'oggetto (e la causa) del contratto.

La peculiarità del contratto d'opera professionale viene da una parte della dottrina individuata, intesa e descritta, attraverso l'applicazione della nota dicotomia, di origine tedesca ma di diffusione soprattutto francese, tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato. Secondo tale orientamento, infatti, la prestazione intellettuale sarebbe, come del resto molte altre, tra cui quella del lavoratore subordinato, oggetto di un'obbligazione di mezzi²⁰⁷. La questione rinvia alla preventiva soluzione di problematiche assai complesse. Tra queste, vi è la nota disputa sull'individuazione dei limiti cui è soggetta la responsabilità del debitore nell'attuale sistema giuridico,

concetto stesso di colpa. Ci permettiamo di segnalare gli elementi sul punto desumibili dalla letteratura romanistica. Cfr. CANCELLI, *Diligenza (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XII, Varese, 1964, 517 ss., spec. 518, ove l'Autore precisa che diligenza «è l'agire in conformità dell'*officium*, inteso questo sia nel senso più generico, sia in quello più ristretto di compito gestorio sociale cui alcuno sia preposto. Per denotare la naturale attinenza di *diligentia* con *officium*, sono significativi alcuni testi, nei quali la negligenza non è solo il comportamento contrario alla diligenza, ma è *tout court* il trascurare, il tradire un *officium*». Lo studioso rimarca successivamente la distinzione tra diligenza e colpa. Anche la ricostruzione offerta da CANNATA, *L'obbligazione nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 407 ss. e spec. 410, pare andare nella stessa direzione, in particolare laddove viene evidenziata l'identificazione nell'obbligazione di un vincolo accessorio (al risultato) di *culpam prestare*, *peritiam prestare*, e inteso come «dovere di assicurare l'assenza di comportamenti colposi, precisato altresì come garanzia di conoscenza delle regole tecniche in questione e della loro applicazione con l'opportuna diligenza professionale»; continua l'Autore: «In particolare, fra i doveri di prestare si trovano quelli che verranno sintetizzati dalla stessa giurisprudenza romana come elenco dei criteri di responsabilità (*dolum, culpam, custodiam, casus*)».

²⁰⁷ Per la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, e la sua utilizzazione in dottrina, oltre agli Autori fin qui citati che hanno trattato il tema delle obbligazioni professionali, cfr. FONDRIESCHI, *Prestazione*, in *Digesto civ.*, *Agg.*, II, Torino, 2007, 970 ss. Per un quadro dell'attuale e passato assetto normativo che concerne la responsabilità contrattuale, nonché dell'impegnativo dibattito dottrinale che da tempo coinvolge il tema, cfr. GRISI, in questo *Commentario*, *sub art.* 1218 c.c., 5 ss.

condizionata, come è risaputo, dall'interpretazione che si voglia assegnare alle due norme fondamentali al riguardo, rappresentate dall'art. 1218 c.c. e dall'art. 1176 c.c.

Circa il limite della responsabilità del debitore, alla luce del chiaro dato normativo e della collocazione ad esso assegnata dal legislatore, non può che farsi capo, per individuarlo, all'art. 1218 c.c. ed alla regola in esso contenuta. Tale conclusione non appare affatto in contrasto con l'importanza assegnata alla diligenza dall'art. 1176 c.c. La disposizione da ultimo citata impone, come si è sopra evidenziato, che la prestazione del debitore (nel nostro caso, professionista) sia eseguita con la applicazione delle regole di condotta richieste dalla diligenza, declinata peraltro anche nelle sue due fondamentali articolazioni della prudenza e, soprattutto, della perizia²⁰⁸.

L'impossibilità, cui l'art. 1218 c.c. fa appello, è stata intesa da una nota dottrina, in senso sempre oggettivo ma non necessariamente in senso assoluto, piuttosto anche in senso relativo. Tale opinione ha dimostrato come un concetto di impossibilità non spurio, richiede che essa sia di tipo logico. Deve corrispondere in altri termini ad un evento che renda impossibile la prestazione dal punto di vista naturalistico. Tale impossibilità incide sulla prestazione ponendo in contrasto con le leggi di natura e per estensione, con le norme giuridiche, il risultato in quanto tale (punto di arrivo della prestazione)²⁰⁹ o il raggiungimento del medesimo (la prestazione nel suo farsi)²¹⁰.

La concezione che indica tale fondamentale premessa e conclude per l'estensione del concetto all'impossibilità relativa, definisce la prestazione

²⁰⁸ Per sgombrare il campo da un possibile equivoco, va segnalata la differenza tra le regole della professione che attengono al momento esecutivo e lo colorano della necessaria precisione avvedutezza e attenzione, dalle regole scientifiche e tecniche (mediche, giuridiche ecc.), da applicare per definire la prestazione e di cui si è parlato sopra, nella parte dedicata all'oggetto del contratto d'opera intellettuale.

²⁰⁹ Evidenzieremo come di risultato si possa parlare in differenti accezioni: il risultato materiale e quello giuridico entrano a definire la prestazione, il risultato-interesse, è invece ad essa esterno, come previsto dall'art. 1174 c.c. La impossibilità è riferita dal legislatore alla prestazione. In verità l'impossibilità non imputabile del risultato-interesse, in sé e per sé considerato, che non coinvolga cioè la prestazione, non ha la funzione di estinguere l'obbligazione, poiché se interviene qualora la prestazione sia stata esattamente eseguita, l'obbligazione dovrebbe, in linea di principio (salvo il dolo e la colpa grave del debitore), ritenersi già estinta per adempimento.

²¹⁰ Per una concezione normativa di impossibilità cfr. invece, DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1256-1259 c.c., Milano, 2011, 35 s. L'adozione di un simile significato dell'impossibilità condurrebbe ad un esito paradossale rispetto allo stesso obiettivo avuto di mira dall'Autore, priverebbe infatti il rinvio operato dalla legge a tale concetto di una forza precettiva propria.

in funzione dunque non del solo risultato (che peraltro va debitamente inteso), piuttosto rapporta quest'ultimo al comportamento ed ai mezzi, che il debitore è tenuto ad approntare per esso, valutati secondo buona fede. L'impossibilità sarebbe da ravvisare nelle sopravvenienze che alterano l'idoneità del singolo comportamento e del complesso dei mezzi originariamente dedotti, a raggiungere il risultato, anch'esso chiamato a definire il concetto di prestazione.

L'approfondimento di tale ultima nozione, avviato in tempi più moderni, ha evidenziato come il comportamento ed i mezzi del debitore tuttavia non siano i soli elementi coinvolti nella prestazione. Essi si applicano ad una materia o substrato; la loro utilizzazione concreta impone, infatti, di rapportarli ad una più ampia e completa dimensione di ordine genericamente fattuale.

Adottando tale prospettiva, l'impossibilità della prestazione (nella sua valenza esecutiva e non programmatica) corrisponde essenzialmente all'interruzione del nesso di causalità materiale e di causalità giuridica che lega la condotta e i mezzi del debitore al risultato materiale e questo a sua volta al risultato giuridico. Il termine impossibilità si addice altresì ad indicare il pregiudizio di quest'ultimo che abbia il carattere dell'insuperabilità²¹¹.

²¹¹ Taluno ha configurato lo stesso inadempimento come ipotesi di impossibilità. Cfr. per la trattazione del problema e le citazioni, DE MAURO, *ivi*, 41 s. L'opinione negativa in proposito può essere argomentata considerando come l'inadempimento giustifichi la richiesta della condanna ad adempiere, e come questa supponga a sua volta in linea di massima, che l'esecuzione sia ancora possibile e che i due concetti non si sovrappongano. Piuttosto dovrebbero coincidere i concetti di inadempimento e colpa, laddove la prestazione sia ancora possibile. Il che rende equivoco affermare la presenza di rimedi di tipo oggettivo, come quelli della risoluzione e della riduzione del prezzo, e finanche la eliminazione dei difetti, qualora la prestazione sia ancora possibile. Occorrerebbe affermare che essi, se operano come pare dalla previsione dell'azione di esatto adempimento, in costanza di possibilità, abbiano carattere soggettivo o comunque siano imputabili. Il che è tuttavia contraddittorio con la previsione che aggiunge ai precedenti il rimedio del risarcimento del danno se i difetti sono dovuti a colpa del debitore. La precisazione sarebbe infatti superflua se fosse vera la premessa. Vi è da domandarsi in che senso allora essi possono definirsi oggettivi in costanza di possibilità della prestazione. Una soluzione potrebbe essere di distinguere tra i rimedi sinallagmatici, che opererebbero oggettivamente, in presenza di una impossibilità, dal rimedio della eliminazione che dovrebbe presupporre la possibilità e dunque la colpa, quest'ultima tuttavia non è oggetto di autonomo giudizio, ma esiste *in re ipsa*, in forza della sussistente possibilità. Il legislatore non si addentra sul profilo della colpevolezza poiché è implicito in quello della possibilità, mentre parla di risarcimento in caso di colpa sul presupposto che se i difetti sono eliminabili ed effettivamente eliminati, in linea di massima i danni saranno ridotti al minimo, fermo restando che potranno essere richiesti, mentre nel caso degli altri rimedi saranno dovuti qualora la stessa impossibilità di eliminarli sia imputabile.

Se peraltro il risultato giuridico, punto di arrivo della prestazione, corrispondente all'ingresso di questa nella sfera del creditore, viene meno, e dunque se l'impossibilità che lo concerne interviene quando l'*iter* dell'adempimento è completato, pregiudicando il solo soddisfacimento dell'interesse del creditore, tale impossibilità, se non è imputabile, non assolve al suo ordinario ruolo di estinguere l'obbligazione. Quest'ultima deve infatti considerarsi, almeno in linea di principio, già estinta in ragione della sua esatta esecuzione.

In obbligazione è dunque dedotto uno specifico nesso di causalità tra più elementi che compongono la prestazione²¹². Entro quest'ultimo concetto è sintetizzato il processo di trasformazione materiale e giuridica della realtà che dalla condotta del debitore conduce alla soddisfazione dell'interesse del creditore²¹³. La nozione così enucleata di prestazione manifesta chiaramente

²¹² Il ruolo del nesso causale entro la definizione di prestazione è evidenziato anche da LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Tratt. Galgano*, XXXI, a cura di Bin, Luminoso, Padova, 2003, 24.

²¹³ Sarà precisato come non esista una coincidenza tra acquisizione del risultato materiale o immateriale, cui corrisponde il momento finale del percorso in cui la prestazione si traduce, e la qualificazione positiva di tale processo in termini di esatto adempimento. Il legislatore preferisce infatti registrare la differenza tra programmazione ed attuazione piuttosto che escludere dall'area della esecuzione quanto è stato compiuto inesattamente e, soprattutto, piuttosto che negarne l'acquisto da parte del creditore. È esemplare ciò che accade quando è in gioco l'effetto traslativo: il legislatore lascia che operi il trasferimento per quanto il suo oggetto presenti la massima difformità possibile da quello previsto, come avviene nel caso di vendita di *aliud pro alio*; interviene invece *ex post* con i rimedi del caso.

Ciò avviene anche nelle prestazioni manuali e intellettuali, ove si considera "avvenuta", "compiuta" la realizzazione dell'opera sebbene essa presenti delle difformità, ferma restando la disciplina rimediabile. Più frequentemente nelle prestazioni intellettuali rispetto a quelle manuali, può accadere che la trasformazione della sfera materiale/immateriale e giuridica del creditore si realizzi in modo esatto e, tuttavia, non si possa parlare di soddisfazione dell'interesse del creditore; così può accadere che il paziente non consegua la guarigione nonostante l'esatta esecuzione dell'intervento chirurgico, e altrettanto facilmente può avvenire che il cliente, sia stato difeso perfettamente, quantunque l'avvocato non vinca la causa. In tal caso entra in gioco la doppia nozione di risultato/interesse, sia come esito positivo del confronto tra fase esecutiva e fase programmatica sia come soddisfazione dell'interesse psicologico e naturalistico del creditore. Se la discrepanza tra risultato/interesse in senso giuridico e risultato interesse/ in senso psicologico corrisponde a sequenze causali ascrivibili alla sfera del creditore, può dirsi impropriamente che siano esclusi la responsabilità ed il rischio. In realtà sulla base del giudizio frutto della comparazione tra fase programmatica e fase esecutiva con cui si definisce l'adempimento, può affermarsi che in tali ipotesi esso è avvenuto. L'affermazione è valida anche in altri ambiti. Rispetto all'attribuzione traslativa, il perimento della cosa potrà imporre una verifica sulla sua causa e sulla circostanza che essa dipende o meno da vizi riferibili al venditore. Se la perdita discende da un fatto non imputabile all'alienante, quest'ultimo è esonerato da qualunque responsabilità perché si considera avvenuto l'adempimento. In altri termini il conseguimento del risultato-interesse in senso psicologico e naturalistico può

la sua estensione in senso dinamico, mentre ne risulta senz'altro ridimensionata la sua ampiezza statica. Essa infatti, quale percorso determinato verso il raggiungimento di un risultato, si inserisce come un'enclave, nella sfera e del debitore e del creditore; per ciò stesso la sfera del creditore ed il suo interesse non entra *in toto* nell'orbita del controllo del debitore.

Le quattro entità (o momenti)²¹⁴ normalmente coinvolte entro la nozione di prestazione così enucleata, costituiscono l'oggetto eventuale della impossibilità. Si tratta:

- della condotta (e dei mezzi appartenenti al debitore);
- della materia e/o substrato ai quali il debitore è tenuto ad applicare il *facere* in vista della trasformazione in corrispondenza con il risultato ontologico (materiale o immateriale);
- del risultato ontologico (comprensivo del risultato immateriale trasfuso nel *corpus*). In linea di principio l'impossibilità coinciderà col suo perimento prima della sua acquisizione da parte del creditore, acquisizione cui corrisponde il risultato giuridico;
- del risultato giuridico, ovvero del risultato materiale qualificato giuridicamente in termini nuovi dall'ingresso nella sfera del creditore.

Le circostanze che determinano un'impossibilità assoluta delle prime tre fasi, incidono comunque in senso relativo sulla prestazione complessivamente considerata, posto che quest'ultima non si esaurisce in alcuna delle entità elencate e non rappresenta un unico fenomeno materiale, ma un percorso o processo, con un inizio ed una fine. Il carattere relativo dell'impossibilità viene a coincidere allora con la circostanza di intaccare un momento strumentale rispetto al risultato in senso giuridico con cui la prestazione si conclude²¹⁵.

Anche l'ultima delle entità, il risultato giuridico appunto, può essere investita da una impossibilità che lo impedisca, verificandosi prima dell'acquisto

costituire un indice dell'avvenuto adempimento ma non entra mai, neppure in quelle che la tradizione qualifica obbligazioni di risultato, entro la prestazione, ma solo in obbligazione.

²¹⁴ Si è già evidenziato come la scomposizione della prestazione in singoli momenti abbia solo una funzione conoscitiva e come sarebbe improprio considerare ciascuno di essi una vera e propria entità "ontologicamente" distinta dalle altre (posto che questo sia da ritenere possibile in natura).

²¹⁵ L'esecuzione della prestazione non coincide con l'estinzione della obbligazione. Non impedisce infatti di considerare in termini di responsabilità contrattuale i comportamenti del debitore che incidono direttamente anche successivamente sull'interesse del creditore violandolo. Resta inoltre aperto il ruolo del vincolo obbligatorio per definire l'operatività del regime del rischio degli eventi fortuiti incidenti sul risultato interesse.

del risultato materiale alla sfera del creditore: potrebbe ravvisarsi laddove venga meno quanto della sfera del creditore è necessario sussista perché il risultato materiale (e/o intellettuale) vi abbia ingresso (per es. rispetto all'impianto del manufatto nella cosa immobile o mobile del creditore da riparare, può pensarsi alla distruzione di quest'ultima prima che l'inserimento sia compiuto o, nel caso delle prestazioni intellettuali, può ipotizzarsi l'incidente che alteri le condizioni fisiche preesistenti nel paziente rispetto alle quali è stata definita una protesi sanitaria ancora da applicare), ed in questa medesima prospettiva, il venire meno dello stesso creditore quando la prestazione sia "attivamente infungibile".

Tale impossibilità a differenza delle precedenti, deve ritenersi assoluta. Tale aggettivazione implicherebbe a rigore che per essa sia configurabile anche una impossibilità relativa, il che non accade poiché come il risultato giuridico ha carattere finale all'interno del processo in cui la prestazione consiste, e non strumentale, così anche ha carattere finale, cioè assoluto, e non strumentale l'impossibilità che lo concerne.

La impossibilità *ex ante* del risultato giuridico, non va confusa con la sua impossibilità *ex post*, anch'essa di carattere assoluto. In particolare poiché il risultato giuridico corrisponde ad un mutamento del regime normativo applicabile al risultato materiale dipendente dall'acquisizione di quest'ultimo alla sfera del creditore, l'impossibilità *ex post* a cui ci riferiamo corrisponde al perimento del risultato materiale successivamente al suo ingresso nella sfera del creditore²¹⁶. Come si è detto e si avrà modo di precisare in seguito,

²¹⁶ Esemplificando, traendo spunto dal contratto di appalto o di opera manuale, può ravvisarsi un'impossibilità laddove la condotta sia infungibile e si sia verificata la morte del debitore, ovvero egli abbia subito una menomazione mentale o fisica che gli impedisca di dare corso all'esecuzione; l'impossibilità del substrato, può ricorrere nell'ipotesi di distruzione della materia, per esempio della pietra preziosa da trasformare che sia stata considerata dalle parti quale pezzo unico. Le prime eventualità enunciate, ben possono integrare un'impossibilità anche per la prestazione d'opera intellettuale. Quanto all'impossibilità relativa al substrato, tale essendo il più delle volte costituito dalla stessa persona fisica o sfera giuridica del creditore, si può immaginare l'insorgenza di una patologia infettiva che impedisca di effettuare l'intervento chirurgico programmato, o la sopravvenienza di una modifica della sfera giuridica del creditore che precluda all'avvocato di applicare la sua attività difensiva. Le ipotesi relative alla professione intellettuale possono essere differenti rispetto al normale svolgersi di quella manuale, quando non siano mediate da un risultato materiale da trasferire alla sfera del soggetto attivo (mentre non manca mai un *corpus mechanicum* su cui insiste l'opera immateriale). La presenza di un processo più lungo o più corto non introduce tuttavia modifiche che giochino un'importanza particolare o decisiva sul terreno che ci occupa.

Riprendendo quanto detto nel testo, può ipotizzarsi, nel campo del contratto d'opera manuale, che perisca, a sua volta, il risultato materiale, come nel caso in cui la distruzione

seppure anche all'ultima ipotesi, in cui è *ex post* impossibile il risultato giuridico, si utilizzi, per quanto impropriamente, l'espressione impossibilità, essa

riguardi la stessa pietra già trasformata, o, invece, nel campo intellettuale, potrebbe venir meno la protesi dentaria da impiantare. Potrebbe inoltre configurarsi un'impossibilità laddove ricorra la morte del creditore, e a lui sia destinata una prestazione personalissima dal lato attivo (uno spettacolo teatrale o altro; in ambito professionale può pensarsi al decesso della donna che ha richiesto la prestazione di fecondazione medicalmente assistita). Le prime tre ipotesi indicate non sono, pur a dispetto delle apparenze, assolute, ma relative, alla stessa stregua di quelle qui di seguito indicate, posto che incidono sull'*iter* preordinato al risultato giuridico. In considerazione di un panorama più ampio di "mezzi", costituiscono infatti ipotesi di impossibilità la menomazione fisica o mentale del debitore rispetto ad una prestazione altamente specializzata per quanto fungibile, se egli si sia impegnato come imprenditore dotato di una organizzazione che preveda la presenza di ausiliari in grado di compiere per suo conto l'attività e sia invece rimasto privo di questi ultimi quando la relativa professionalità non sia altrimenti rintracciabile sul mercato, né la stessa prestazione possa per ragioni di competenza professionale essere compiuta dagli eredi. La loro attività infatti, se applicata, dovrebbe ritenersi idonea causalmente al conseguimento del risultato. Significativo al riguardo è l'art. 1674 c.c. in tema di appalto ove viene adottato un meccanismo automatico di scioglimento del contratto in caso di morte dell'appaltatore, allorché la sua "persona" sia stata rilevante nella scelta del committente, mentre viene prevista una ipotesi di scioglimento per recesso del committente laddove gli eredi non diano affidamento a quest'ultimo circa la buona esecuzione dell'opera o del servizio, affiancando poi le due figure per quanto concerne la prestazione dovuta dall'appaltante agli eredi. Per quanto all'apparenza tali circostanze attengono alla persona dell'appaltatore, il legislatore mostra di intenderle come ipotesi in cui non vi è propriamente impossibilità, giacché lo scioglimento discende da una scelta originaria o successiva, ascrivibile al creditore, ed è in forza di tale premessa che regola le conseguenze nel senso sopra descritto.

Quantunque la condotta sia fungibile, le circostanze indicate esauriscono i mezzi dedotti in obbligazione, così che, se non imputabili, saranno in grado di esonerare gli eredi, o lo stesso debitore originario, da responsabilità. Impossibilità relativa ricorrerà nel caso in cui la materia o il substrato interessato dalla condotta venga meno ed altresì lo stesso, pur dedotto in modo generico, sia irrecuperabile sul mercato. A questo momento di sviluppo della prestazione attiene anche lo smarrimento della cosa da custodire allorché non sia rintracciabile con i mezzi ordinari (e compresi in obbligazione), la interruzione del tragitto terrestre che il vettore autotrasportatore deve percorrere per la consegna, il perimento dell'oggetto appartenente ad un *genus* se perisce l'intero *genus*.

Infine, altra impossibilità sarà costituita dal perimento del risultato materiale, allorché non vi sia stato alcun acquisto nella sfera del creditore ed il substrato da trasformare non sia altrimenti reperibile sul mercato. L'ipotesi è tra quelle regolate dall'art. 1673 c.c. La norma pone a carico del debitore il rischio del lavoro, quello della materia solo in quanto gli appartenga – essendo altrimenti quest'ultimo in capo al committente –; allo stesso modo è regolata l'ipotesi del deterioramento. Dal tenore della norma, se posta in relazione con l'articolo che la precede, emerge l'assenza di qualunque riferimento al compenso dell'appaltatore per l'opera compiuta e deteriorata, neppure nella misura dell'utilità. La dottrina spiega la differenza assegnando importanza alla circostanza che il legislatore regola nell'art. 1673 c.c., il perimento e dunque la distruzione dell'opera integrale: la regola rispecchierebbe il principio secondo cui *casus sentit debitor*. Tale conclusione non si armonizza tuttavia con la previsione, nell'articolo citato, anche del caso del deterioramento, che ben potrebbe essere regolato secondo i principi della impossibilità parziale (se fosse ad essa assimilabile) di cui all'articolo immediatamente precedente. È vero invece che assume rilievo il momento temporale: l'art. 1672 c.c. si occupa

non funge da impedimento all'esatto adempimento inteso come confronto positivo tra prestazione programmata ed attuata, piuttosto ne pregiudica il riflesso, di origine psicologica e soggettiva, ma con traduzione causale oggettiva, rappresentato dall'interesse del creditore²¹⁷.

14. Il risultato-interesse ed il concetto di "utilità" nella prestazione d'opera manuale e intellettuale

È opportuno precisare fin da subito che, ai concetti di risultato, che entrano a definire la prestazione quale percorso che ha origine nell'impulso del debitore, si aggiunge un'ulteriore accezione. Precisamente accanto al risultato materiale ed al risultato giuridico va considerato il risultato-interesse. Secondo quest'ultima nozione, il risultato ha origine psicologica e soggettiva ma traduzione oggettiva entro la causa del contratto, e va identificato con l'elemento che l'art. 1174 c.c. nell'occuparsi dell'obbligazione, indica come interesse del creditore. Completata l'esecuzione della prestazione, il risultato/interesse assolve due ruoli, che corrispondono a due suoi modi di essere differenti: in base al primo, esso è l'esito positivo del confronto tra momento esecutivo e momento programmatico dell'obbligazione, in base al secondo coincide con la soddisfazione concreta della stessa esigenza psicologica e soggettiva che ha ricevuto dimensione oggettiva entro il contratto e determinazione nel contenuto dell'obbligazione. Tale seconda entità può mancare e dunque l'interesse essere insoddisfatto, quand'anche sia presente la prima (come d'altronde può accadere il contrario).

della fase che precede l'esecuzione, mentre la norma che segue, si occupa della fase successiva. Il dato è inequivocabile. La domanda legittima è però che cosa cambi propriamente in ragione del dato temporale. L'art. 1673 c.c. contiene una notazione importante: il perimento o deterioramento presi in considerazione devono intervenire prima dell'accettazione dell'opera. Ciò significa che qualora avvengano successivamente il rischio non si ripartirà più come dettato dalla disposizione in questione, ma sarà senz'altro a carico del committente. Escluso che l'accettazione sia sempre condizione di acquisto della proprietà (cfr. RUBINO, *op. cit.*, 804 ss.), la norma concerne le sole ipotesi in cui invece ciò accada, ovvero come si è detto, quelle in cui la materia è fornita dallo stesso appaltatore e l'acquisto dell'opera avvenga prima di tutto a titolo originario nella sua sfera giuridica. Sull'art. 1673 c.c. cfr anche PERULLI, *op. cit.*, 246, nt. 65.

²¹⁷ Non pare chiaro in dottrina se il concetto di impossibilità relativa attenga al carattere strumentale dell'entità da essa colpita, o piuttosto alla circostanza che sia da essa investita un'entità non individuale ed esclusiva, ma generica e fungibile (risultante in concreto insostituibile). Ad ogni modo vi è un equivoco che rende del tutto differente il discorso qui svolto sull'impossibilità e quello sostenuto in genere. La nostra opinione è che l'impossibilità debba riscontrarsi nella prestazione e dunque possa riguardare anche il risultato ontologico e giuridico (in una certa misura, ovvero solo qualora sia impedito *ex ante*). Non può invece confondersi l'impossibilità della prestazione con l'impossibilità del risultato-interesse che prescinda dalla prima.

Nel regolare la prestazione d'opera manuale, sia nell'omonimo contratto, che nell'appalto, il legislatore si avvale più volte del concetto di "utilità". L'uso di tale formula potrebbe essere interpretato come conferma che tali prestazioni costituiscano l'oggetto di una obbligazione di risultato, di un'obbligazione cioè tesa al soddisfacimento dell'interesse del creditore. E che altrettanto non possa dirsi per le prestazioni d'opera intellettuale.

Per analizzare tale affermazione occorre mettere in relazione l'utilità in questione con il concetto di risultato-interesse. Si è detto che il risultato-interesse nella definizione di obbligazione di cui all'art. 1174 c.c., è esterno al concetto di prestazione, pur essendo compreso in obbligazione. Esso si traduce nei due profili differenti di cui si è sopra parlato. Da una parte, corrisponde all'esito positivo del confronto tra prestazione programmata e prestazione eseguita. Dall'altra, resta una entità naturalistica, di origine psicologica, corrispondente o confluyente, sul piano oggettivo nella causa del contratto e idonea a determinare la prestazione ad esso funzionale. In quest'ultima accezione esso si distingue dall'esatta esecuzione della prestazione. Il soddisfacimento dell'interesse del creditore può mancare e tuttavia essere esclusa la responsabilità del debitore. Così pure può accadere che resti insoddisfatto ed a ciò consegua una responsabilità dell'obbligato, come quando il comportamento del debitore dovuto a dolo o colpa grave lo abbia direttamente pregiudicato.

L'appartenenza del risultato-interesse all'area dell'obbligazione allarga dunque il concetto di responsabilità e, come vedremo, impone altresì di comprendere entro il suo regime giuridico anche la sorte degli eventi *lato sensu* estintivi – che incidono sia sulla prestazione che sul risultato –. Tali sono sia quelli legati a fatti non imputabili sia quelli derivanti da atti volontari ma giustificati o in sé legittimi. La presenza del risultato-interesse pertanto estende la definizione di inadempimento rispetto al semplice difetto o inesattezza della prestazione e coinvolge, entro l'ambito dell'obbligazione, anche il regime applicabile alla estinzione del vincolo.

Tornando al concetto di utilità, va preso atto che l'interesse del creditore può essere "quantitativamente" calcolato ed eventualmente raggiunto in forma ridotta ovvero parziale, solo laddove si ragioni sul profilo in cui esso corrisponde al giudizio di esatta esecuzione della prestazione. Perché possa parlarsi di esecuzione di "parte" della prestazione è necessario, a nostro giudizio, che sia stato completato, seppure solo per una frazione "quantitativamente" delimitata, il ciclo di esecuzione della prestazione, con

l'acquisto di questa alla sfera del creditore. L'interesse in senso soggettivo o naturalistico, non può invece, almeno così a noi pare, essere ridotto in termini quantitativi. Si deve ritenere piuttosto che, in armonia a quanto stabilito dall'art. 1464 c.c.²¹⁸, esso possa venire in considerazione in seconda battuta, al fine di giustificare, in presenza di una esecuzione parziale nel senso precisato, il recesso con effetto di risoluzione, lasciando ferme tuttavia a garanzia dell'artefice le norme sull'indebito²¹⁹.

La seconda considerazione rilevante per intendere il concetto di utilità è che tale termine si ritrova anche nella disciplina delle prestazioni d'opera intellettuale (v. art. 2237 c.c.), il dato dovrebbe escludere che su tale fondamento possa basarsi la dicotomia richiamata. Premessa la sicura importanza assegnata dal legislatore al criterio dell'utilità dell'opera, per

²¹⁸ La questione coinvolge anche gli effetti da assegnare alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta. La dottrina discute se tale congegno possa applicarsi all'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile per fatto imputabile soggettivamente o oggettivamente al creditore. La tematica è assai ampia e non la svolgiamo qui *funditus*. Ci sembra tuttavia che il dato normativo sulle conseguenze sia dell'impossibilità non imputabile, che degli altri fatti estintivi (volontari, ammessi o giustificati come le differenti tipologie di recesso), da un lato dia credito alle tesi che ritengono possibile ripartire il rischio in ragione della sfera di pertinenza (origine o incidenza) dell'evento impeditivo o estintivo, e dall'altro giustifichi una revisione delle opinioni sul profilo temporale degli effetti della risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Alla luce della disciplina dei contratti d'opera manuale e intellettuale, è da ritenere infatti che la risoluzione non abbia sempre e necessariamente carattere retroattivo, in particolare non lo abbia quando interviene su contratti che, ancorché non possano definirsi di durata, prevedano una dimensione temporale per la loro esecuzione. Questo consente di spiegare sia che venga conservato il diritto al corrispettivo (parziale) per la prestazione in parte eseguita, sia, laddove la prestazione non sia completata neppure per una frazione, che sorga per l'*artifex*, il diritto al rimborso per le spese utili, quelle cioè riconducibili alla sfera del committente in quanto compiute nel di lui interesse, in una prospettiva di riconoscimento dello *status quo* e di riequilibrio obbligatorio delle sfere patrimoniali. Cfr. per la definizione dell'appalto come contratto ad esecuzione prolungata, RUBINO, IUDICA, *Appalto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1655-1677 c.c., Bologna-Roma, 2007, 198 ss.; BANDIERA, *L'appalto come contratto ad esecuzione prolungata*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di Luminoso, cit., 281 ss. Sulla questione d'altra parte non esistono norme certe di carattere generale, giacché la efficacia retroattiva è prevista espressamente per la sola risoluzione per inadempimento alla quale sono tuttavia sottratti i contratti ad esecuzione continuata o periodica. Per la risoluzione derivante da impossibilità sopravvenuta non imputabile, l'art. 1463 c.c. si limita a rinviare per le restituzioni alla disciplina dell'indebito. Sul tema cfr. DORE JR., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2010, spec. 97 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²¹⁹ Ampia ed acuta indagine sul concetto di divisibilità si trova in CICALA R., *op. cit.* Quello di divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione, non coincide peraltro a nostro giudizio con il concetto qui esaminato di prestazione parziale. Quest'ultima infatti richiede l'identificazione di una "utilità" *a posteriori*, e richiede di identificare un criterio che sia applicabile sempre anche quando l'obbligazione abbia carattere indivisibile.

regolare in modo equilibrato la distribuzione del rischio degli eventi estintivi tanto nel contratto d'opera manuale quanto in quello d'opera intellettuale, va evidenziato come alcuni di questi sono tali da imporre a carico del committente o del cliente il pagamento dell'opera in ragione dell'utilità, altri non sono in grado di fare altrettanto.

L'impossibilità all'esecuzione *ex art.* 1672 c.c. e quella contemplata *ex art.* 2228 c.c. rientrano nel primo tipo. Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, l'art. 2237, 1° co., c.c. in tema di recesso del cliente, pone a carico di quest'ultimo il rimborso delle spese sostenute dal prestatore d'opera ed il compenso per l'opera svolta, senza menzione alcuna dell'utilità, mentre il 2° co., per il caso di recesso per giusta causa del professionista, contempla a favore di quest'ultimo un diritto al rimborso delle spese ed al compenso per l'opera svolta, ma «da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente».

Non sembri improprio porre a confronto l'impossibilità con il recesso: essi infatti hanno entrambi una funzione estintiva dell'obbligazione. Considerando che l'impossibilità non imputabile è identificata per l'incidenza sulla prestazione, ed ancora che l'impossibilità naturale è equiparata all'impossibilità giuridica, la ontologica differenza degli istituti richiamati non può impedire che essi vadano valutati congiuntamente per comprendere il regime del rischio, inteso come regime della controprestazione derivante dalla sorte del suo termine di scambio. Ancora più opportuno è anzi parlare del regime del rischio come regola, applicabile in caso di estinzione dell'obbligazione (e di scioglimento del contratto), delle vicende che riguardano non il corrispettivo *tout court*, ma le differenti voci di cui esso è composto, perché è così che ragiona il legislatore.

A nostro giudizio ci sono elementi sufficienti per ritenere che il concetto di utilità dell'opera indichi dunque l'avvenuto completamento del ciclo in cui la prestazione consiste, momento che coincide con l'ingresso dell'opera o della frazione di essa, nella sfera giuridica del creditore. Possono ritenersi estremamente significative in proposito due norme in tema di appalto, che parrebbero infatti occuparsi di modalità differenti di acquisto della proprietà dell'opera. L'art. 1672 c.c. ha presente a nostro avviso il caso in cui l'opera si acquisti progressivamente, giacché ammette che possa configurarsi una prestazione (e dunque il completamento del ciclo in cui essa consiste), parziale, mentre l'art. 1673 c.c., ha riguardo al caso in cui la proprietà si acquisti solo una volta completata integralmente l'opera²²⁰.

²²⁰ Sull'art. 1673 c.c. in rapporto al momento dell'acquisto dell'opera cfr. RUBINO, *op. cit.*, 807 ss. Secondo lo studioso, qualora il materiale per la realizzazione di una cosa mobile sia for-

Quest'ultima norma verosimilmente trova applicazione soprattutto laddove valga il regime della specificazione, previsto per l'acquisto di cose mobili trasformate, che assegna, nella normalità dei casi, la proprietà finale dell'opera al lavoratore quale che sia il proprietario della materia. Ciò comporta che il rischio della mancata realizzazione completa, nonché del deterioramento dell'opera, è a carico dell'appaltatore specificatore, non potendosi configurare un acquisto a favore del committente fino a che la trasformazione non sia compiuta e previo acquisto della stessa da parte dell'artefice. Qualora invece l'opera si compia su bene immobile del committente o su di un bene mobile di questi di valore significativo, un evento che deteriori la fabbrica fino a quel momento realizzata, quand'anche non sia ancora stata accettata dal committente, non potrebbe essere valutato senza considerare la distribuzione del rischio che lo stesso art. 1673 c.c. prevede avvenga in ragione della sfera di appartenenza, così che il fortuito, nelle more dell'accettazione, dovrebbe regolarsi secondo il regime della proprietà.

Tale conclusione consente di affermare che il concetto di opera "utile" richiamato dall'art. 1672 c.c., indica la porzione di opera già entrata nella sfera del committente. Egli in altri termini pagherà il corrispettivo di quanto ha già acquisito alla sua sfera giuridica, mentre se tale acquisto non corrisponde al suo interesse apprezzabile (arg. *ex* art. 1464 c.c., che andrebbe applicato al caso e che menziona il criterio dell'interesse (quest'ultimo, per inciso, assume qui la seconda veste, quella naturalistica di cui sopra si è parlato), potrà recedere dal contratto, con quanto ne consegue in ordine alla distribuzione delle spese per l'eventuale smantellamento dell'opera, che dovrà avvenire secondo le regole dell'indebito ed eventualmente dell'ingiustificato arricchimento²²¹.

nito dall'appaltatore, l'opera è acquistata a titolo originario da quest'ultimo e trasferita in via derivativa al committente; nel caso in cui i materiali siano forniti dal committente e infungibili l'acquisto avviene direttamente a favore del committente ed a titolo originario (*ivi*, 809). Questa soluzione conferma quanto sopra si diceva. L'Autore accoglie l'opinione per cui il contratto interviene anche a modificare il regime degli acquisti a titolo originario. Si è detto come non possa aderirsi a tale conclusione, che verrebbe a privare l'interprete di un criterio fondamentale per delimitare le sfere giuridiche (proprietarie) in gioco.

²²¹ La dottrina invece suppone che la norma sia di per sé in linea con l'art. 1464 c.c. e con la scelta in essa prevista tra riduzione del corrispettivo e recesso con effetto risolutivo, seppure ritiene che contempli altresì gli adeguamenti necessari alla particolarità del caso: il committente sarebbe liberato totalmente se l'opera fin lì eseguita non fosse utile, d'altronde se utile dovrebbe invece corrispondere un correlativo compenso. Cfr. RUBINO, *ivi*, 845; RUBINO, IUDICA, *op. cit.*, 506 ss.

In tema di compravendita, il legislatore si accontenta di parlare di prestazione parziale, senza menzionare l'utilità, per indicare la parte già acquistata dal compratore, perché si tratta di contratto, come suol dirsi, ad esecuzione istantanea. Avvalersi dell'espressione "prestazione parziale" nel contratto di appalto o nel contratto d'opera manuale o intellettuale, non avrebbe avuto la stessa valenza semantica, posto che si tratta di negozi dotati di una sicura dimensione temporale sul piano esecutivo. L'aggiunta del requisito dell'utilità assume allora, se riferito all'opera, il compito di indicare cosa debba intendersi per prestazione parziale in questo ambito, tale essendo la prestazione il cui *iter* si sia concluso, seppure per un segmento di essa, attraverso l'acquisizione di quanto prodotto nella sfera del committente o più in generale del soggetto attivo.

Laddove il legislatore prevede invece il pagamento dell'opera e non menziona il criterio dell'utilità impone al soggetto di pagare tutto quanto fino a quel momento è stato compiuto dal debitore ancorché sia ancora nella sfera di questo, con l'onere del creditore di riceverlo nella propria (v. art. 2237, 1° co., c.c.), ferma restando la tutela costituita dalla garanzia per difformità e vizi ovvero la responsabilità per difetti della prestazione ricevuta.

Ciò consente di assegnare un significato oggettivo all'indicato parametro dell'utilità e di ricondurlo e agganciarlo a quello fondamentale della distribuzione del rischio in ragione della proprietà. Quest'ultimo, infatti, come si dirà più oltre, non è soppiantato dal principio *casus sentit debitor*, che si desumerebbe secondo la dottrina dall'art. 1463 c.c.; le norme citate come altre di parte speciale, ma soprattutto lo stesso art. 1465 c.c. (ed in qualche misura anche l'art. 1464 c.c.), attestano che si tratta di regole da coordinare tra loro e che dunque possono e debbono, operare combinatamente senza che l'una scaldi l'altra, avendo ciascuna un ben preciso ambito di applicazione.

Quando poi il legislatore riferisce l'utilità alle spese effettuate (v. art. 1675 c.c.), la previsione va intesa mettendola in relazione non tanto con la funzionalità delle spese rispetto alla frazione di opera già compiuta ed entrata nella sfera del committente – in tale ipotesi infatti il pagamento dell'opera dovrebbe già comprenderle –, quanto con l'idoneità di tali spese a gravare sulla sfera del committente, in quanto compiute per conto del soggetto attivo, anticipandone perciò il rimborso, e la ricaduta del rischio della loro sorte sulla sfera del creditore (ovvero se si ritiene più congrua la prestazione, perché la destinazione alla sfera giuridica del creditore e dunque l'ingresso nella stessa si deve ritenere già avvenuto).

In ultimo, come si è visto, l'impossibilità, può coinvolgere il risultato giuridico. Esso, fermo restando il risultato materiale, può mancare perché impedito dal venir meno della stessa sfera del creditore. Potrà altresì essere

pregiudicato una volta avvenuto l'ingresso della prestazione nella sfera del soggetto attivo. Per esempio nell'ambito delle prestazioni d'opera intellettuale, può ipotizzarsi che si verifichi la morte del paziente, una volta eseguito l'intervento chirurgico programmato, ovvero che si modifichi il quadro normativo che regola la situazione giuridica del cliente, rispetto alla quale è stato formulato il parere dall'avvocato.

Le ipotesi in cui emerge *ex ante* l'interruzione del nesso causale tra esecuzione dell'attività e conseguimento del risultato giuridico, vanno solo tendenzialmente ed entro i limiti che si diranno, assimilate a quelle in cui una volta eseguita l'attività, si manifesti *ex post* la compromissione del risultato giuridico. Che il risultato sia stato conseguito o meno può non apparirsi nell'immediato, e accertarsi solo successivamente in considerazione dell'evoluzione che subisce la situazione dopo l'esecuzione della prestazione. Le ipotesi ricorrenti nell'ambito delle professioni intellettuali non sono differenti da altre delle quale più usualmente si discute. Così accade infatti allorché sia trasferito un bene che successivamente perisca o si deteriori, dovendosi verificare il tempo dell'insorgenza dei vizi, nonché la loro imputabilità oggettiva alla sfera del debitore o del creditore, ed ancora la loro imputabilità soggettiva, e dunque la loro dipendenza dalla violazione di una regola di condotta – fermi restando i dovuti adattamenti legati all'esatta individuazione del risultato giuridico da conseguire –. Nell'ambito che ci occupa potrebbe ipotizzarsi che il cliente abbia ottenuto una sentenza a sé favorevole in primo o in secondo grado, ma la difesa applicata dal suo avvocato risulti insufficiente se posta al vaglio della Cassazione, ovvero il paziente sia stato operato e sia successivamente deceduto. Potrà ricondursi (invero impropriamente) ad una impossibilità, la circostanza che il cliente si trovasse in condizioni tali da perdere ugualmente la causa, ovvero il paziente presentasse patologie pregresse in grado di condurre comunque ad un peggioramento del suo stato di salute.

L'assimilazione fra impossibilità *ex ante* ed *ex post* del risultato giuridico, è peraltro, come detto, soprattutto empirica e solo relativa. Entrambe, in verità, se non imputabili escludono la responsabilità, ma l'una, quella *ex ante* perché l'evento integra appieno un'ipotesi di impossibilità della prestazione con funzione estintiva dell'obbligazione, la seconda perché la prestazione è da ritenere già esattamente eseguita e dunque l'obbligazione, almeno in linea di massima – e salvo il dolo e la colpa grave del debitore – già estinta per adempimento.

Quanto poi al regime del rischio cui assoggettare le due ipotesi, la questione è complessa. L'impossibilità *ex ante* impedisce il completamento della prestazione; ciò di per sé non giustifica che sia dovuto dalla controparte il

pagamento del corrispettivo mentre consente una distribuzione del rischio attraverso l'applicazione di altri criteri. Nel secondo caso invece la controprestazione appare pienamente giustificata.

Il legislatore sembra rifarsi ad un principio di distribuzione delle conseguenze dei fatti estintivi dell'obbligazione, per quanto possibile equilibrata ed equa, tra le parti. Ad esso si ispira allorché, in caso di impossibilità non imputabile ad alcuno dei contraenti, attribuisce il diritto al compenso per quanto fino a quel momento compiuto dall'appaltatore con il limite dell'utilità a favore del committente. Allo stesso precetto si ispira la regola per la quale, rispetto ad eventi non imputabili, che hanno inciso congiuntamente sul lavoro e sulla materia, ciascuno è tenuto a sopportare il rischio di quanto avviene nella propria sfera. L'appaltatore perde in tutto o in parte il lavoro fornito, il committente in tutto o in parte la materia. Quanto più la sorte della prestazione (sia essa dipendente da cause di scioglimento del contratto o di estinzione dell'obbligazione) discende da strumenti a tutela di una parte o addirittura da scelte di essa, quantunque giustificate, tanto più il legislatore pone a suo carico le conseguenze della controprestazione. Così accade per il caso di morte dell'appaltatore allorché la valutazione della sua persona sia stata rilevante per il committente, o qualora le capacità degli eredi mettano in dubbio la buona esecuzione. Si tratta di una speciale tutela dell'interesse del committente, che allarga la forbice della porzione di controprestazione da lui dovuta rispetto all'impossibilità della esecuzione di cui all'art. 1672 c.c. Egli infatti sarà comunque tenuto nei confronti degli eredi dell'appaltatore a pagare il compenso per quanto già compiuto, nella misura in cui è per lui utile (cioè nella misura in cui l'opera è acquistata alla propria sfera giuridica), ed altresì a rimborsare le spese, nei limiti in cui anch'esse siano utili. Quest'ultima utilità, lo si è detto, va intesa in armonia con la nozione di utilità applicata all'opera. Si tratterà di spese la cui utilità deriva dalla loro pertinenza e riferibilità alla sfera del creditore in quanto compiute per suo conto.

La massima della distribuzione equa delle vicende estintive, seppure declinata in termini elastici, ispira la regola dell'indennizzo in tema di recesso per variazioni necessarie sempre nell'appalto. Nella stessa direzione si muove la previsione per cui il rischio della controprestazione è a totale carico del committente, come anche del cliente, allorché lo scioglimento derivi dalla loro libera decisione attraverso un recesso *ad nutum*. L'uno deve tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, del lavoro eseguito e del mancato guadagno, l'altro, in base all'art. 2237, 1° co., c.c. già citato, deve rimborsare le spese e l'opera compiuta, senza menzione, ed applicabilità alcuna, del limite dell'utilità.

Per quanto sia difficile districarsi nella complessità e varietà delle ipotesi contemplate dalle norme, pare possibile concludere che il legislatore tiene ferma la bussola costituita dal fondamentale criterio di chiamare a sopportare il rischio la sfera giuridica in cui ha origine l'impossibilità, o più in generale l'evento estintivo, e laddove l'evento non abbia avuto origine in alcuna di esse, di considerare la sfera che ne è comunque colpita²²²⁻²²³. Qualora

²²² In definitiva l'obbligazione non può mutare il principio ordinario del rischio, secondo cui ciascuno sopporta il danno degli eventi fortuiti che ricadono sulla propria sfera, salvo che non sussista l'inadempimento di un'obbligazione a spostarlo, o sussista la violazione di una regola specificativa del *neminem laedere*, che lo destini ad altri. La dottrina che ragiona sul punto non sempre accoglie tale conclusione se non altro perché suppone che il contratto di prestazione d'opera sovverta il regime legale di acquisto della proprietà a titolo originario. Cfr. al riguardo, RUBINO, *op. cit.*, 805 ss. Se si muove dal precetto che le figure originarie di acquisto sono solo quelle previste dalla legge, come appare chiaro dallo stesso art. 42 cost., il regime legale della proprietà costituisce la premessa che le parti possono contrattualmente solo assecondare o sul quale possono intervenire innestando sul presupposto di acquisti di natura originaria, acquisti di carattere derivativo. In verità che le parti non possano derogare e introdurre modi di acquisto di tipo originario consegue all'ovvio principio giuridico per cui ciascuno può disporre solo di quello che ha e non di quanto non gli appartiene, ciò, in altri termini significa che gli interventi pattizi sugli acquisti a titolo originario possono solo deviare in seconda battuta la proprietà del bene acquisita secondo i dettami della legge e non direttamente deviare l'esito di questi ultimi. Senza il criterio definito dal regime della proprietà inoltre sarebbe impossibile identificare correttamente la sfera di incidenza degli eventi e si perderebbe un indice sicuro di distribuzione del rischio. Quanto agli Autori che hanno tentato di ritagliare entro l'obbligazione, uno spazio in cui il rischio dei fortuiti fosse riservato al creditore, essi di regola si sono richiamati a concetti come "sfera di organizzazione e di controllo". In tal senso cfr. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, spec. 112 s. A noi pare che non possa sfuggirsi dalla base di partenza costituita dalla sfera proprietaria. Il criterio potrebbe apparire insufficiente a chi consideri che spesso il soggetto ha un controllo di beni che non gli spettano come proprietario ma ad altro titolo. Peraltro il rilievo è superabile non tanto precisando che l'ambito di quanto è in proprietà o nella titolarità del soggetto va identificato secondo il significato che la proprietà riveste tra le due sfere giuridiche a confronto, e dunque escludendo che abbia importanza lo specifico titolo di appartenenza interno proprio a ciascun soggetto; quanto considerando che anche la prestazione obbligatoria realizza un processo con il quale avviene un'appropriazione e quindi un acquisto di tipo tecnico giuridico, sebbene perlopiù di tipo originario. Il che dovrebbe imporre all'interprete di fare i conti sempre con l'assetto proprietario sul quale l'esecuzione viene ad insistere.

Una ricostruzione che lega la regola della responsabilità del debitore alla violazione del dovere di diligenza, inteso come dovere sussidiario di prestazione al quale sarebbe correlata l'allocatione al soggetto passivo dei rischi funzionali alla prestazione medesima, è sostenuta da FERCIA, *Dovere di diligenza e rischi funzionali*, Napoli, 2002, ove è svolta una ragionata rassegna delle posizioni assunte in tema di responsabilità del debitore raccogliendo attorno a problematiche unitarie l'evoluzione del pensiero dal diritto romano ai nostri giorni.

²²³ Sul problema delle ricadute sull'obbligazione dell'impossibilità riconducibile alla sfera del creditore, cfr. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1463-1466 c.c., Milano, 2003, 45 ss. ed *ivi* ampie citazioni. Da ultimo cfr. DORE JR., *op. cit.*, 53 ss.

l'impossibilità della prestazione sia imputabile a colpa del creditore ci sembra che, laddove incida sulla sfera giuridica di quest'ultimo, non abbia esiti differenti da quelli che conseguono all'impossibilità a lui non imputabile; pertanto sarà posto a carico del cliente il compenso solo per quanto effettivamente compiuto dal debitore e probabilmente il rimborso per le spese utili. Laddove invece l'impossibilità imputabile al creditore incida sulla sfera del debitore, essa ci pare sia da ritenere fonte di una responsabilità extracontrattuale del creditore e imporrà di imputare a titolo di danno anche la mancata maturazione del diritto al compenso altrimenti dovuto al prestatore d'opera.

Lo sviluppo del discorso ci consentirà di offrire qualche ulteriore chiarimento all'ipotesi in cui il pregiudizio dell'interesse del creditore si verifica in presenza di esatta esecuzione della prestazione. Il debitore (ai nostri fini il professionista), andrà in tal caso in genere esente da responsabilità per aver adempiuto. Questo se la compromissione del risultato è successiva all'esecuzione. In tal caso avrà altresì pieno diritto alla controprestazione. Resta ferma peraltro l'eventualità che egli, a prescindere dal debito di prestazione e dalla sua esatta esecuzione, sia inadempiente per aver direttamente pregiudicato l'interesse del creditore con dolo o colpa grave.

15. La nozione di obbligazione come sintesi di debito, responsabilità e rischio

Il legislatore ha presente, quantunque in modo forse non del tutto nitido, quattro passaggi. Egli parla infatti di impossibilità della prestazione, ma poi la declina attraverso il concetto di impossibilità della sua esecuzione (v. art. 1672 c.c.); quindi si occupa del perimento dell'opera (risultato materiale), prima dell'acquisizione alla sfera giuridica del creditore (v. art. 1673 c.c.). In ciascuna di queste ipotesi ricorre una impossibilità che se non è imputabile al debitore è liberatoria. Dalla disciplina ad essa dedicata emerge per di più che vi è una condizione senza la quale la condotta del debitore non può, almeno in genere²²⁴

²²⁴ Nel caso del recesso *ad nutum*, il prestatore d'opera manuale parrebbe maturare una somma coincidente con il corrispettivo pattuito: in genere tuttavia il legislatore (correttamente) non parla di corrispettivo se la prestazione correlativa non è stata eseguita. Indica invece le differenti componenti di quanto dovuto dal creditore, con ciò a nostro avviso spingendo l'interprete a cogliere più specificamente le differenti *rationes* alla base della soluzione distributiva di volta in volta disposta.

ricevere il “corrispettivo” pattuito. Tale presupposto essenziale è rappresentato dalla utilità²²⁵.

Su tale concetto la dottrina pare assestata su posizioni abbastanza condivise, ma ugualmente discutibili. Ritiene che per stabilire l'utilità si debba valutare l'interesse del creditore rispetto alla porzione dell'opera, e rapportarlo all'interesse all'opera intera. Considera dunque quello di utilità della parte di opera eseguita, un concetto soggettivo seppure da valutare oggettivamente²²⁶.

Peraltro la circostanza che il legislatore ne parli solo nell'art. 1672 c.c. e nell'art. 1674 c.c. e non nell'art. 1673 c.c., ci pare deporre a favore di una soluzione differente. A nostro avviso l'utilità indica la misura in cui vi è stato già l'acquisto del risultato materiale alla sfera del creditore. In altri termini perché scatti il dovere di pagamento parziale, occorre che sia stato completato, quanto meno rispetto ad una porzione di prestazione, il ciclo programmato in obbligazione, comprensivo oltre che dell'esecuzione, e dunque dell'applicazione della condotta alla materia e della conseguente trasformazione della realtà, anche dell'acquisto dell'utilità da parte del soggetto attivo.

Dal confronto tra la disciplina dell'impossibilità del primo tipo e la disciplina delle altre figure, in particolare del perimento dell'opera realizzata, emerge dunque la differenza tra impossibilità della esecuzione della prestazione, pregiudizio del risultato materiale, ed infine la differenza di entrambi rispetto al pregiudizio del risultato giuridico, posto che il risultato materiale può perire dopo la sua realizzazione ma prima dell'ingresso nella sfera del creditore, o invece dopo quest'ulteriore fase.

Da tale ultima ipotesi, sempre ragionando in analogia a quanto si è detto in ordine al passaggio dalla impossibilità dell'esecuzione al perimento dell'opera materiale, quindi da questo al perimento del risultato giuridico,

²²⁵ Non può stupire che il discorso qui svolto si avvalga ampiamente della disciplina dettata in tema di appalto e di contratto d'opera manuale. Da un lato l'assimilazione è ammessa dalla stessa legge (cfr. artt. 2230 e 2222 c.c.), dall'altro, l'assunto da cui si muove è che entrambe le obbligazioni, quella manuale e quella intellettuale, siano di risultato, così che la coerenza sistematica di un discorso che le coinvolge entrambe, è in grado essa stessa di offrire una conferma dell'ipotesi posta in premessa. Il legislatore si richiama all'utilità anche nel contratto d'opera intellettuale in funzione di limite al compenso da versare al professionista, e non come criterio che lo favorisce, tant'è che lo contempla per il caso in cui egli receda *ad nutum*. La scelta oltre ad essere in armonia con quanto previsto dalla disciplina dell'impossibilità fortuita della prestazione manuale, discende non dalla natura dell'obbligazione, ma dalla natura del compenso del professionista che, in ragione dei criteri adottati per la sua determinazione, non richiede la stretta dipendenza con la “quantità” di lavoro svolto. Cfr. il commento all'art. 2237 c.c.

²²⁶ RUBINO, *op. cit.*, 845; RUBINO, IUDICA, *op. cit.*, 506 ss.

si traggono due figure anch'esse da ricondurre solo impropriamente ad un concetto ampio di impossibilità, quella in cui *ex ante*, prima dell'esecuzione della prestazione, ovvero prima dell'ingresso del risultato materiale nella sfera del soggetto attivo, secondo una valutazione prognostica, può affermarsi che quest'ultimo non può entrare o essere acquisito, oppure, se eventualmente realizzato ed entrato nella sfera attiva, è destinato senz'altro a perire, e quella in cui dopo l'ingresso nella sfera del creditore il risultato acquisito venga meno.

Questi passaggi non sono senza ricadute sia sulla questione della responsabilità che su quella della distribuzione del rischio della perdita della controprestazione²²⁷.

La nozione di obbligazione è frutto dell'unificazione di due regimi giuridici differenti l'uno di tipo soggettivo adatto ad esprimere la natura dell'obbligazione di vincolo personale, l'altro di tipo oggettivo concernente il rischio, ovvero le conseguenze in essa degli eventi estintivi non imputabili (o più latamente, giustificati o legittimi). Quantunque la prestazione abbracci l'intero arco esecutivo, dal comportamento al risultato giuridico, ci pare che il regime a cui il processo esecutivo è assoggettato tenga conto della differente natura dei vari momenti.

Un "dovere" di condotta e di apprestamento di mezzi nonché un dovere di conservazione della possibilità, implicano un vincolo strettamente personale in capo al debitore che può sussistere solo entro un raggio d'azione limitato, fuori dal quale "la obbligazione" impone l'applicazione di regole differenti non più "soggettive" ma oggettive. Così la non imputabilità dell'impossibilità andrà senz'altro affermata secondo criteri diversi in ragione della sfera giuridica interessata dall'evento (ovvero sul quale lo stesso incide). La prestazione, intesa come processo di trasformazione del reale è in grado di introdurre delle variazioni al regime del rischio degli eventi estintivi, in particolare trasferendo qualcosa di quello attinente alla sfera del creditore nella sfera del debitore, sotto forma di perdita del corrispettivo, ma non può riversare integralmente i rischi della sfera di appartenenza del creditore su quella del debitore senza violare principi di intuitiva evidenza empirica prima ancora che di sicuro fondamento giuridico.

La rilevanza dell'impossibilità e la valenza liberatoria della medesima quando non imputabile, attestano che la responsabilità è correlata solo ad una inesecuzione imputabile della condotta e dell'attività di controllo, e dun-

²²⁷ Sul dibattito in ordine alla nozione di prestazione, cfr. FONDRIESCHI, *op. cit.*, 967 ss.

que che l'obbligazione come regime giuridico sorpassa il vincolo personale e quello della responsabilità per coordinarsi con quello del rischio degli eventi estintivi, implicato dal rapporto contrattuale in cui l'obbligazione è inserita. D'altronde l'effetto estintivo dell'obbligazione non è affatto un fenomeno semplice poiché comprende la definizione dell'assetto degli interessi tra debitore e creditore conseguente all'estinzione medesima.

Merita qui ricordare come la dottrina abbia evidenziato che l'obbligazione come fascio complesso di elementi, sopravviva all'impossibilità imputabile; con quest'ultima infatti diventa attuale la responsabilità patrimoniale compresente fin dall'origine entro il rapporto²²⁸.

In questa sede è opportuno rilevare come l'obbligazione concepita in senso ampio, sopravviva anche all'impossibilità non imputabile della prestazione; questa esclude in genere (e salvo il dolo e la colpa grave), la responsabilità patrimoniale, ma vale a rendere attuale il regime del rischio degli eventi estintivi non imputabili, o più genericamente giustificati e legittimi, e ad attivare il processo estintivo, *id est* di liquidazione del vincolo²²⁹. D'altronde accade qualcosa di simile anche in caso di adempimento, giacché il suo compimento ed accertamento rende attuale il diritto alla controprestazione.

Si deve ritenere che le circostanze che non sono nel controllo del debitore, esulino dal contenuto dell'impegno personale di conseguire il risultato come di conservarne la possibilità, e richiamino invece l'applicazione di norme dotate di estensione maggiore. A conferma di questo basti pensare alla disomogeneità tra regole sulla responsabilità e disciplina dell'atto di recesso, della risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile, della morte del creditore, del perimento dell'opera, ecc., circostanze in grado, tutte, di interferire sull'"esecuzione" della condotta e dei mezzi prima della loro applicazione, o direttamente sul "risultato" (intrinseco alla prestazione), ad applicazione (esecuzione della prestazione) avvenuta. Di tutte, e non della sola obbligazione l'interprete deve dare conto. D'altra parte non è sufficiente spostare la questione sulla regola contrattuale, poiché questa si risolve e traduce negli effetti che il contratto produce.

²²⁸ Cfr. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 88.

²²⁹ La conclusione ci sembra possa avere ricadute importanti sull'annosa diatriba sul concetto di prestazione e sulla sua natura oggettiva o soggettiva. Non è questa peraltro la sede per trarre dal discorso tutte le possibili implicazioni.

L'indagine non può essere compiuta se non in chiave sistematica senza farsi condizionare dall'apodittica distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

16. La diligenza nella teoria dell'impossibilità oggettiva relativa e dell'impossibilità soggettiva

La nota teoria che si appella al concetto di impossibilità oggettiva relativa per intendere, in modo adeguato al concetto di prestazione inclusivo del comportamento e dei mezzi del debitore e coerente con il principio della buona fede, il limite dell'impossibilità di cui all'art. 1218 c.c., non comprende la diligenza entro il contenuto del debito primario di prestazione, giacché la diligenza, nella sua accezione soggettiva, è, secondo lo studioso che sostiene la tesi in discorso, esterna e funge da criterio di "prevedibilità ed evitabilità" dell'impossibilità; lo stesso Autore ritiene poi che nella sua connotazione oggettiva la diligenza è concetto applicabile solo all'obbligazione di mezzi²³⁰.

A nostro sommo avviso il criterio della diligenza in senso oggettivo²³¹, va applicato a tutte le obbligazioni e non solo a quelle così dette di mezzi. In ordine al criterio di imputazione della impossibilità, tuttavia, ci sembra di dover riconoscere, aderendo sul punto alla tesi in discussione²³², che esiste una differenza intrinseca tra la diligenza nell'impedire ed evitare l'impossibilità, rispetto alla diligenza da osservare nel perseguimento dell'interesse del creditore. Il riferimento in entrambi i casi ad un parametro oggettivo non impedisce infatti di rilevare che una cosa è indicare nella diligenza la qualità del comportamento che va tenuto in quanto causalmente legato al raggiungimento del risultato (diligenza della prestazione) altra, ravvisare nella diligenza il comportamento da osservare per fronteggiare un accadimento per

²³⁰ Cfr. le considerazioni critiche in proposito svolte da FONDRIESCHI, *op. cit.*, 972 s.

²³¹ Va precisato che quando Mengoni definisce oggettiva la diligenza lo fa in due significati almeno parzialmente distinti; il carattere oggettivo dipenderebbe da una parte dalla circostanza che tale diligenza consisterebbe nell'applicazione di regole oggettive di tipo professionale, dall'altra dalla circostanza che tale diligenza viene a definire l'esattezza dell'adempimento delle obbligazioni di mezzi, ovvero la sua violazione integra l'inadempimento in senso oggettivo. Giacché riteniamo non potersi accogliere in tutto la teoria proposta dall'illustre studioso in ordine all'obbligazione così detta di diligenza e dunque che non si possa accettare l'ultimo significato attribuito a tale espressione, è il primo quello del quale discutiamo ed al quale aderiamo nel testo. Si tratta cioè di valorizzare una nozione di diligenza che quand'anche venga intesa come qualità della condotta, corrisponde al rispetto di regole oggettive di comportamento.

²³² Cfr. MENGONI, *op. ult. cit.*, 119 ss.

sua natura mobile e variabile, come quello in cui consiste l'impossibilità²³³. In tale ultima ipotesi non vi è prestazione né diligenza da osservare nella sua esecuzione: qui il concetto base è la colpa intesa come valutazione della soggettiva possibilità di rappresentarsi il nesso di causalità tra i propri comportamenti ed omissioni e l'evento infausto.

In tale seconda ipotesi il giudizio sulla diligenza riduce gli eventi, che possono essere attribuiti al debitore quantunque a lui causalmente (o oggettivamente) imputabili, sulla base di un parametro particolare che, pur con le opportune avvertenze e solo per contrapposizione ad altri, può definirsi soggettivo. D'altra parte si è visto come la diligenza nella esecuzione della prestazione sia identificabile in una qualità del comportamento determinato in funzione del risultato-interesse. Emerge dalla presente analisi che la violazione del comportamento dovuto in funzione del risultato, cioè la violazione del dovere di prestazione (diligente) integra, nel suo insieme, la *culpa levis*²³⁴ rilevante a fondare la responsabilità. Fuori dal percorso guidato della prestazione, la diligenza rilevante è invece quella minima, ovvero quella la cui violazione integra la colpa grave che, come il dolo, corrisponde ad una condotta non predeterminata in obbligazione ma comunque contraria logicamente al dovere in essa dedotto ed orientata alla lesione dell'interesse protetto²³⁵.

²³³ La distinzione tra regole di condotta dirette al perseguimento del risultato definito in obbligazione e regole volte ad impedire gli eventi che rendono impossibile la medesima, dovrebbe bastare a separare le conclusioni da assumere allorché la custodia formi oggetto del dovere stesso di prestazione. Parrebbe invece sovrapporre le due ipotesi, accogliendo un unico concetto di diligenza, D'AMICO, *Negligenza*, cit., 24 ss, sul punto spec. 34, per il quale le due forme di diligenza individuate da Mengoni «sembrano dar vita a concetti non tanto diversi, ma al più a due diversi profili di rilevanza della medesima nozione». Lo studioso rinvia a OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1967, 297 s. che sostiene il concetto unitario di diligenza.

²³⁴ La conclusione assunta non deve apparire strana. Il legislatore da un lato indica la diligenza del buon padre di famiglia come regime generale del comportamento da tenere per raggiungere il risultato, dall'altra mostra di identificare *a posteriori* l'intero comportamento così qualificato, come diligenza media.

²³⁵ Sovrapponiamo come è usuale fare il concetto di diligenza a quello di colpa, quantunque abbiano un'origine ed un'accezione profondamente differente: la diligenza della prestazione si trasforma in colpa in quanto ad essere violato è il dovere di prestazione da osservare in vista del raggiungimento del risultato: in tal senso è una diligenza media o massima, o meglio la violazione in tutto o in parte del dovere di prestazione, integra una *culpa levis* o *levissima*. Fuori dal dovere di prestazione emerge invece come si è detto il concetto di colpa come contrapposto al *casus* ovvero come rappresentabilità da parte del soggetto dell'evento infausto come conseguenza della propria azione od omissione.

Si è visto che la distinzione tra *culpa levis* e *culpa gravis*, suppone che ricorra sempre la tutela dell'interesse (nella specie del creditore) e tuttavia la prima si riscontri in presenza di un dovere di prestazione e di violazione del medesimo, la seconda in assenza di entrambi. Se dunque le cause di impossibilità rilevano in quanto imputabili a "colpa", può concludersi che quella richiamata per operare il giudizio corrispondente (di colpevolezza), sia la diligenza ordinaria. L'assenza di un dovere di prestazione (di conservare la possibilità) esclude pertanto che la sua violazione possa essere definita colpa lieve.

Quanto alla teoria che propone una nozione soggettiva di impossibilità, analogamente alla teoria dell'impossibilità oggettiva assoluta, essa muove storicamente dall'idea della prestazione come solo risultato. La diligenza viene in tale contesto a colmare il "vuoto" tra il risultato medesimo ed il debitore, posto che non è propriamente dedotta in obbligazione alcuna condotta né tanto meno sono genericamente indicati dei mezzi per eseguirla. L'impossibilità a raggiungere il risultato con la diligenza finisce allora con l'essere una ridefinizione impropria del concetto di impossibilità con l'inserimento di una *quaternio terminorum* che vizia il sillogismo equiparando impropriamente entità differenti: si suppone infatti che la diligenza definisca l'impossibilità ma non la prestazione.

D'altra parte se si allarga correttamente il concetto di prestazione, escludendo che essa consista nel solo risultato e si introduce, per definirla, l'elemento della diligenza, è evidente che si adotta un concetto improprio di prestazione. Pare infatti criticabile considerare quest'ultima come tensione o sforzo verso il risultato. È senz'altro più convincente ritenere che la diligenza sia una qualità della prestazione, intesa, quest'ultima, come comportamento predeterminato in funzione del risultato, o senz'altro come processo di trasformazione della realtà materiale e giuridica che muove dal debitore in direzione dell'interesse del creditore.

Ragionando in termini di imprevedibilità di uno sforzo di diligenza superiore a quello dedotto in obbligazione, i fautori dell'impossibilità soggettiva, prestano dunque il fianco alla critica di introdurre un concetto spurio di impossibilità. La necessità di ricorrere a detta nozione è legata alla idea che l'obbligazione definisca una misura di diligenza da applicare al fine di raggiungere il risultato. Il che va corretto, parzialmente, chiarendo che la diligenza non misura lo sforzo dovuto dal debitore, ma la qualità del comportamento da applicare, questo sì, invece, definito in ragione della sua idoneità a raggiungere il risultato. Semmai può dirsi il contrario ed in

questo senso, ridefinendola, può ammettersi che si parli di diligenza come limite al dovere del debitore: determinato il comportamento ed i mezzi da applicare per raggiungere l'interesse del creditore, il tutto misurato dalla "qualità" diligente, tale complesso contenuto integra esso stesso un concetto di diligenza, e precisamente un concetto particolarmente elevato, la diligenza che viene definita media, la cui violazione integra la *culpa levis*, in contrapposizione a quella minima (la cui violazione corrisponde alla *culpa gravis*).

I sostenitori dell'impossibilità soggettiva, avvalendosi (a differenza dei fautori dell'accezione oggettiva) di un concetto improprio di impossibilità, trascurano altresì il dovere del debitore di impedirla²³⁶ e non rispettano la connessione logico-giuridica tra causa di esonero della responsabilità e causa di estinzione dell'obbligazione. Lasciano infatti il debitore libero dalla prima pur laddove la seconda continui a sussistere.

Chiarite le impostazioni che tradizionalmente si contendono il campo, è evidente che la discussione prende una differente coloritura all'interno del quadro da noi delineato. Il primo profilo di novità deriva dalla nozione di prestazione e di risultato, nonché da quella di impossibilità. Va sottolineato al riguardo che il legislatore dà rilevanza nell'art. 1218 c.c., all'impossibilità della prestazione e non del risultato. Va allora ribadito che di risultato si può parlare in differenti accezioni, e che il risultato ontologico e giuridico entrano nel concetto stesso di prestazione, mentre il risultato interesse ne resta fuori, in armonia con quanto dettato dall'art. 1174 c.c. Si è visto pertanto che può rilevare come impossibilità della prestazione, l'impossibilità del fare, l'impossibilità del risultato ontologico e quella *ex ante* del risultato giuridico, ma non può assimilarsi a tali ipotesi l'impossibilità del risultato-interesse. Il pregiudizio di quest'ultimo indipendente dall'impossibilità della prestazione, non ha, per l'appunto, niente a che vedere con quest'ultima.

Gli esiti di tale impostazione li dobbiamo ancora compiutamente verificare. Il primo e più immediato, qui evidenziabile, è che l'impossibilità della prestazione non ha carattere soggettivo, e che la distinzione tra impossibilità relativa o assoluta è da intendere attribuendo significato relativo all'impossibilità che incide sui passaggi propedeutici rispetto all'ingresso giuridico della prestazione nella sfera del creditore.

²³⁶ Per essi infatti la diligenza entra già a definire la nozione impropria di impossibilità.

17. La rilevanza dell'interesse del creditore

Secondo la concezione da noi sostenuta il dovere di conservare la possibilità va riferito esclusivamente alla sfera sottomessa al controllo del debitore e solo entro quest'ambito è ammessa una valutazione in termini di colpa²³⁷. L'insufficienza della condotta (corrispondente a quella prescritta) e dei mezzi nella disponibilità dell'obligato alla realizzazione dello scopo al quale risultano preordinati, potrebbe escludere la responsabilità del debitore integrando una impossibilità non imputabile soggettivamente ancorché a lui imputabile oggettivamente. In tal caso sarà a suo carico la perdita della controprestazione rispetto alla mancata esecuzione (da intendere come mancato completamento del ciclo in cui la prestazione consiste), fermo restando infatti che un diritto al compenso per quanto compiuto può maturare in ragione dell'utilità, ovvero per la parte di prestazione di cui sia stato concluso il ciclo con l'acquisto all'avente diritto (e salvo il recesso di cui all'art. 1464 c.c.; v. anche art. 2228 c.c.).

Quanto alle ipotesi di esecuzione parziale cui si applichi il regime appena descritto, affinché il discorso risulti aderente in modo più evidente al tema che ci interessa, può immaginarsi il caso di un intervento chirurgico di tonsillectomia che sia stato solo parziale, sia avvenuto cioè rispetto ad una sola tonsilla, per impossibilità sopravvenuta della sua (integrale) esecuzione dovuta un'imprevista ed imprevedibile urgenza che impone di attendere ad un altro paziente.

Va precisato peraltro che una stretta aderenza a tale principio può venire meno non per una differente natura dell'obbligazione del professionista, quanto in ragione del diverso modo di determinare il compenso a lui spettante che esula da una stringente corrispettività.

Anche una sequenza causale che promani dalla sfera del creditore può tuttavia precludere l'esecuzione secondo un concetto di impossibilità che non sarà imputabile, oltre che soggettivamente, neanche oggettivamente al debitore, o comportare "un pregiudizio" del risultato, ugualmente non imputabile al debitore, neppure oggettivamente. Egli pertanto non subirà le relative conseguenze a titolo di responsabilità, e a titolo di rischio sopporterà solo quello che attiene al lavoro non tradottosi in opera utile nel significato descritto. Per esempio i vizi della materia di particolare valore fornita dal

²³⁷ In ragione di quanto appena detto nel testo, viene qui in considerazione una colpa – o diligenza – senza prestazione, parafrasando la nota teoria degli obblighi senza prestazione, poiché il dovere di conservazione non è oggetto di una prestazione.

committente e non riscontrabili dall'appaltatore, possono determinare il perimento dell'intero manufatto, ovvero nel campo delle professioni intellettuali, può pensarsi all'attività di preparazione di una causa successoria da parte dell'avvocato, che sia posta nel nulla dalla scoperta di un discendente del defunto prima sconosciuto. In entrambi i casi poiché la prestazione è già entrata nella sfera del creditore (e comunque nella misura in cui vi ha avuto ingresso) quest'ultimo sarà tenuto al corrispettivo. Dalla esemplificazione appena esposta emerge con evidenza che in linea di principio il *corpus mechanicum* cui si applica la prestazione intellettuale è di immediata pertinenza almeno in genere del creditore consentendo un acquisto *in progress* della prestazione nella di lui sfera giuridica.

Può affermarsi con fondatezza che nelle ipotesi in cui solo un impedimento del creditore, ancorché a lui non imputabile, escluda il completamento della prestazione, ovvero l'ingresso di questa nella sua sfera, quanto fatto dal debitore che almeno in termini di "spesa" sia imputabile alla sfera del creditore, debba essere ugualmente rimborsato al primo²³⁸. Si è detto che quand'anche tale impossibilità derivi da colpa del creditore, la circostanza che incida sulla di lui sfera di appartenenza non modifica a nostro avviso la conclusione esposta. L'applicazione dell'art. 1227, 1° co., c.c., d'altronde, potrebbe venire in considerazione solo laddove vi sia un'impossibilità concernente la sfera del creditore che sia imputabile anche al debitore, ma in tal caso si opererebbe sul presupposto di un inadempimento del debitore.

Gli eventi pregiudizievoli in grado di incidere sulla prestazione nel senso di determinarne l'impossibilità sono dunque estremamente vari e sarebbe improprio assoggettarli alla medesima disciplina. Tra questi, alcuni sono solo implicitamente ed indirettamente regolati dall'obbligazione in quanto compromettono il risultato-interesse in cui essa si traduce, per dolo o colpa grave del debitore; altri vanno disciplinati alla luce delle norme del sistema. In particolare il nesso causale e quello giuridico in base ai quali avviene l'acquisizione del risultato ontologico (materiale o immateriale) alla sfera del creditore sono soggetti ad accadimenti che non sempre possono essere

²³⁸ Si tocca qui il tema degli eventi non imputabili ma attinenti alla sfera del creditore che impediscono l'acquisizione della prestazione, o meglio l'acquisizione di quanto del suo sviluppo appartiene alla fase precedente, nella sfera del creditore. Quanto si è detto sulla distribuzione paritaria o equa che ispira le scelte del legislatore nella materia del *facere* potrebbe condurre a concludere che debbano essere rimborsate tutte le spese che siano state completate ed a cui manchi soltanto la applicazione, nel senso sopra precisato, entro la sfera del creditore, ma possano già imputarsi giuridicamente a quest'ultima.

posti a carico del debitore e soprattutto che il legislatore non mostra affatto di porre, si badi in qualunque obbligazione e non solo in quelle così dette di mezzi, a carico di quest'ultimo²³⁹.

Infine, la giusta importanza va assegnata alle norme che prevedono il trattamento per i difetti della prestazione che emergano successivamente all'ingresso nella sfera del creditore/acquirente, e dunque al regime che il legislatore usa denominare, in materia di prestazione manuale, "garanzia". In tal caso sembra illuminante quanto previsto in tema di vendita, ove è stabilito che il venditore non risponde del perimento della cosa che non deriva dai vizi della stessa; ciò si argomenta dall'art. 1492, 2° co., c.c. ove la questione è considerata allo scopo di escludere in tal caso la risoluzione quale rimedio ai difetti esistenti. Da una parte la norma chiarisce la pertinenza, ovvia, delle vicende successive all'acquisto ed indipendenti dall'"inadempimento" (inattuazione), alla sfera ed al rischio del compratore. Dall'altra è altresì significativa al fine di stabilire che tuttavia, laddove sussista, l'inadempimento rileva, nonostante la sopravvenuta compromissione della prestazione per altra causa, giacché incide sul sinallagma giustificando una riduzione del corrispettivo.

Sulle modalità con cui va data rilevanza ai vizi del risultato conseguente ad una prestazione intellettuale è peraltro aperta la discussione²⁴⁰. Pare tut-

²³⁹ In una direzione analoga pare muoversi l'opinione sostenuta da FONDRIESCHI, *op. cit.*, 973, che richiama non a caso l'art. 1672 c.c. in tema di appalto e denuncia la scarsa considerazione che la norma ha ricevuto da parte della dottrina che accoglie la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

²⁴⁰ In giurisprudenza ed in dottrina si è svolto un ampio dibattito sull'applicabilità, in particolare al progettista, dell'art. 2226 c.c., ovvero del termine di decadenza entro il quale procedere alla denuncia del difetto, nonché del termine di prescrizione al fine di instaurare il giudizio di responsabilità per inesattezza della prestazione (sulla questione v. anche *supra*, § 2). La discussione ha a lungo posto al centro la questione se l'obbligazione del progettista (eventualmente cumulata con quella di direttore dei lavori) fosse da ritenersi di mezzi o piuttosto di risultato, sul presupposto che in quest'ultimo caso la norma in oggetto fosse utilizzabile (su tale dibattito v. CAROCCIA, *op. cit.*, 173 ss.). Tale impostazione è stata superata e si è esclusa per altra via l'applicabilità della norma, da Cass., S.U., 28.7.2005, n. 15781, *cit.*, anche in *Resp. civ.*, 2006, 229 ss., con nota di FACCI, *L'obbligazione di risultato del progettista al vaglio delle sezioni unite*; ed ancora in *Contr.*, 2006, 349 ss., con nota di TADDEI, *Il contratto di appalto e la responsabilità del progettista direttore dei lavori per i vizi e le difformità dell'opera*. Un breve commento si trova anche in D'AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso 23-25.3.2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 160 ss. Allo stesso modo si pronuncia Cass., 31.7.2006, n. 17306. Più di recente Cass., 18.5.2011, n. 10926, ha ugualmente negato che fosse applicabile l'art. 2226 c.c. al professionista per l'incarico della redazione di un progetto di ingegneria o architettura, non in ragione della dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato, da ritenersi, ad avviso

tavia inequivocabile, anche al di fuori delle prestazioni professionali, che può esserci discrasia tra adempimento della prestazione e soddisfazione dell'interesse del creditore²⁴¹.

Va preso atto in conclusione che il legislatore tratta l'obbligazione professionale come prestazione di un *opus*, ancorché immateriale. Molte delle difficoltà legate al tema della responsabilità e del rischio in tal genere di obbligazioni derivano dalla natura impalpabile, per molti versi, del risultato giuridico ad esse proprio, tanto che l'interesse psicologico naturalistico del creditore finisce, nell'attuale fase caratterizzata per la tendenza alla sua rivalutazione, con l'assumere addirittura più rilievo di quanto non abbia nelle prestazioni manuali, ove il risultato giuridico è materiale.

L'impalpabilità del risultato giuridico immateriale è una delle ragioni che probabilmente ha spinto gli interpreti ad affrontare i problemi che riguardano tal genere di obbligazioni esaltando gli elementi materiali e naturalistici da esse coinvolti: ora il fare del debitore, ora, nell'attuale fase di evoluzione del problema, l'interesse naturalistico del creditore; questo per la difficoltà di afferrare il momento della realizzazione del risultato giuridico, quale entità compresa entro la prestazione della quale rappresenta il punto di arrivo. Per questo motivo, si è spinti ad identificarlo o a supporre che sia stato raggiunto o meno in base ora all'esatta esecuzione della fase che lo precede (la condotta del debitore), come è avvenuto entro la configurazione dell'obbligazione professionale nei termini di un'obbligazione di mezzi, ora in base alla

della Corte, superata, bensì in forza della eterogeneità tra prestazione intellettuale e prestazione manuale che esclude la possibilità di considerare l'articolo in questione tra le norme richiamate dall'art. 2230 c.c. Da ultimo cfr. Cass., 2.5.2012, n. 8016, in *Contr.*, 2013, n. 5, 43 ss., con commento di TARANTINO, *le responsabilità del progettista tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Con postilla sulla buona fede.*

La riflessione è di estrema importanza per concludere che quanto distingue le due categorie di obbligazioni è l'ovvia affermazione per cui nell'una il risultato giuridico, compreso nel concetto di prestazione come momento finale della stessa, è materiale, nell'altra è appunto immateriale.

²⁴¹ L'interesse del compratore ad avere il bene, per esempio, può essere compromesso nonostante l'esatto adempimento della prestazione, in caso di perimento successivo all'acquisto. Non pare infatti sufficiente affermare che il compratore abbia conseguito il proprio interesse (in senso naturalistico e tuttavia giuridicamente rilevante) a conseguire il bene (evidentemente nel tempo) solo per averlo acquisito, magari per un istante nella propria sfera: quest'ultimo profilo incide sul giudizio in ordine all'esatto adempimento della prestazione e dunque realizza l'interesse del creditore solo laddove consiste nella corrispondenza tra quanto programmato in obbligazione (o in contratto) e quanto eseguito (o attuato) dal debitore (alienante). Questo tuttavia è solo uno dei significati che riveste giuridicamente il concetto di interesse del creditore e di adempimento.

soddisfazione empirica dell'interesse del creditore, come nell'attuale configurazione dell'obbligazione professionale come obbligazione di risultato.

18. Analisi delle differenti soluzioni. In particolare, il pregiudizio del risultato-interesse per dolo o colpa grave del debitore. Le sequenze causali imputabili oggettivamente alla sfera del debitore o ascrivibili alla sfera del creditore, incidenti sul risultato-interesse

A conferma di quanto sostenuto, vanno esaminate le seguenti soluzioni.

Se l'attività del debitore è stata eseguita²⁴² e nonostante questo il risultato-interesse non è stato raggiunto, il creditore potrebbe addurre l'esistenza di comportamenti dell'obbligato differenti dal debito di prestazione, che abbiano pregiudicato direttamente il secondo. A ciò seguirà evidentemente la responsabilità contrattuale del debitore.

Il diritto al compenso, in assenza di responsabilità richiede in linea di principio, e salvo particolari circostanze che spostino maggiormente²⁴³ il rischio a carico del creditore, che il ciclo di esecuzione della prestazione si sia compiuto, ovvero che sia avvenuto l'ingresso dell'esito dell'attività riferibile al debitore (risultato ontologico), nella sfera di controparte (risultato giuridico). Ciò di cui il debitore sopporta il rischio è l'impossibilità non imputabile dell'attività da svolgere ed il suo svolgimento in tutto o in parte che sia avvenuto al di fuori della sfera del creditore. A tale regola corrisponde la distinzione tra opera utile o inutile. Se per es. si tratta di una obbligazione di custodia di un bene altrui, nonostante l'attività del debitore sia limitata, nella durata, per esempio dal perimento fortuito del bene, egli ha diritto alla controprestazione per la custodia fino a quel momento intervenuta, giacché il risultato di quanto fatto fino a quel punto è già entrato nella sfera del creditore. Per il caso di prestazione che consista in un'attività di trasformazione in una cosa nuova, occorre distinguere secondo che ne formi oggetto una cosa immobile o piuttosto una cosa mobile di valore ordinario, come detto nel precedente paragrafo cui si rinvia. In caso di prestazione d'opera professionale se l'intervento chirurgico è stato portato a termine, la morte per altra causa, escluderà la responsabilità e lascerà fermo il diritto

²⁴² Per esecuzione si assume che sia stato compiuto oggettivamente l'*iter* dedotto in obbligazione, a prescindere dall'esatta corrispondenza, ovvero dal giudizio positivo su di esso.

²⁴³ Si è visto infatti che il legislatore distribuisce il rischio secondo differenti misure. Questo attraverso la distinzione tra le differenti voci di cui esso è usualmente composto.

al compenso, essendo il risultato (giuridico) già conseguito. Resta aperto il problema della responsabilità per vizi: per esempio se segue la morte del paziente quand'anche essa non sia connessa all'inesatta esecuzione, potrebbe configurarsi la responsabilità del professionista qualora l'inesattezza vi sia comunque stata e sia imputabile.

D'altra parte la mancata esecuzione dell'attività in assenza di risultato giuridico (mancanza totale della prestazione), conduce a negare il corrispettivo, mentre si potrebbe escludere comunque la responsabilità del debitore. L'ipotesi contemplata dall'art. 1218 c.c. è quella in cui il debitore non abbia eseguito la prestazione per impossibilità di questa dovuta a causa a lui non imputabile, ovvero laddove il nesso causale dell'impossibilità o non sia ascrivibile a condotte o omissioni del debitore, ovvero si concluda che non fosse possibile (pretendibile) al debitore rappresentarsi il nesso causale in grado di legare le proprie condotte od omissioni all'impossibilità medesima.

Può tuttavia affermarsi altresì l'esclusione della responsabilità anche laddove il pregiudizio attenga direttamente al risultato e sia dovuto a sequenze causali non imputabili al debitore, che avrebbero compromesso la soddisfazione dell'interesse del creditore anche in presenza di una esatta esecuzione della prestazione medesima. L'intervento chirurgico è mancato, ma il paziente è perito in ragione di altra patologia. Resta aperta anche in questo caso la questione se sia possibile valutare un'autonoma violazione dell'interesse creditorio che giustifichi il diritto (nell'esempio riportato, degli eredi) al risarcimento. Il difetto totale o la inesattezza dell'*opus* potrebbe giustificare una responsabilità sempre che si ravvisi un danno: il paziente sarebbe comunque morto ma avrebbe sofferto meno o avrebbe avuto un'esistenza, sebbene di poco, più lunga ecc.

Qualora la prestazione non sia eseguita esattamente per concorso tra comportamento del debitore e sequenze ulteriori ascrivibili al creditore dovute a sua colpa, andrà applicato l'art. 1227 c.c. Per esempio è mancata la preparazione adeguata ad un esame diagnostico da parte del medico e contestualmente, per quanto gli compete, dello stesso paziente, che non ha osservato le prescrizioni stabilite dal primo. Nell'ambito della responsabilità contrattuale infatti la colpa del creditore dovrebbe essere intesa in primo luogo come partecipazione impropria ed inesatta del creditore alla condotta che dovrebbe altrimenti essere compiuta dal debitore o che è comunque implicata dalla prestazione nell'accezione qui chiarita – sempre che il consenso del debitore al suo intervento non sia contrario al dovere

di prestazione del primo —²⁴⁴. Per esempio, il creditore si intromette nella riparazione o nell'installazione di un macchinario che il debitore sia stato incaricato di riparare o installare, ovvero svolge un ruolo di ausilio all'opera del primo. Il comportamento qui considerato del creditore non è cioè separabile dalla prestazione del debitore ed interferisce nel processo in cui essa consiste. Potrebbe inoltre imputarsi al creditore di tenere un comportamento direttamente lesivo del suo stesso interesse o della possibilità della prestazione: anche tale condotta andrebbe considerata ai fini della limitazione della responsabilità oltre che della misura del risarcimento, poiché, simmetricamente, sarebbe da qualificare come violazione della obbligazione se tenuta dal debitore. (Il 2° co. dell'art. 1227 c.c. non entra qui in considerazione perché suppone invece esaurito il giudizio sull'inadempimento. Anch'esso peraltro suppone l'interferenza tra le due sfere, ciò che solo può chiarire la norma. In particolare il capoverso della disposizione implica che la sequenza dei danni subiti dal creditore derivanti dall'inadempimento siano riversati sul debitore tramite l'obbligo risarcitorio: è per questo che può rilevare in termini di colpa la condotta del creditore contraria a diligenza).

Un particolare problema ricorre invece, qualora si configuri un concorso di cause che rendono impossibile la prestazione, tra quelle che attengono alla sfera del debitore e sequenze ulteriori ascrivibili alla sfera del creditore non dovute tuttavia a colpa o dolo di quest'ultimo, rispetto alle quali è discusso in dottrina ed in giurisprudenza se sia corretto applicare analogicamente l'art. 1227 c.c. Alla luce delle riflessioni svolte e di quanto diremo ancora sul rischio, se le prime non sono imputabili soggettivamente al debitore, esse escludono l'inadempimento ma chiamano il soggetto a sopportare il rischio, ai sensi degli artt. 1672 e 1673 c.c., di aver svolto un'attività inutile. D'altra parte lo stesso creditore sopporterà il rischio della perdita di ciò che è stato compromesso che già appartenga alla propria sfera giuridica e che sia entrato nel ciclo della prestazione (materia da lui fornita oggetto di

²⁴⁴ Per il concorso del fatto colposo del creditore nell'esecuzione di una prestazione d'opera intellettuale, cfr. Cass., 19.8.2010, n. 18747, con nota di MUSOLINO, *Progetto ingegneristico non utilizzabile per la costruzione e pagamento dell'onorario professionale*: in *Resp. civ. e prev.*, 2011, n. 2, 373 ss. Esclude la responsabilità, richiamando l'art. 1227, 2° co., c.c., Cass., 11.7.2012, n. 11699, in *Dir. e giustizia*, 2012. Sull'art. 1227 c.c., da ultimo cfr. TASSONE, in questo *Commentario*, sub art. 1227 c.c., 285 ss. ed *ivi* la sintesi ed il richiamo bibliografico della letteratura sul tema.

trasformazione, strumenti da lui stesso forniti). Egli sarà inoltre comunque tenuto a pagare ciò che di parziale²⁴⁵, abbia conseguito.

19. (Continua). Ancora sul pregiudizio del risultato dovuto a dolo o colpa grave del debitore

Il primo punto evidenzia un aspetto della responsabilità contrattuale, del suo fondamento e dei suoi limiti, che merita apposita considerazione.

È noto come la teoria che identifica, in genere, il limite della responsabilità nella diligenza, argomenta a suo favore oltre che dall'art. 1176 c.c., anche dall'art. 1229 c.c.²⁴⁶, nonché dallo stesso art. 2236 c.c., che indubbiamente, quando regolano la limitazione legale o pattizia della responsabilità, si rifanno al criterio della colpa (oltre che del dolo) e non menzionano la impossibilità (v. altresì l'art. 1228 c.c.). Ci sembra allora che quanti, come noi, ritengono invece di assegnare il ruolo generale di limite della responsabilità, anche per le obbligazioni del professionista intellettuale, all'art. 1218 c.c., debbano prestare la giusta attenzione alle norme citate ed offrirne un'adeguata e coerente spiegazione.

Si è accennato al dato per cui la diligenza entra a qualificare il comportamento dovuto e dunque l'attività in funzione del risultato da conseguire, secondo il nesso di causalità (certo o probabile) fissato all'origine in contratto. In tal caso la diligenza è tutt'uno con il dovere di prestazione in quanto ne rappresenta una qualità indispensabile. Secondo un'operazione logica particolare ma non inusuale né ingiustificata, il legislatore mostra di attribuire alla prestazione nel suo complesso il significato di parametro corrispondente alla diligenza media alla quale il debitore deve assoggettarsi. Il dovere di prestazione (da eseguire con diligenza) è infatti la diligenza "in concreto", alla cui violazione consegue, se la inosservanza è integrale, la culpa *levis*, mentre la sola inesattezza integra la culpa *levissima*²⁴⁷.

Come si è detto peraltro il dovere di prestazione ravvisa nel debitore l'artefice del risultato finale non il garante di esso; in definitiva lo vincola

²⁴⁵ Il carattere parziale indica che una parte di prestazione è già entrata nella sfera del creditore, cioè ha compiuto, per la parte considerata, il ciclo completo del processo in cui essa consiste.

²⁴⁶ Sull'art. 1229 c.c., cfr. D'ADDA, in questo *Commentario*, sub art. 1229 c.c., 345 ss. ed *ivi* altre citazioni bibliografiche.

²⁴⁷ Si richiamano le già citate considerazioni della dottrina romanistica che evidenzia come la negligenza sia ravvisata nella violazione dell'*officium* da svolgere con diligenza, e non nella violazione della sola diligenza. Cfr. CANCELLI, *op. cit.*, 518.

solo in ragione di quell'attività che gli è richiesta. Così anche il dovere di conservazione può vincolare il debitore rispetto alla conservazione di quanto gli compete e solo per tale via rispetto al risultato-interesse.

Il risultato in tal modo è coerentemente assicurato dal nostro sistema giuridico, da due regole che si saldano perfettamente tra loro: quella di conseguirlo secondo la prestazione predefinita in contratto, e quella di proteggere le condizioni per l'esecuzione della stessa di pertinenza del debitore. In altri termini non esiste in capo al debitore un dovere assoluto di perseguire il risultato-interesse, ma di farlo tramite la condotta dedotta in obbligazione; né un dovere assoluto di conservare la possibilità del primo, poiché gli spetta conservare il risultato-interesse solo indirettamente, assicurando piuttosto l'integrità di quanto coinvolto entro il concetto di prestazione²⁴⁸. Come infatti il dovere di prestazione ricollega all'iniziativa del debitore, secondo il concetto di obbligazione come vincolo di natura personale, il compito di innescare una sequenza causale destinata ad intrecciarsi con molteplici sequenze non tutte a lui riconducibili, così anche il dovere di conservazione deve avere analoga delimitazione.

Nel sistema appena descritto convergono due concetti di diligenza: l'una è coestesa alla prestazione (ed è la violazione di quest'ultima, della prestazione qualificata dalla diligenza, che integra, come detto, la colpa (*culpa levis* o *levissima*); l'altra è diretta a valutarne l'impossibilità. Quest'ultima diligenza, come si è già evidenziato quantunque declinata oggettivamente, svolge la funzione che tale concetto assolve nella responsabilità civile extracontrattuale²⁴⁹, di delimitare il nesso di causalità o imputazione di accadimenti e comportamenti che non possono ritenersi prioritariamente determinati; ciò è coerente proprio con la valenza strumentale del dovere di

²⁴⁸ Si deve ritenere che il legislatore rinvii, quale criterio di imputazione della impossibilità, alla colpa. Quest'ultima, ove non ricorre un dovere di prestazione può non essere ulteriormente aggettivata. Si tratta tuttavia dello stesso concetto che opera in ambito extracontrattuale, ovvero del concetto che in contrapposizione alla violazione del dovere di prestazione integra la colpa grave.

²⁴⁹ Le diverse categorie o gradi della colpa sono riunificati all'interno del sistema penale ove sono in grado di fondare la responsabilità corrispondente. Quest'ultima dunque può essere valutata anche in ragione della colpa lieve e non solo della colpa grave o del dolo. D'altronde la colpa può essere sempre definita in ragione della violazione del dovere del soggetto considerato di rappresentarsi la possibilità che dal proprio comportamento od omissione siano provocati o piuttosto evitati eventi infausti. Tale dovere sussiste anche nel caso del dovere di prestazione, ma in tal caso è particolareggiato e più rigoroso posto che è definito appositamente e specificamente *ex ante*. Sul punto cfr. il commento all'art. 2236 c.c.

conservare integra la possibilità della prestazione e dunque la possibilità di conseguire il risultato-interesse per mezzo dell'attività del debitore.

La logica legislativa peraltro non si ferma a questo e quella pattizia non è, e non può essere, da meno.

Il riferimento al dolo e alla colpa grave, quale estremo limite della responsabilità non può disattendere il quadro appena descritto. Richiamando tali concetti il legislatore conserva anche nelle ipotesi estreme, quali quella delineata dall'art. 2236 c.c. (soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), e quella indicata dall'art. 1229 c.c. (esclusione pattizia della responsabilità), un senso al vincolo obbligatorio. La legge infatti esclude che l'ordinamento stesso, in ragione della difficoltà presentata dai problemi da risolvere (art. 2236 c.c.), o i privati, in considerazione della volontà di assicurare maggiore libertà al debitore (art. 1229 c.c.), possano disattendere la valenza impegnativa del vincolo. L'interprete alla luce del sistema coerente sopra delineato, è chiamato ad individuare quale sia il contenuto minimo della obbligazione fatto salvo dalla legge.

A nostro avviso, le norme citate (artt. 2236 e 1229 c.c.), conservano un senso all'obbligazione (e implicitamente confermano la presenza in essa, del senso minimo così individuato), sanzionando sempre e comunque (in via contrattuale si badi), la condotta (commissiva od omissiva) del debitore che sia volta direttamente, ovvero senza passare per il tramite della prestazione, a pregiudicare l'interesse del creditore. Tale condotta pregiudizievole è esterna al dovere di prestazione, ma anche con esso totalmente contraddittoria e perciò seppure indirettamente da esso regolata. L'ampiezza di tale dovere "conservativo" dell'interesse del creditore, si spinge fino ad informare di sé lo stesso dovere di conservare la possibilità della prestazione.

Il dovere di prestazione è dunque manifestazione dell'ordinario svolgersi dell'obbligazione cui il debitore si dispone; tale dovere è definito, per restare alle categorie utilizzate implicitamente dal legislatore, dal criterio della diligenza media ma soprattutto la sua violazione – non giustificata da un'impossibilità sopravvenuta non imputabile – integra la colpa lieve (o lievissima) di memoria romanistica. La diligenza media può dunque identificarsi con la condotta dedotta in obbligazione come idonea in positivo a soddisfare l'interesse del creditore.

Da tale dovere emerge tuttavia, a contrario, il contenuto minimo imprescindibile del vincolo assunto dal debitore, quello di non pregiudicare, con atti differenti dall'inesecuzione totale o parziale o dall'esecuzione inesatta della prestazione – atti, quest'ultimi, certamente qualificati come inadem-

pimento della prestazione a seguito del confronto diretto con il contenuto del debito corrispondente –, l'interesse del creditore in funzione del quale è dedotta la prestazione stessa ed imposto il perseguimento del suo interesse²⁵⁰.

Nel linguaggio del legislatore si deve ritenere che i comportamenti diretti a pregiudicare l'interesse del creditore senza passare per il tramite della violazione del dovere di prestazione, compreso quello che determina l'impossibilità della prestazione²⁵¹, integrino le figure del dolo e della colpa grave. Per fare un esempio, il medico che assume l'obbligazione di curare un paziente nonostante le difficoltà presentate dalla patologia, in alcuni momenti e rispetto a talune problematiche almeno, potrebbe dover prescindere da qualunque regola tecnica, e dunque da un correlativo dovere di prestazione, perché inesistente o estremamente discussa, e non sarà per questo ritenuto responsabile (argomentando *ex art. 2236 c.c.*); sarà invece responsabile dei comportamenti che abbiano direttamente, cioè con uno specifico nesso di causalità, ancorché differente da quello dedotto in obbligazione, provocato la morte o il peggioramento delle condizioni di salute del cliente, che potrebbero consistere, in ipotesi, nella somministrazione di un farmaco per la dolce morte (o nella uccisione del paziente con altro mezzo), o nella mancata cura di un'influenza contemporanea alla patologia oggetto di cura, identificabile *ictu oculi*, e altrettanto agevolmente curabile (colpa grave). A tali condotte vanno almeno in parte assimilate quelle che determinano l'impossibilità della prestazione del debitore. Anch'esse non sono infatti regolate da un dovere di prestazione, e sono rimesse al rispetto dei parametri ordinari

²⁵⁰ Pur con le differenze legate alla natura traslativa dell'effetto con cui si assolve l'impegno di attribuire la proprietà, potrebbe ritenersi convincente la tesi che comprenda entro il concetto di dolo e colpa grave, gli atti di alienazione sullo stesso bene compiuti dal venditore che importino la perdita del diritto acquistato dal compratore quando il secondo acquirente adempia per primo agli oneri pubblicitari. Sul problema per tutti cfr. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 247 ss. Il punto dolente attiene al tempo in cui tali atti sono posti in essere che parrebbe successivo alla estinzione dell'obbligazione per adempimento. Non sembra tuttavia improbabile che l'interesse del creditore tutelato entro l'obbligazione conservi valore vincolante oltre la fase dell'adempimento, soprattutto laddove l'estinzione dell'obbligazione non si consideri una vicenda semplice ed istantanea e prima ancora l'obbligazione stessa sia costruita come entità complessa. L'art. 2236 c.c. e l'art. 1129 c.c., come si vedrà (v. il commento all'art. 2236 c.c.), attestano che il vincolo obbligatorio può sussistere a presidio della tutela dell'interesse del creditore anche laddove non sia possibile ricostruire un dovere di prestazione (art. 2236 c.c.), ovvero lo stesso sia stato escluso per volontà delle parti (art. 1229 c.c.).

²⁵¹ Che peraltro rileverà quando una prestazione è stata definita, non dunque nell'ipotesi più radicale da comprendere entro l'art. 2236 c.c., in cui non è possibile identificarla.

della colpa o del dolo (concetti che, se posti in relazione con il dovere di prestazione, corrispondono alla colpa grave ed al dolo).

Una cosa è infatti tenere una condotta diretta a realizzare il risultato-interesse, la cui omissione o inesattezza integrerà colpa lieve – definita contrattualmente perché coincidente col dovere di prestazione –, altra è tenere comportamenti (commissivi od omissivi) contrari alla realizzazione dell'interesse del creditore (che se tenuti corrisponderanno, in area contrattuale al concetto di dolo o colpa grave)²⁵².

20. (Continua). Le sequenze riconducibili alla sfera del creditore

Stando a queste riflessioni, all'interno della verifica dell'inadempimento concorrono dunque più livelli di giudizio ed occorre disarticolarne la valutazione, che sarebbe erroneo prospettare in termini unitari, dovendosi tendenzialmente distinguere tra vicende che attengono al comportamento (e ai mezzi) ed al nesso di causalità tra questi ed il risultato ontologico (materiale o immateriale), vicende che concernono il risultato giuridico ed, infine, vicende dell'interesse (risultato-interesse) del creditore.

In primo luogo, è in gioco la verifica dell'“esecuzione” della prestazione, e dunque l'attività di spettanza del debitore e l'applicazione della condotta diligente alla materia o substrato da trasformare.

In secondo luogo, peraltro in via eventuale, in ragione dell'approfondimento richiesto dalla lite in corso, nonché della scelta processuale degli avvocati, qualora manchi la prestazione, rileva la sopravvenienza di circostanze in grado di causare (secondo il contenuto della causa di esonero prevista dall'art. 1218 c.c.), la impossibilità e dunque la mancanza in parte o in tutto, dell'attività del debitore, o la sua inesattezza che potrebbero ascrivere alla persona del debitore o al substrato cui la condotta è applicabile, e ciò con le note ripercussioni a seconda dell'appartenenza o meno di quest'ultima al debitore, nonché del regime giuridico di acquisto del risultato operante nel caso.

In terzo luogo potrebbe richiedersi la verifica della ricorrenza di processi causali diversi da quelli dedotti in obbligazione idonei a rendere impossibile,

²⁵² Si verifica, per causa ascrivibile al debitore, quanto avviene allorché vi sia l'esatta esecuzione della prestazione, e sia stato anche conseguito il risultato giuridico da parte del creditore, e tuttavia non sia realizzato il suo interesse in senso naturalistico e psicologico, in conseguenza di accadimenti riconducibili al creditore. Vi è infatti conformità tra prestazione promessa ed eseguita, ma l'interesse del creditore è pregiudicato da comportamenti del debitore ulteriori, dipendenti da dolo o colpa grave.

nel senso di pregiudicare il risultato giuridico (almeno “apparentemente”) già conseguito o più in generale in grado di pregiudicare l’interesse del creditore, senza coinvolgere la prestazione.

Ci sembra che a regolare il problema del rischio sovrintenda il principio secondo il quale ciascuno subisce le conseguenze di ciò che interviene nella propria sfera e che non sia frutto della violazione di una regola di condotta posta in capo ad altri. A questo principio con gli opportuni adattamenti, sono riconducibili l’art. 1672 c.c., ove il concetto di impossibilità della esecuzione della prestazione, non imputabile ad alcuna parte, lascia che ciascuna subisca le conseguenze che derivano dalla ricaduta dell’evento nella propria sfera. Così l’appaltatore perde il corrispettivo per l’attività che non abbia ricevuto compimento in senso vuoi materiale vuoi giuridico, il committente sarà tenuto al corrispettivo, nonostante l’impossibilità, per quella che invece ha avuto ingresso nella sua sfera, così come sopra chiarito. Anche l’art. 1673 c.c. pare porre a carico di ciascuno gli accadimenti che incidono sulla rispettiva sfera giuridica, fermo restando che grava sull’artefice il rischio del lavoro “inutile”, che non ha cioè avuto ingresso nella sfera del creditore.

Lo stesso art. 1227, 1° co., c.c. pone sullo stesso piano, seppure con segno opposto, l’inadempimento del debitore ed il comportamento colpevole del creditore. Alla luce del concetto di *culpa levis* evidenziato, saranno rilevanti quei comportamenti del creditore che fanno parte della prestazione perché sono funzionali al conseguimento – tramite la prima (ed il risultato giuridico da essa coinvolto –, del risultato-interesse (e che altrimenti sarebbe il debitore a dover compiere) e sempre che l’aver ammesso tale intervento del creditore non integri a sua volta la violazione da parte del debitore dei suoi doveri. In ragione di quanto detto sulla qualificazione in termini di violazione dell’obbligazione (inadempimento non discendente dal contrasto col dovere di prestazione) del comportamento del debitore direttamente pregiudizievole dell’interesse del creditore, anche una “sostituzione” del creditore in dette condotte, o, pur con le peculiarità rilevate²⁵³, nell’aver causato colpevolmente la impossibilità della prestazione, varrà ad escludere o ridurre la responsabilità del debitore.

²⁵³ Si è infatti segnalato che rispetto alla conservazione della prestazione varranno le regole ordinarie della diligenza che potremmo chiamare “extracontrattuale”, perché non corrispondente al dovere di prestazione; non è tuttavia corretto avvalersi per indicarla, del concetto di colpa grave perché non vi è un dovere di prestazione alla quale la prima si contrapponga. È quella che abbiamo definito colpa senza prestazione.

Provando ad esemplificare, riportando il discorso all'area delle obbligazioni professionali, può evidenziarsi come la verifica dell'inadempimento del debitore può fermarsi a riscontrare che è intervenuta la morte del paziente cardiopatico (mancata guarigione), e che il medico non ha somministrato un farmaco salva vita. Il giudizio a questo può ridursi e su tale base affermare la responsabilità del debitore (siamo infatti davanti ad una sicura negligenza, nel senso di inottemperanza al dovere di prestazione, del debitore e al mancato conseguimento del risultato), senza un'indagine più approfondita.

Il debitore potrebbe tuttavia affermare e provare ai sensi dell'art. 1218 c.c., che l'adozione di farmaci salvavita non fosse possibile per causa a lui non imputabile, per esempio perché l'intervento è avvenuto in occasione di una rivoluzione armata che ha impedito l'approvvigionamento di tali sostanze.

Un ulteriore giudizio ben più complesso, ricorrerà inoltre in molteplici casi e con diverse implicazioni. In particolare: *a*) in presenza del comportamento dovuto ed in assenza del risultato-interesse il creditore potrebbe ricondurre ad altro comportamento (azione o omissione tenuta con dolo o colpa grave, quest'ultima da intendere secondo l'accezione chiarita) del debitore il pregiudizio del proprio interesse; *b*) in mancanza in tutto o in parte del comportamento dovuto e sempre in assenza del soddisfacimento dell'interesse del creditore, il debitore potrebbe evidenziare una sequenza causale tale da precludere l'interesse *a priori*, o idonea a pregiudicarlo a posteriori, che non sia a lui imputabile (per esempio l'esistenza di patologie pregresse nel paziente che avrebbero comunque condotto ad un peggioramento dello stato clinico o alla morte del creditore).

Nel primo caso il creditore lamenta che quantunque il debitore abbia seguito per quanto gli competeva il percorso "guidato" richiesto dal debito per raggiungere l'interesse (diligenza media o anche massima)²⁵⁴, quest'ultimo è stato tuttavia escluso da dolo o colpa grave dell'obligato, ovvero da comportamenti, estranei alla prestazione, e tuttavia allo stesso debitore imputabili²⁵⁵. Per esempio il chirurgo ha eseguito esattamente l'ope-

²⁵⁴ Come si è più volte spiegato il riferimento alla diligenza vale non tanto a richiamare l'art. 1176 c.c. e il dovere che accompagna la prestazione sul piano esecutivo, quanto il dovere di prestazione nel suo complesso come tale. Nel linguaggio del legislatore è essa stessa la regola di diligenza da seguire per raggiungere il risultato, e la sua violazione integra la colpa lieve se l'inesecuzione è totale, o la colpa lievissima se si tratta di esecuzione inesatta.

²⁵⁵ Il punto è a nostro avviso molto delicato anche quanto a regime probatorio. Si tratta infatti di giudizio ulteriore rispetto a quanto stabilito dall'art. 1218 c.c.

razione e correttamente curato il paziente nel periodo di ricovero; non lo ha viceversa informato adeguatamente delle regole elementari di igiene della ferita da osservare nella fase post-operatoria successiva alla degenza ospedaliera (colpa grave).

Nel secondo caso, nonostante l'assenza della condotta, il debitore andrà esente da responsabilità – ferma restando la valutazione della violazione *pro tempore* dell'interesse del creditore che potrebbe lasciare uno spazio all'operatività di quest'ultima –, dimostrando che l'interesse sarebbe ugualmente mancato nonostante l'esatto adempimento²⁵⁶.

Ai tradizionali giudizi si deve dunque aggiungere da una parte la valutazione della condotta (commissiva od omissiva) tenuta dal debitore, comunque contraddittoria rispetto all'impegno da lui assunto, nella quale va compresa – con le precisazioni già fatte – quella che trascura di assicurare la possibilità della prestazione; dall'altra la ricerca per quanto possibile di processi causali ascrivibili *lato sensu*, anche in via puramente oggettiva, alla sfera del creditore, da soli sufficienti a pregiudicare il di lui interesse, che rendono superflua in tutto o in parte l'esecuzione della prestazione e soprattutto improponibile in tutto o in parte un giudizio di responsabilità del debitore²⁵⁷.

Tra i fatti ascrivibili a dolo o colpa grave del debitore diversi dal difetto della prestazione, potrebbe venire in considerazione il comportamento dell'avvocato che cura scrupolosamente la causa, e contemporaneamente dà consigli all'avvocato di controparte sulla condotta processuale utile all'avversario del proprio cliente. Non si tratta di configurare specifici doveri di prestazione aventi ad oggetto la fedeltà o la segretezza, o intendere questi ultimi come obblighi senza prestazione. Secondo quanto si è detto sul ruolo della buona fede e della correttezza nell'integrare il concetto di interesse, è

²⁵⁶ Ritiene che l'inadempimento rilevi nonostante l'impossibilità non imputabile, argomentando da quanto stabilito in tema di ritardo e mora del debitore dall'art. 1221 c.c., DE MAURO, *op. cit.*, 55 ss.

²⁵⁷ Potrebbe dimostrarsi in tal modo che opera il principio di offensività anche in ambito civile, giacché il perseguimento e la sanzione dell'inadempimento non può intervenire per il semplice difetto della condotta (ampiamente intesa) allorché è mancato oltre che il danno in senso economico e prima ancora di questo, una lesione causalmente riferibile al debitore dell'interesse giuridicamente protetto facente capo al creditore. La rilevanza dell'interesse deve essere dunque salvaguardata sia nel caso di esatta esecuzione della prestazione sia in caso di impossibilità non imputabile della stessa. Questi assolvono la loro funzione estintiva del solo dovere di prestazione e non della obbligazione e ciò in ragione della rilevanza da assegnare al dolo ed alla colpa grave del debitore.

quest'ultimo ad essere direttamente violato da comportamenti difformi dai generali precetti di diligenza (ordinaria, quantunque operante in ambito professionale; colpa grave, che abbiamo altrimenti identificata come ipotesi di colpa senza prestazione, e sempre che non sussista il dolo).

Rispetto ai processi causali non riferibili al debitore dallo stesso adottati per escludere in tutto o in parte la propria responsabilità quando non abbia eseguito in tutto o in parte o esattamente la prestazione, può pensarsi rispetto all'obbligazione dell'avvocato, all'omissione ad opera del cliente di informazioni sulle circostanze di causa, note invece alla controparte e da questa utilizzate in giudizio, in grado di condurre ad una sentenza sfavorevole quand'anche l'avvocato abbia svolto adeguatamente il suo incarico.

Di questa ampiezza di giudizio sono espressioni chiare le vicende giudiziarie e se ne trova diffuso riscontro e documentazione nelle sentenze.

L'ampiezza del dovere del debitore, in positivo ed in negativo, va colta allora, considerando per un verso, specificamente, quei suoi comportamenti od omissioni che esulano dal dovere di prestazione e che sono in grado di pregiudicare l'interesse del creditore; tra questi nonostante la loro peculiarità, vanno compresi i comportamenti che pregiudicano la possibilità della prestazione. In tali casi sarà la volontà e la chiara idoneità della condotta, che integrerà l'inadempimento dell'obbligazione, in quanto comportamento contraddittorio rispetto all'obbligo del debitore di perseguire con la propria prestazione quell'interesse che poi, con una volontà più o meno intensa o comunque con superficialità, pregiudica²⁵⁸.

Di contro, va assegnata la giusta rilevanza a quelle sequenze causali non ascrivibili al debitore e neppure alla sua sfera di pertinenza, che pregiudicano l'interesse a posteriori o piuttosto lo precludono *a priori*, anch'esse in grado di escludere la responsabilità rendendo irrilevante la condotta dell'obbligato e obliterando (annullando) il ruolo causale di essa nel conseguire il risultato disposto per il creditore.

La tendenza della giurisprudenza a spostare immediatamente l'attenzione sulla prova dell'evento non imputabile che ha generato l'impossibilità va attentamente considerata alla luce del quadro delineato.

A rigore la distribuzione dell'onere della prova conseguente all'applicazione dell'art. 1218 c.c. non giustifica che la questione si sposti immedia-

²⁵⁸ Che si tratti di colpa grave può desumersi dalla circostanza che la regola di condotta violata non entra a definire la prestazione quale dovere di condotta specifico in vista del soddisfacimento dell'interesse del creditore.

tamente sull'esistenza di una impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile (posto che sempre si tratti proprio di un simile fenomeno). Se si osserva la sequenza di cui alla norma citata, si deve riconoscere che al debitore spetta l'alternativa tra dimostrare l'esatto adempimento della prestazione o la sua impossibilità, mentre al creditore spetta appunto allegare l'inadempimento. Si può anzi dire che al debitore spettano gli oneri indicati, tra loro alternativi, proprio perché al creditore spetta solo addurre l'inadempimento e non dimostrarlo.

Viceversa molti ragionamenti sembrano presupporre che l'allegazione del pregiudizio dell'interesse del soggetto attivo sia allegazione o addirittura prova dell'inadempimento. Ma così non è. L'interesse del creditore o ha un significato formale e combacia con l'esatta esecuzione della prestazione e può essere contestato con la prova dell'adempimento di questa, oppure la sua insoddisfazione allude soltanto al possibile ma non necessario difetto della prestazione. *L'opus* immateriale infatti non coincide con l'interesse psicologico: questo può mancare nonostante il primo sia stato perfettamente conseguito, per esempio laddove cause contemporanee o successive alla sua realizzazione lo abbiano compromesso impedendo la sua ricaduta naturalistica.

In definitiva la giurisprudenza dovrebbe lasciare al debitore il compito di provare l'esatta esecuzione della prestazione, comprensiva del risultato immateriale acquisito dal creditore: diagnosi richiesta corretta, intervento chirurgico a regola d'arte. Tali prestazioni sono comprensive del risultato giuridico. Solo la violazione diretta da parte del debitore dell'interesse del creditore in presenza di una esecuzione impeccabile, potrebbe giustificare la responsabilità per dolo o colpa grave. Sembra plausibile ritenere che tali ipotesi, a fronte della prova dell'esecuzione della prestazione da parte del debitore, costituiscono oggetto di prova da parte del creditore.

21. (Continua). Il nesso di causalità

Se si esaminano le sentenze in tema di responsabilità professionale, soprattutto medica, emerge come al centro delle vicende vi sia sempre il nesso di causalità²⁵⁹.

²⁵⁹ Normalmente si richiede al cliente, soprattutto rispetto all'ambito medico, di provare il nesso di causalità tra condotta del professionista e danno. Cfr. in tal senso, Cass., 11.5.2009, n. 10743, citata da DE LUCA, *La responsabilità civile del medico*, Roma, 2012, 24 ss. All'apparenza la formula sembra rifarsi al principio che pone in capo al creditore la prova del danno,

Per quanto si è fin qui sostenuto, il contenuto dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., è comprensivo della condotta e dei mezzi del debitore, ma presenta altresì una dimensione oggettiva, in ragione della applicazione dei primi ad un substrato qualificato anche giuridicamente. Ciò consente di parlare della prestazione come di un processo di trasformazione della realtà in vista del conseguimento dell'interesse del creditore, ed induce a ricondurre al rapporto obbligatorio la definizione di una precisa relazione causale.

Come detto questo implica che il debitore sia tenuto in ragione del rapporto di causalità dedotto in obbligazione. Tale dato ha una particolare importanza nelle obbligazioni professionali soprattutto del medico e dell'avvocato per una serie di ragioni. Tra queste, tre meritano un'apposita considerazione.

La prima attiene alla circostanza che la determinazione del contenuto dell'obbligazione e dunque la identificazione della condotta e dei mezzi da applicare in vista del raggiungimento del risultato è, per quanto chiarito sopra, oggetto essa stessa del dovere di prestazione del professionista. Dunque l'inidoneità della prestazione, così come definita dal professionista, a raggiungere il risultato-interesse potrà costituire ipotesi di inadempimento e fonte di responsabilità professionale.

La seconda considerazione è che la condotta ed i mezzi dedotti possono essere con certezza o probabilità legati ad un risultato materiale/immateriale e giuridico oppure può sussistere un legame solo probabile tra tali elementi della prestazione, così che quest'ultima viene ad integrare un percorso incerto. Il dato richiama l'applicazione dell'art. 2236 c.c.

ma in verità parrebbe sovvertire le regole, sulla prova dell'inadempimento. Il profilo delle conseguenze dannose suppone infatti che sia già ascritto l'inadempimento al debitore e concerne esclusivamente la traduzione della lesione in denaro. Su tale orientamento della giurisprudenza ritorneremo. Le cose cambiano e le regole sull'inadempimento risultano rispettate se esse si riferiscono esclusivamente al debito di prestazione. La causazione diretta del pregiudizio dell'interesse del creditore invece, seppure fonte di responsabilità contrattuale, fuoriesce dal regime probatorio dell'art. 1218 c.c.

Critica tale soluzione giurisprudenziale volta a porre in capo al creditore la prova del nesso causale tra inadempimento e danno perché contraria ai principi evidenziati in materia di responsabilità contrattuale dalle Sezioni Unite del 2001, la sentenza Cass., 11.1.2008, n. 577, cit. Per quest'ultima il creditore dovrebbe solo allegare un inadempimento che tuttavia sia almeno astrattamente efficiente a produrre danno. L'orientamento criticato potrebbe piuttosto trovare una giustificazione laddove il creditore intenda addurre il dolo e la colpa grave del professionista che abbia in tal modo leso direttamente il suo interesse indipendentemente dalla violazione del dovere di prestazione che, per il resto, potrebbe essere stata perfettamente eseguita. In tal caso in base a quanto diremo, la prova del dolo o della colpa grave è probabilmente da ritenere a suo carico. Sul problema v. *infra*.

La terza considerazione è che, dato un percorso da seguire (prestazione), può essere solo probabile la soddisfazione dell'interesse di tipo psicologico naturalistico, perché in questi campi, più facilmente che altrove, è dato ipotizzare circostanze in grado di precluderlo, in genere pregiudicando il risultato giuridico una volta che il ciclo della prestazione è compiuto. Allorché ciò avvenga, ovvero se la prestazione è solo probabilisticamente legata al raggiungimento dell'interesse, il problema del nesso causale si articola in due direzioni esattamente opposte.

Come detto il suo carattere probabilistico consente di escludere in prima battuta la responsabilità del debitore che abbia fatto quanto gli compete. L'esecuzione della prestazione, come detto, implica il completamento del ciclo in cui essa si traduce, con ingresso del risultato materiale o immateriale nella sfera del creditore, che qui si assume in ipotesi avvenuto. Ciò potrebbe non essere stato tuttavia sufficiente ad innescare il meccanismo causale virtuoso a favore del cliente. In tali circostanze può ugualmente parlarsi di adempimento, nonostante la mancanza del risultato-interesse.

L'ipotesi lascia aperta però, secondo quanto sopra esposto, l'eventualità che esista un nesso causale tra ulteriori comportamenti (azioni od omissioni) del debitore, differenti dal dovere di prestazione, che abbiano pregiudicato l'interesse del creditore (dolo o colpa grave).

Qualora invece la prestazione sia mancata, questo dovrebbe condurre di per sé a riconoscere la responsabilità del debitore; la rilevanza dell'interesse tuttavia induce ad ammettere che l'obbligato, oltre ad andare esente da responsabilità provando l'impossibilità non imputabile della prestazione, possa dimostrare come l'esatta esecuzione di essa non avrebbe comunque consentito (probabilisticamente, secondo il criterio del più probabile che non) la realizzazione dell'interesse, in forza di una sequenza causale a lui non imputabile, differente dall'omessa prestazione, che ha determinato da sola il pregiudizio dell'interesse medesimo²⁶⁰.

Tali eventualità e la loro complessità spiega, per quanto non giustifichi, e non ne attesti necessariamente l'esattezza, la varietà delle opinioni espresse in tema di obbligazioni professionali. Se si muove dall'idea, da molti accolta, che si tratti o di obbligazioni di mezzi, o di obbligazioni il cui risultato sia costituito dalla sola diligenza nella esecuzione, si dovrebbe affermare che nelle ipotesi considerate in cui è assente o inesatta la condotta, ricorra sem-

²⁶⁰ Al problema delle concause e della loro rilevanza si è accennato sopra.

pre la responsabilità a prescindere dalla soddisfazione dell'interesse di controparte.

La soluzione pare insoddisfacente. La tesi che sposta la questione (soprattutto) sull'onere della prova, a sua volta, mostra di cogliere un aspetto del problema, ma sembra insufficiente anch'essa ad offrirne una soluzione complessiva. Secondo tale opinione, la soddisfazione dell'interesse sarebbe nelle obbligazioni di mezzi solo probabile, così che se è stata eseguita la prestazione, risulterebbe più facile al debitore andare esente da responsabilità per difetto del primo (interesse)²⁶¹. Tale conclusione merita un approfondimento ed infatti su di essa torneremo; non siamo stati in grado di dire come ragioni nel caso in cui manchi tanto la prestazione, quanto il soddisfacimento dell'interesse; si tratta di sapere infatti se ricorrendo tale eventualità, in base all'impostazione prospettata, che fa leva sul nesso causale di mera probabilità tra prestazione ed interesse, deve ritenersi altrettanto facile o invece più difficile per il debitore "di mezzi" come da essa inteso, incorrere in responsabilità.

Secondo la concezione da noi accolta il debitore può invece, laddove difetti la condotta, andare esente da responsabilità provando un processo causale che avrebbe precluso comunque²⁶² di conseguire l'interesse del creditore²⁶³. D'altra parte, la inesecuzione della prestazione, come la sua esecuzione in assenza di risultato-interesse, lascerà ferma la responsabilità per il caso di dolo o colpa grave del debitore.

²⁶¹ Cfr. D'AMICO, *La responsabilità ex repto*, cit., *passim*, e spec. 174 ss.

²⁶² Stiamo parlando cioè pur sempre di una impossibilità sopravvenuta e non originaria.

²⁶³ Si potrebbe affermare, ma il condizionale è d'obbligo, che al debitore non sia sufficiente addurre e dimostrare che l'esito desiderato sarebbe mancato (anche in occasione della esecuzione della prestazione) con la stessa probabilità negativa con cui tale eventualità era messa in conto all'origine dell'obbligazione, e ciò proprio perché tale circostanza è assunta come un dato già nella fase di programmazione di quest'ultima. Accogliendo tale premessa al debitore sarebbe possibile invece dimostrare delle sequenze causali che abbiano introdotto nuove e ulteriori probabilità rispetto al mancato conseguimento dell'interesse. Altrimenti la sua astensione non potrebbe ritenersi giustificata. Non siamo tuttavia sicuri che simile impostazione sia fondata. Essa, ancora una volta, rovescerebbe sul piano probatorio una questione i cui principi il legislatore intende definire sul piano sostanziale, riservando al profilo processuale il ruolo secondario e consequenziale (non per questo marginale) che gli è proprio. Se allora si ritiene che l'obbligazione sia un dovere di cooperazione e non una garanzia contro i rischi, deve ritenersi che anche in difetto della propria prestazione o di sua inesattezza il debitore possa provare che il risultato-interesse sia mancato per cause ascrivibili al creditore ovvero che sarebbe comunque mancato (secondo il principio probabilistico) nonostante la esatta esecuzione della prestazione (quand'anche ciò fosse assunto già all'atto del sorgere dell'obbligazione). Ciò, d'altronde, è confermato dall'art. 2236 c.c.

L'azione di responsabilità contrattuale interferendo sulla realtà e su molteplici collegamenti causali che concernono gli accadimenti, può aprire dunque, ad un giudizio particolarmente complesso, specie, seppure non solo, nelle obbligazioni di natura professionale.

Gli aspetti che vengono in considerazione non sono tutti regolati dall'art. 1218 c.c., il che rende particolarmente delicato il problema della distribuzione dell'onere della prova e con esso quello delle conseguenze del suo mancato assolvimento (impropriamente talvolta indicato come rischio della causa ignota). Se si ritiene che alcuni dei fenomeni in discorso, come i comportamenti del debitore tenuti con dolo o colpa grave, che pregiudicano l'interesse, per quanto presupposti dalla regola di cui all'art. 1218 c.c. non siano direttamente dalla stessa coperti – poiché, in verità, da questa implicati solo indirettamente per incompatibilità logico-giuridica –, dovrebbe valere per essi l'art. 2697 c.c.

In altri termini, a fronte della prova di una condotta diligente da parte del debitore, il “creditore potrebbe provare” comportamenti ulteriori tenuti dal primo con dolo o colpa grave, e quindi facilmente identificabili, che abbiano pregiudicato l'interesse dedotto in contratto. A fronte della mancata esecuzione della prestazione, sarà invece il debitore che potrà provare l'esistenza di processi causali differenti, da soli sufficienti a provocare il pregiudizio dell'interesse del creditore, ovvero che l'esecuzione della prestazione non avrebbe comunque modificato l'esito infausto realizzatosi.

Sul tema peraltro si ritornerà più diffusamente in seguito.

22. (Continua). Proprietà e rischio nell'obbligazione

La soluzione del problema dei limiti della responsabilità del debitore deve ritenersi fondamentalmente unitaria nel senso che il criterio individuato deve considerarsi applicabile a qualunque tipo di rapporto obbligatorio. Non pare infatti giustificata una deviazione dal principio dettato dall'art. 1218 c.c. per nessuna categoria di obbligazioni, neppure per quelle così dette di mezzi.

D'altra parte, la stessa idea che esistano obbligazioni di “soli” mezzi non appare convincente, quale che sia la particolare interpretazione e spiegazione offerta per tale configurazione²⁶⁴. Non persuade a dire il vero, neppure l'opinione, pur autorevolmente sostenuta, secondo la quale in tale genere di

²⁶⁴ Rileva la mancanza di un vero e proprio fondamento normativo della distinzione, FORTINO, *op. cit.*, 48 ss.

obbligazioni mancherebbe il risultato inteso come entità ontologicamente distinta dal comportamento del debitore, mentre vi sarebbe un risultato concepito come una qualità intrinseca alla condotta, rappresentato dal rispetto della diligenza propria della professione esercitata²⁶⁵.

Non si vede infatti perché il creditore di simili obbligazioni dovrebbe fare un passo indietro rispetto allo scopo che ha di mira, sottostante alla sua volontà contrattuale, e perché si debba considerare peculiare, o addirittura esclusivo di tali tipi di obbligazione, che il debitore debba adeguarsi alle regole di condotta imposte dalla diligenza in tutte le sfaccettature di cui questa è composta e, in ipotesi, implicate dal tipo di prestazione dedotta²⁶⁶.

Quanto detto non impedisce di prendere atto dell'eventuale differenza pratica tra le diverse obbligazioni, una differenza che però non attiene a profili strettamente giuridici di esse, posto che anche la struttura dell'obbligazione, come la disciplina dei limiti della responsabilità, debbono ritenersi comuni a tutte²⁶⁷.

Dal discorso svolto fin qui emerge sia la varietà dei concetti di risultato che entrano in obbligazione, sia come uno di questi, ovvero l'interesse del creditore, quantunque dotato di dimensione oggettiva in forza del suo ingresso entro al causa del contratto e quale criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione, resta pur sempre irriducibile alla prestazione, anche quando, come è corretto, essa venga considerata comprensiva e dei mezzi e del risultato giuridico. Il processo di trasformazione del reale in cui essa si traduce, offre solo e sempre uno strumento, una condizione, perché si realizzi un circolo causale virtuoso che conduca alla soddisfazione dell'interesse del creditore, ma non la garantisce.

Il completamento dell'esecuzione della prestazione, inoltre, collocando il risultato materiale entro la sfera del soggetto attivo, lascia che siano poste a

²⁶⁵ Cfr. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 130 s.; ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 313 e 366 ss. Analoga impostazione è adottata da CATTANEO, *op. cit.*, 47 s., che rileva il contenuto relativo della contrapposizione mezzi-risultato, pur riconoscendo che il risultato avuto di mira dal cliente del professionista non può che essere la realizzazione dell'interesse che lo muove al contratto. Come si è detto inoltre, la valutazione finale di esattezza richiede sempre un confronto tra l'attività esecutiva e l'attività programmatica, e il completamento della prima non implica necessariamente che il giudizio conseguente al confronto sia positivo.

²⁶⁶ Il rilievo per cui ogni rapporto obbligatorio richiede tanto la tensione verso un risultato, quanto l'applicazione della diligenza nel perseguirlo è ricorrente nei critici della dicotomia. Cfr., fra gli altri, BIANCA C.M., *L'obbligazione*, cit., 71 ss.; PERULLI, *op. cit.*, 449 ss.

²⁶⁷ Sulle opinioni in ordine alla struttura dell'obbligazione, cfr. FORTINO, *op. loc. ult. cit.*

carico di quest'ultimo le sequenze che interferiscono negativamente con detta soddisfazione. D'altra parte che ci sia un insuperabile iato dovuto alla differenza di natura tra trasformazione della realtà materiale e giuridica da un lato e conseguimento dell'interesse dall'altro, è incontrovertibile. Non che l'interesse non abbia una dimensione misurabile e giuridicamente accertabile, ma non ha solo questa. Esso è da intendere come l'esito positivo del giudizio/confronto tra prestazione programmata, e prestazione eseguita, ma non si esaurisce in ciò. Tale equivalenza è legata ai limiti dei mezzi umani e giuridici e lascia sempre aperta la possibilità che quanto compiuto non soddisfi l'interesse del creditore. Il che vale per tutte le obbligazioni, per quanto la valutazione possa essere resa particolarmente difficile dalla natura immateriale dell'opera.

In particolare, per ciò che attiene alla struttura dell'obbligazione, anche del professionista intellettuale, è difficile eludere il chiaro dato normativo di cui all'art. 1174 c.c., che colloca entro l'obbligazione tanto la prestazione, che include un'ineliminabile componente ascrivibile alla persona o più in generale alla sfera del debitore, quanto il soddisfacimento dell'interesse del creditore²⁶⁸. Va peraltro precisato che se entrambi entrano in obbligazione, il regime giuridico è differente tra la prima ed il secondo, ed ancora è diverso il trattamento tra quanto entro la prestazione attiene alla sfera del debitore, comprensivo evidentemente oltre che del comportamento qualificato da diligenza, anche dei mezzi o strumenti tecnici a lui richiesti per realizzare il secondo, e ciò che attiene invece alla sfera del creditore.

A questo proposito va ricordato come anche il comportamento del creditore che violi il dovere di prestazione, altrimenti ascrivibile al debitore (colpa semplice) o agisca dolosamente o con colpa grave contro il proprio interesse, assume rilevanza seppure con ricadute differenti rispetto a quelle prodotte da sequenze riconducibili al debitore²⁶⁹.

²⁶⁸ Va tenuta ferma peraltro la distinzione del momento programmatico da quello esecutivo dell'obbligazione: solo la perfetta aderenza del secondo al primo integra, in prima battuta ed in linea di massima, la soddisfazione del creditore. Per le concezioni in tema di obbligazione cfr. FONDRIESCHI, *op. cit.* La visione più moderna del rapporto obbligatorio, tende a coinvolgere in esso condotta e risultato, ma, ci permettiamo di evidenziare, non sempre distinguendo compiutamente i differenti concetti di risultato e soprattutto la loro collocazione.

²⁶⁹ La valutazione in termini di colpa della condotta del soggetto che non sia conforme al raggiungimento del suo stesso interesse o che senz'altro lo violi, è a nostro giudizio una trasposizione rispetto al creditore delle regole di comportamento che dovrebbe seguire il debitore. Sull'art. 1227 c.c. e sul concetto di autoresponsabilità, cfr. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Napoli, 2004, spec. 20 ss., ed *ivi* ulteriori citazioni; cfr., da ultimo, TASSONE, *op. cit.*

Corollario della distinzione tra regime della prestazione e regime del risultato strettamente inteso come sopra precisato, è che il risultato-interesse, pur essendo previsto, non entra in obbligazione in via assoluta (e ciò vale si badi per qualunque tipo di obbligazione). Non solo infatti il debitore è “tenuto” a realizzarlo solo in ragione della prestazione, ma anche il giudizio di impossibilità è differente a seconda che attenga alla prima o piuttosto al secondo. Resta salva la responsabilità se il pregiudizio di quest’ultimo consegue a comportamenti od omissioni differenti dalla prestazione strettamente intesa e piuttosto contraddittori rispetto ad essa, che il legislatore pare comprendere nel concetto di dolo e colpa grave²⁷⁰.

La relatività del regime da applicare alla prestazione lascia inoltre aperta l’eventualità, questa volta a vantaggio del debitore che pure non esegua la condotta, di non rispondere, anche in mancanza di impossibilità della prima, del difetto dell’interesse che sia stato precluso da sequenze causali non solo a lui non imputabili, ma collegate alla sfera del creditore.

La ripartizione in diverse fasi della prestazione infine, per quanto quest’ultima sia un concetto fondamentalmente unitario che ha la natura dinamica propria di un processo di trasformazione della realtà, consente di evidenziare, seppure in modo approssimativo, come possa realizzarsi una compenetrazione tra sfera del creditore e sfera del debitore. Entro il concetto di prestazione occorre dunque distinguere i mezzi del debitore e i comportamenti di quest’ultimo funzionali all’esecuzione²⁷¹ dai mezzi e comportamenti del creditore. I primi, i mezzi, sono soggetti al regime del rischio legato alla rispettiva sfera di appartenenza, i secondi, i comportamenti, meritano un vaglio anche alla luce della funzionalità (diligenza) che presentano rispetto al risultato da conseguire.

Innanzitutto, dunque, il pregiudizio del risultato-interesse o la impossibilità di esso, va concettualmente distinto dalla impossibilità della prestazione. Qualora il primo dipenda da eventi che derivino dalla sfera del creditore e non siano ascrivibili al debitore né oggettivamente né, a maggior ragione, soggettivamente, essi, oltre ad escluderne la responsabilità lasciano fermo il suo diritto al compenso nella misura in cui egli abbia eseguito la prestazione,

²⁷⁰ Sebbene con un linguaggio che può apparire discutibile, il legislatore mostra infatti di identificare la “colpa lieve” con il comportamento che disattende quanto stabilito in obbligazione per raggiungere il risultato; con “dolo” e “colpa grave” invece, il comportamento (comprese le omissioni) più – dolo – o meno – colpa grave – consapevole volto a pregiudicarlo.

²⁷¹ Per la unificazione del trattamento dei presupposti necessari a ricevere la prestazione e di quelli necessari ad eseguirla facenti capo al creditore, cfr. CABELLA PISU, *op. loc. cit.*

ovvero si sia concluso un ciclo che muovendo dalla sua condotta è approdato all'acquisto del creditore²⁷².

È questione aperta, invece, quella relativa alle conseguenze da ascrivere ad eventi, riconducibili oggettivamente alla sfera del creditore, che "impediscono" la conclusione del processo esecutivo. La disciplina della mora del creditore contempla le implicazioni del rifiuto di cooperazione, così regolando un comportamento preclusivo di carattere volontario che non risolve qualunque problematica. La norma in materia (art. 1207 c.c.) ribadisce tuttavia significativamente il criterio della proprietà; precisamente mostra di invertirlo laddove il passaggio ad un nuovo regime proprietario della prestazione sia escluso dalla volontà del creditore.

Se si applica anche alle ipotesi non costituenti mora il criterio della proprietà, potrebbe concludersi che laddove quanto richiesto dal debitore per eseguire la prestazione sia stato compiuto, il venire meno della sfera del creditore necessaria per ricevere il *facere*, dovrebbe lasciare fermo il diritto del debitore non alla controprestazione, posto che manca la prestazione da retribuire, ma al rimborso delle spese utili. Tale concetto adottato dal legislatore in tema di appalto in presenza di circostanze che giustificano la scelta del creditore di rifiutare l'esecuzione della prestazione, sembra comprendere le spese effettuate al solo scopo del completamento della prestazione a favore del creditore e dunque riferibili giuridicamente alla sua sfera giuridica (in quanto compiute per suo conto).

La conclusione esposta si avvale, tra l'altro, sia del superamento di una prospettiva riduttiva del rapporto obbligatorio quale quella che lo considera come entità isolata, a favore invece di una più ampia interpretazione che dia rilevanza al contratto nel quale lo stesso è inserito²⁷³, sia del ripensamento teorico del concetto e della disciplina del rischio. Sarebbe fuor di luogo esaminare approfonditamente il problema. Basterà fermarsi ad alcune considerazioni, che appaiono peraltro indispensabili.

²⁷² V. *supra*, § 15.

²⁷³ Il richiamo a valorizzare il concetto di responsabilità contrattuale come responsabilità in senso stretto "da contratto", piuttosto che come *sineddoche* in grado di riferirsi alla responsabilità per inadempimento di una obbligazione, da qualunque fonte prodotta, si trova espresso da MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 115, che rileva come il problema dei limiti della responsabilità contrattuale si ponga soprattutto per i rapporti nascenti da negozi o da atti, come la gestione di affari altrui, ad essi assimilati; negli altri casi, infatti, il contenuto normalmente pecuniario dell'obbligazione supera e rende irrilevante la questione. Il fenomeno dei rischi connessi alla perdita della controprestazione, rende ulteriormente necessario allargare l'angolo di osservazione al rapporto contrattuale *tout court*.

Taluni eventi che si producono nella sfera del creditore ricadono su di lui in termini di rischio. A questo esito teorico può pervenirsi senza estendere oltre misura la normativa sulla mora *credendi*, da limitarsi invece all'ambito di applicazione per essa definito dal legislatore e che non a caso riguarda le ipotesi ed il momento in cui la prestazione debba "entrare" nella sfera del creditore²⁷⁴.

Va piuttosto desunto dal sistema ed evidenziato il principio, che a buon titolo può definirsi fondamentale e generalissimo, ancorché non espresso, relativo al regime del rischio nelle relazioni contrattuali, chiarendo e comprendendo il percorso attraverso il quale si è finito con l'occultarne l'esistenza e la portata. Ad esso si è contrapposto impropriamente il principio per cui sarebbe il debitore a sopportare il rischio della mancata realizzazione del risultato (*casus sentit debitor*). Egli come si è detto, sopporta effettivamente gli eventi che nonostante la sua attività precludono l'acquisto del risultato alla sfera del creditore, ciò non significa peraltro che tutti i rischi siano a suo carico.

La regola concepita per i contratti traslativi si è infatti sovrapposta ad un comando di contenuto più ampio, applicabile anche ai rapporti obbligatori, che ben si combina, tra l'altro, con il regime adottato in caso di trasferimento dei diritti. Secondo tale generalissimo precetto, a nostro avviso inequivocabile, le parti di un contratto, ed anche di un semplice rapporto obbligatorio, subiscono il rischio del perimento e deterioramento fortuito di quanto appartiene alla propria sfera giuridica e personale senza poterlo riversare in alcun modo – né ricevendo ugualmente la controprestazione, né essendo esonerati dal suo pagamento –, sulla sfera giuridica e patrimoniale altrui. Simile ricostruzione comporta che se un evento impedisce la completa realizzazione del risultato materiale (in senso ampio) e di quello giuridico implicato nel concetto di prestazione, il debitore è liberato; il diritto alla controprestazione viene meno, posto che matura con l'integrale processo di

²⁷⁴ L'eccezionalità della disciplina sulla mora riguarda quelle conseguenze che sono da porre in stretta relazione con l'onere del creditore di ricevere la prestazione. Rispetto a tale ambito, l'inosservanza dell'onere, senza escludere l'obbligazione medesima, azzera le conseguenze negative connesse all'inadempimento e dunque la responsabilità, e le implicazioni connesse all'impossibilità e dunque al rischio. Laddove ci si trovi al di fuori della mora in presenza di un evento che orbita nella sfera del creditore e interrompe l'esecuzione della prestazione, le opere saranno da pagare con il corrispettivo solo se utili, ovvero se acquisite dal creditore, e le spese saranno da rimborsare solo nella misura in cui sono giuridicamente riferibili al creditore ancorché erogate dal prestatore d'opera (costituendo attività giuridica per conto altrui) e ancora non trasformate in opera.

esecuzione. Resterà tuttavia fermo il diritto alla controprestazione parziale, laddove la prestazione abbia completato un ciclo di esecuzione seppure in una sua parte, ovvero una parte della prestazione abbia avuto ingresso nella sfera del creditore²⁷⁵.

Se poi l'impossibilità ascrivibile al soggetto attivo, attiene al risultato giuridico, dunque quanto è nel potere e dovere del debitore compiere è stato realizzato e c'è un'impossibilità a ricevere il *facere* esclusivamente pertinente alla sfera del creditore, il debitore avrà diritto non già al corrispettivo posto che manca anche in tal caso la reciproca prestazione, ma al rimborso delle spese eseguite che abbiano esclusiva destinazione alla sfera del soggetto attivo. Il concetto di spese utili infatti ben evidenzia una fase di incompleta attuazione che, se dovuta a ragioni ascrivibili oggettivamente al creditore, merita quanto meno il rimborso, mentre non sarà da pagare la prestazione che non c'è stata.

Il principio del rischio qui enunciato, richiede un'evidente precisazione allorché la sopravvenienza incida su di un bene in transito da una sfera all'altra; in tale caso, infatti, solo una scelta legislativa (o contrattuale) può stabilire in quale momento fermare, per così dire, il fotogramma e indicare su chi far ricadere economicamente l'esito infausto. Detta regola, contenuta nell'art. 1465 c.c., conferma peraltro quella più generale e sottintesa al sistema, secondo la quale, salva l'applicazione della norma citata, allorché vi sia un passaggio di titolarità in corso programmata dal contratto, e sono in gioco beni appartenenti ad un determinato soggetto, ed a maggior ragione qualora siano coinvolte le prerogative fondamentali della persona, il rischio degli eventi fortuiti ricade sul titolare del bene compromesso²⁷⁶.

Il rischio graverà dunque sulla sfera del debitore qualora l'evento non imputabile abbia direttamente coinvolto la possibilità della condotta e dei mezzi richiesti al medesimo, nonché, più in generale, la situazione che spetta allo stesso debitore conservare integra per conseguire il risultato (assicu-

²⁷⁵ Non rileva qui se l'evento sia imputabile alla sfera di un soggetto in termini di causalità, quanto che, pur non essendo collegato alla condotta dolosa o colposa di alcuna parte, incida invece su beni dell'una o dell'altra. Significativi, in tema di appalto, appaiono gli artt. 1672 (che parla di impossibilità dell'"esecuzione" dell'opera non imputabile ad alcuna parte) e 1673 c.c. (che regola il perimento dell'opera prima dell'accettazione, distinguendo tra la materia e tutto il resto – quest'ultimo di sicura pertinenza dell'appaltatore – e rispetto alla materia distingue in ragione della sua appartenenza al debitore o al creditore).

²⁷⁶ In tema di appalto cfr. artt. 1672 e 1673 c.c. Sull'ultima norma citata e, più in generale, sul passaggio del rischio nell'appalto, v., di recente, DORE JR., *op. cit.*, spec. 97 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

rando la possibilità della prestazione). Nella misura in cui peraltro sia stata già acquisita la prestazione (o parte di essa) alla sfera di controparte, egli avrà diritto al compenso per l'opera utile così definita (ovvero già appartenente al creditore).

Come detto, va valorizzata inoltre la circostanza che il legislatore riferisca l'impossibilità alla prestazione e non al risultato *tout-court*. Premessa la molteplicità dei significati di risultato, quello che abbiamo chiamato "risultato-giuridico", ovvero l'*opus* immateriale acquisito alla sfera del creditore, è interno alla prestazione. Quello di origine psicologico-naturalistica è ad essa esterno. Ciò significa che il debitore è chiamato a mantenere integro il secondo, il risultato-interesse, solo nella misura in cui ciò dipende dalla prestazione complessivamente considerata. Escludere tutte le restanti circostanze dall'area del debito e dunque, dall'area della responsabilità e del rischio del debitore, ancorché concernenti il risultato, comporta che nonostante da esse possa derivare lo scioglimento del rapporto, le medesime non potranno invece determinare la perdita del diritto del debitore al corrispettivo per l'opera che abbia comunque svolto (nella misura in cui abbia avuto ingresso nella sfera del creditore). A questo si aggiunge la possibilità evidenziata di maturare il diritto anche al rimborso delle spese per quanto non sia stato ancora acquisito se, ad opporsi al completamento, sono impedimenti ascrivibili in via esclusiva alla sfera del creditore²⁷⁷. Ciò sul presupposto che trattandosi di spese assunte per conto (o nell'interesse altrui) sono da riferire alla sfera del soggetto attivo²⁷⁸.

23. (Continua). Probabilità del risultato e rischio della causa ignota

L'art. 2236 c.c. ha indubbiamente un ruolo per definire la natura delle prestazioni d'opera professionale rispetto alle altre obbligazioni. In primo luogo la norma riferendosi alla "soluzione di problemi" tecnici di particolare difficoltà dimostra, ancora una volta, che il legislatore non intende rinunciare a valutare la prestazione del professionista in ragione del conseguimento di un risultato: quello qui preso in considerazione è l'*opus* immateriale, o meglio la sua acquisizione alla sfera del creditore (risultato giuridico) al

²⁷⁷ Sul dibattito in ordine alle conseguenze dell'impossibilità cfr. *ibidem*, al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁷⁸ È evidente qui l'opportunità di applicare le regole sull'agire per conto ed in particolare quelle dettate in tema di mandato. Cfr. sul punto LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit.

fine della soluzione dei problemi da lui prospettati (risultato-interesse). In secondo luogo, come si vedrà commentando la disposizione (v. il commento all'art. 2236 c.c.), essa esplicita che la responsabilità va determinata sulla base del giudizio di possibilità o di mera probabilità che lega la condotta al risultato giuridico – fermo restando che nessuna debolezza causale può andare a vantaggio di un debitore che tenga comportamenti logicamente contraddittori rispetto all'impegno assunto ledendo direttamente l'interesse del creditore, e ciò in ragione del limite del dolo e della colpa grave –.

L'incertezza ha una differente valenza a seconda che concerna gli elementi che integrano la prestazione, o piuttosto il legame tra essa ed il risultato esterno, di natura psicologica (interesse del creditore). Si è rilevato, in particolare, che qualora sia il rapporto di causalità tra prestazione e interesse ad essere incerto, se la condotta è stata eseguita a regola d'arte, lì non potrà essere rilevata in linea di principio alcuna responsabilità del professionista (salvo i casi estremi suddetti del dolo e della colpa grave). Il debitore sarà chiamato a rispondere per la mancata realizzazione tramite la prestazione dell'interesse del creditore che all'atto del sorgere dell'obbligazione sia possibile o probabile soddisfare, secondo il grado di possibilità e probabilità che può ravvisarsi all'origine.

D'altra parte, si è visto che il dato non può ritorcersi né a favore né contro il debitore nel caso di omessa o inesatta esecuzione della prestazione. Si può ipotizzare che laddove abbia omesso il comportamento dovuto egli sia ammesso a dimostrare che il pregiudizio dell'interesse del creditore si sarebbe verificato ugualmente, anche in presenza di esecuzione della prestazione e di sua esattezza²⁷⁹.

Le considerazioni svolte potrebbero trovare un riscontro proprio nell'art. 2236 c.c., che fa salva in taluni casi la sola lesione diretta dell'interesse del creditore per dolo e colpa grave. La norma consente al debitore di andare esente da responsabilità anche in caso di mancata esecuzione o

²⁷⁹ Si pone peraltro il dubbio se egli sia tenuto ad addurre e a provare che ci sia stata una variazione nel grado di probabilità in ordine all'esito negativo della prestazione, o se sia a lui sufficiente addurre e provare che, al momento dell'attuazione, è rimasto invariato il grado di probabilità esistente all'atto del sorgere dell'obbligazione (in ipotesi assunta senza certezze sul raggiungimento del risultato positivo, o addirittura con maggiori probabilità circa l'esito insoddisfacente). La soluzione è infatti discutibile. Limitare l'esonero al caso in cui, l'insuccesso, sia divenuto in corso d'opera sicuro o più probabile di quanto non fosse in partenza, ripropone un approccio al problema della responsabilità del professionista che tende impropriamente a sovrapporre la questione della responsabilità con il tema del rischio ed in particolare del rischio in ordine al mancato conseguimento dell'interesse del creditore.

di sua inesattezza della prestazione, laddove sussista una grave incertezza circa l'esito positivo dell'iniziativa, nonostante tale incertezza sia assunta come premessa all'atto del sorgere dell'obbligazione. La difficoltà, *rectius*, incertezza, cui rinvia l'art. 2236 c.c. può concernere sia il rapporto tra prestazione da un lato, e risultato-interesse, dall'altro, sia, soprattutto gli stessi legami causali entro il concetto di prestazione: in quest'ultima ipotesi è la stessa prestazione ad essere indefinita. La mancata identificazione precisa di un percorso da seguire rende difficile applicare la prestazione quale parametro per verificare e fondare la responsabilità del debitore e lascia aperta in via pressoché esclusiva la valutazione della responsabilità fondata sul dolo o sulla colpa grave, secondo i significati più volte ripetuti in questa sede, ovvero fondandola al di fuori della violazione della regola di prestazione.

Sia quando l'incertezza attiene al rapporto tra prestazione e risultato-interesse, sia quando attiene agli stessi legami causali interni alla prestazione, occorre comunque valutare quanto tali incertezze reagiscano sul regime del rischio, ferma restando l'elasticità che i criteri di determinazione del compenso professionale introducono.

Si è già evidenziato come sia importante distinguere tra impossibilità della prestazione ed impossibilità del conseguimento dell'interesse. La prima se non è imputabile esclude la responsabilità. Il giudizio di imputazione non può peraltro avere il medesimo contenuto se attiene ad elementi che concernono la sfera del debitore o quella del creditore. Questi ultimi sono nel controllo del debitore nella misura strettamente necessaria all'esecuzione della prestazione: così, nel campo della prestazione d'opera manuale, se la materia prima è fornita dal committente, la distruzione che dipenda da vizi intrinseci di essa che non rientra nella prestazione dell'appaltatore verificare e rilevare, varrà ad escludere che ricada sul debitore non solo la responsabilità ma anche il rischio del perimento, ferma restando la perdita della controprestazione per il lavoro svolto che non si sia tradotto in opera utile.

Qualora l'impossibilità attenga direttamente all'interesse, senza passare per gli elementi della prestazione, essa è senz'altro a carico del creditore. Sul piano probatorio se l'esecuzione della prestazione è avvenuta correttamente, è il creditore a poter rovesciare sul debitore la responsabilità per il pregiudizio dell'interesse provando il dolo e la colpa grave, così che subisce il rischio, ma il termine pare a questo punto del tutto improprio, della causa ignota. Si riassume con tale formula un preciso regime sostanziale, relativo ai comportamenti lesivi dell'interesse, differenti dalla violazione del dovere di prestazione e il conseguenziale onere probatorio. Altrimenti, se manca

l'esatta esecuzione della prestazione è il debitore a dover offrire la prova della sequenza causale a lui non imputabile, ma appunto trovandoci al di fuori del dovere di prestazione non pare corretto parlare di rischio della causa ignota, e tanto meno evocare la necessità di individuare l'evento specifico che ha determinato la lesione.

La definizione delle obbligazioni professionali come obbligazioni di mezzi ha assicurato per lungo tempo che venisse posto a carico del cliente il rischio sostanziale del mancato conseguimento del risultato-interesse, o quanto meno il rischio processuale della mancata identificazione della causa che ha precluso quest'ultimo. Il superamento della dicotomia parrebbe al contrario dover rovesciare entrambi i rischi sul professionista: ma così non è.

La natura di risultato di un'obbligazione non ha mai significato che il debitore debba rispondere di qualunque circostanza che impedisca o pregiudichi il risultato-interesse. Vale infatti la regola dell'esclusione della responsabilità per impossibilità sopravvenuta della "prestazione" a cui si aggiunge, proprio in considerazione del risultato-interesse e del carattere relativo con cui entra in obbligazione, l'esclusione della responsabilità per difetto di quest'ultimo (che può riscontrarsi sia quando la prestazione è stata esattamente eseguita – adempimento della prestazione –, come anche quando non sia stata esattamente compiuta), per una circostanza evidentemente non imputabile al debitore.

Sul piano processuale dell'onere della prova va ricordata inoltre la tradizionale impostazione entro la prestazione d'opera manuale, per la quale i vizi del risultato (materiale e giuridico) devono essere oltre che denunciati anche provati dal creditore, quanto meno una volta accettata l'opera²⁸⁰.

²⁸⁰ Se si ritiene che al creditore non spetti fornire la prova dell'inesatto adempimento, ciò dovrebbe valere per tutte le obbligazioni e porrebbe sempre il rischio della causa ignota sul debitore. Sulla prova dei vizi della cosa venduta cfr. T. Bari, 16.1.2014, in *Banca dati Juris Data*, 2014, 2, sentenza che argomenta dall'onere di denuncia posto a carico del compratore dall'art. 1495 c.c., l'esistenza in capo allo stesso compratore anche dell'onere della prova dei vizi. Le due questioni invece non debbono a nostro avviso sovrapporsi. La denuncia del vizio concerne l'attestazione del suo appalesamento e della conoscenza di esso da parte del compratore. Alla denuncia deve dunque attribuirsi valore corrispondente all'allegazione del difetto e non anche alla prova dello stesso. Tra l'altro la prova del vizio inteso come inadempimento o, meglio, come imperfezione dell'attribuzione traslativa, dovrebbe comprendere la prova della sua esistenza in epoca anteriore all'attribuzione traslativa stessa. Fornire tale dimostrazione potrebbe essere particolarmente difficile per il compratore. Riteniamo pertanto che la prova del carattere "sopravvenuto" del vizio, sul presupposto che lo stesso non sia in discussione o addirittura sia indiscutibile, perché divenuto palese o accertabile facilmente, spetti al ven-

Tale soluzione potrebbe oggi considerarsi superata dalla regola che pone a carico del debitore la prova dell'esatto adempimento. Ma sia la vecchia impostazione che quella attualmente preferita, possono ricevere più chiara spiegazione alla luce delle osservazioni fin qui svolte. Al creditore può spettare l'onere di allegare un vizio compatibile con l'inesattezza dell'esecuzione ed eventualmente, se l'attinenza non appare evidente, fornire qualche attestazione in proposito. Deve cioè risultare l'afferenza del difetto al risultato giuridico previsto in obbligazione. Va cioè rimarcato che il legislatore non sottopone al controllo del debitore l'intera sfera del creditore ed i rischi ad essa collegati. Un simile assunto priverebbe di rilevanza il principio base di ripartizione di questi in ragione delle sfere di appartenenza.

D'altra parte il debitore dovrà provare l'esattezza della prestazione e dunque o l'assenza di vizi del risultato giuridico, ovvero l'adempimento della prestazione, o la causa di impossibilità della medesima, mentre non può essere soggetto al rischio di un evento fortuito che incide sulla sfera di controparte che abbia già acquisito il risultato materiale (e giuridico) quando tale evento abbia successivamente compromesso quest'ultimo. Resta ferma la possibilità invece del soggetto attivo di provare il dolo o la colpa grave ovvero comportamenti estranei al dovere di prestazione tenuti dal debitore in pregiudizio dell'interesse del creditore.

Se il debitore non ha eseguito la prestazione o non la ha eseguita esattamente a prescindere da una causa non imputabile che glielo abbia impedito, può provare che si sarebbe comunque verificato il pregiudizio del risultato-interesse, in ragione di sequenze causali a lui non riconducibili, e sottrarsi in tal modo alla responsabilità. Questo solo impropriamente introduce un rischio a suo carico, posto che si tratta invece dell'opportunità di andare

ditore allo scopo di andare esente da responsabilità. Qualora l'affermazione circa l'esistenza stessa del vizio sia invece posta in discussione dal venditore, spetterà a lui anche provare l'integrità della cosa venduta. Non ci pare invece che la questione debba essere risolta affermando la possibilità del compratore di lamentare un vizio generico: o meglio, ci sembra che possa essere generica, o mancare del tutto, l'indicazione della causa del vizio, mentre sembra necessario che il vizio si sia in qualche modo palesato e di tali palesamenti il compratore debba dare conto facendone attestazione tramite denuncia. Questa conterrà l'esposizione delle circostanze che lo hanno evidenziato. Cass., 2.9.2013, n. 20110, in *Giust. civ. mass.*, rv. 627467, fa discendere dall'affermazione che l'obbligazione (di dare) del venditore è di risultato la conclusione che spetti a lui la prova dell'integrità del bene venduto, mentre il compratore può limitarsi ad allegare l'inesatto adempimento ovvero a denunciare anche genericamente la presenza di vizi. L'opposto principio, ovvero che la prova sia oggetto di onere per il compratore, si trova viceversa sostenuto da Cass., 26.7.2013, n. 18125, *ivi*, rv. 627302.

comunque esente da responsabilità nonostante la mancata esecuzione della prestazione.

La presenza di un ambito materiale/personale sul quale è destinata ad incidere la prestazione (il c.d. substrato), attraverso il quale normalmente il creditore consegue il vantaggio avuto di mira, vale più frequentemente nelle prestazioni intellettuali che nel campo della prestazioni manuali, ad identificare un'area, appartenente al creditore, oggetto di intervento. Tale area (il corpo del paziente, la sfera giuridica del cliente, ecc), per il solo fatto di essere coinvolta in un rapporto obbligatorio, non per questo si sottrae all'ordinario regime del rischio dei fortuiti che la concernono²⁸¹.

Il problema dell'intrinseca debolezza del rapporto causale fra la condotta ed il risultato dedotti in obbligazione, è dunque mal posto. Allo stesso errore di prospettiva va ricondotto il tema della rilevanza da assegnare, al fine della soluzione delle questioni di responsabilità, al c.d. rischio della causa ignota, quantunque per molti versi sia tema destinato ad avere rilevanza sempre più marginale. I progressi compiuti dalla scienza in ogni campo hanno infatti per molti versi dissolto il velo di mistero e di impenetrabilità delle attività incluse tra le prestazioni professionali. Anche l'interpretazione giuridica, da parte sua, è in grado di analizzare con strumenti adeguati il processo causale e districarsi tra avvenimenti ascrivibili alla sfera del creditore ed accadimenti di pertinenza del debitore (e differenti rispetto ai limiti intrinseci agli strumenti professionali utilizzati).

La circostanza che il professionista assuma un impegno intrinsecamente debole, perché avente comunque solo alcune (magari molteplici, ma non tutte) possibilità di riuscita, intesa quest'ultima come coincidenza tra risultato giuridico e interesse del creditore, limita entro tali confini sia il debito (e la relativa responsabilità), sia il rischio che lo concernono, potendo così il debitore andare esente da responsabilità ed eventualmente anche dal rischio, nei termini sopra esposti. Da questo sarà esonerato infatti senz'altro nella misura in cui la sua attività abbia avuto ingresso nella sfera del

²⁸¹ La necessità di identificare criteri generali di distribuzione del rischio che siano però in grado di adattarsi alle differenze tra le varie obbligazioni e tipologie di prestazione, potrebbe emergere con evidenza dall'esame della disciplina del mandato. Qui, la circostanza che la prestazione del debitore risulti compiuta pressoché integralmente una volta concluso l'atto gestorio, e la presenza di meccanismi automatici di riversione dei risultati nella sfera del creditore, rende sufficiente la realizzazione del risultato giuridico e la sua destinazione al creditore per mandare esente il mandatario dal rischio inerente alle vicende che sopravvengano rispetto a tale momento.

creditore, ovvero sia stata per quest'ultimo "utile" nel significato oggettivo già chiarito corrispondente all'ingresso dell'*opus* nella sfera giuridica del soggetto attivo.

A questa ipotesi andranno affiancate, ai fini del rimborso delle spese "utili", quelle in cui il risultato giuridico venga a mancare, in ragione di un'impossibilità attinente alla sfera del creditore.

A noi sembra dunque che l'intrinseca debolezza del rapporto causale non possa essere fonte di responsabilità²⁸² o di rischio imputato al professionista, quand'anche si abbandoni l'idea che si tratti di obbligazione di mezzi. È proprio rispetto a queste ipotesi che ha assunto impropriamente credibilità il relativo concetto, assegnandosi rilevanza tanto alla limitatezza dei mezzi spesso a disposizione del professionista (nonché alla possibilità di un loro sviluppo in ragione del progresso scientifico e tecnologico in un prospettiva futura), quanto alla peculiarità del termine di riferimento o substrato, oggetto della condotta del debitore, costituito dalla sfera personale e giuridica del cliente – nonché alla sua resistenza ad essere sottoposto a pieno controllo per la riuscita dell'iniziativa intrapresa –.

Quand'anche la prestazione sia determinata con certezza, resta assodato comunque che esiste uno iato incolmabile tra esatta esecuzione e conseguimento dell'interesse, e questo non soltanto nella obbligazione professionale²⁸³. Qualora non siano mancati né la condotta diligente diretta al risultato

²⁸² In questo senso cfr. Cass., 1.4.2011, n. 7553, in *Guida dir.*, 2011, 33-34, 47 (s.m.) secondo la quale l'affermazione di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale, oltre a presupporre la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista e il pregiudizio del cliente, implica una valutazione prognostica positiva – non necessariamente la certezza – circa il probabile esito favorevole del risultato della sua attività, se la stessa fosse stata correttamente e diligentemente svolta. La mancanza di elementi probatori atti a giustificare una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'attività del prestatore d'opera – quindi – anche se egli non si fosse reso autore di alcuna negligenza, induce a escludere l'affermazione della sua responsabilità. La sentenza ci sembra comunque faccia applicazione congiunta di due regole di responsabilità differenti dalle quali discendono due differenti regimi probatori. La prova della lesione e del danno subito dal creditore vale a richiamare in sede contrattuale la lesione dell'interesse creditorio, a prescindere dalla violazione del dovere di prestazione (ovvero rinvia alla responsabilità contrattuale per dolo o colpa grave). Per ciò stesso, assolto tale onere, non ha senso imporre al creditore anche quello di provare che la prestazione avrebbe realizzato l'interesse. Laddove infatti vi sia negligente esecuzione della prestazione, il debitore dovrebbe rispondere della mancata realizzazione dell'interesse, salva la possibilità di provare che l'interesse del soggetto attivo sarebbe stato pregiudicato comunque, nonostante l'esatto adempimento, a seguito di circostanze non imputabili al professionista.

²⁸³ Questo è legato alla difficoltà di far combaciare fin dal principio l'*opus* con l'interesse del creditore ed è tanto maggiore quanto più l'interesse assume un contenuto non predefi-

né i mezzi per conseguirlo, ed ancora la loro applicazione (acquisto) in tutto o in parte al creditore, il pregiudizio del risultato/interesse, giacché non va ascritto alla violazione delle regole di esecuzione e di conservazione della prestazione, e sempre che non ricorra il dolo o la colpa grave del debitore nel senso più sopra delineato, va posto a carico di colui nella cui sfera giuridica è andato ad incidere²⁸⁴.

Quando l'evento ignoto imprevedibile si accompagna alla definizione preventiva in senso debole del legame causale tra condotta e risultato, e non può essere identificata una regola a carico del debitore, che sia rimasta inadempita, esso consisterà in un rischio del soggetto nella cui sfera materiale e giuridica l'evento pregiudizievole si sia prodotto²⁸⁵.

Non accade diversamente, d'altronde, nelle altre obbligazioni. Qualora per esempio la cosa di proprietà del creditore è data in deposito, se ipotizziamo, per rendere più credibile l'assimilazione ai casi sopra esaminati, che essa sia particolarmente fragile e soggetta a facile perimento o deterioramento per sua stessa natura, la sua distruzione a fronte della perfetta conservazione del bene, sarà a carico del depositante. Il depositario, da parte sua, perderà il diritto alla controprestazione solo per la parte di prestazione non ancora eseguita, ovvero per quella condotta il cui ciclo o processo non

nito rispetto al risultato giuridico. Pensiamo al dovere di costruzione di un'opera materiale: la valutazione sarà più o meno difficile a seconda che l'opera sia identificata in funzione di un interesse economico, o magari invece di natura più complessa.

²⁸⁴ Ovviamente, va fatta salva la possibilità di configurare, in capo al debitore una violazione del dovere di informazione in merito a tali limiti e la conseguente responsabilità per inadempimento dell'obbligato medesimo. Invero, qualora il debitore sia a conoscenza o debba conoscere i limiti attinenti all'efficienza causale della prestazione rispetto alla realizzazione dell'interesse – come sovente accade nelle prestazioni intellettuali – è tenuto a rendere edotto il creditore dei medesimi e dei conseguenti rischi relativi al risultato, nonché, per quanto possibile, delle possibili controindicazioni che possono derivare dall'esecuzione dell'incarico conferito, al fine di consentirgli di assumere una decisione consapevole (c.d. consenso informato nell'ambito dell'attività sanitaria) in merito all'opportunità di dar corso alle ulteriori attività professionali necessarie, assumendosi così i relativi rischi del mancato raggiungimento del risultato, oppure desistere. La lesione dell'interesse del creditore per violazione dei doveri di informazione deve considerarsi un'ipotesi riconducibile all'inadempimento per dolo o colpa grave.

²⁸⁵ Cfr. recentemente sul tema del diritto al compenso, la pronuncia emessa dal T. Nocera Inferiore, 10.5.2012, n. 422, secondo cui, il professionista che abbia adempiuto pienamente all'onere a lui attribuito dall'art. 2697 c.c., ha effettivamente dimostrato di aver posto in essere la delineata prestazione d'opera intellettuale ha diritto a ricevere dalla convenuta che gliela ha commissionata il relativo compenso, e ciò non essendo, peraltro, nel caso di specie, ravvisabili, a carico dello stesso professionista, eventuali, e, comunque, non eccepite, violazioni della diligenza professionale *ex* art. 1176, 2° co., c.c.

si sia ancora completato con l'ingresso del risultato nella sfera del creditore. Avrà invece pienamente diritto a ricevere il corrispettivo per la custodia assicurata fino al momento del perimento del bene (e probabilmente avrà diritto al rimborso delle spese assunte destinate alla conservazione del bene perito)²⁸⁶. Qualora l'evento, non imputabile a colpa, riguardi i mezzi tecnici predisposti dal debitore, il rischio della controprestazione sarà invece a suo carico: perderà allora il diritto a riceverla fermo restando che anche il creditore perderà il valore della cosa senza alcuna forma risarcitoria (cfr. artt. 1780, 1781, 1672, 1673 c.c.).

Qualora il depositario non abbia invece correttamente conservato la cosa, a fronte della mancata o inesatta custodia sarà suo onere provare che la cosa sarebbe ugualmente perita per un vizio intrinseco dipendente dal bene (per esempio la cosa fragile non è stata conservata, come avrebbe dovuto essere in una teca, ma si è distrutta per un'alterazione della temperatura che non era tra le condizioni cui il depositante si è impegnato nell'assumere l'obbligazione). Ciò evidentemente al fine di escludere in tutto o in parte la responsabilità.

Secondo una nota opinione²⁸⁷ la differenza tra i due generi di obbligazioni si coglierebbe nel caso in cui il comportamento del debitore esecutivo dell'obbligazione sia stato rispettoso (almeno in apparenza) della diligenza e della perizia richieste nella specie, e tuttavia sia mancata la realizzazione dell'interesse finale del creditore. Nelle obbligazioni di risultato sarebbe richiesta, a differenza di quanto accade nelle obbligazioni di mezzi, la prova dell'evento specifico che ha cagionato l'impossibilità e della sua estraneità al debitore.

Alla luce della molteplicità di significati con cui può intendersi il concetto di risultato la soluzione non può essere accolta. Se si evidenzia come entri nella prestazione un preciso nesso causale tra prestazione e risultato, e tra risultato materiale e risultato giuridico interno alla stessa prestazione, è più

²⁸⁶ Affinché siano eliminati i dubbi che possono sorgere in sede applicativa, sarà necessario che, al momento della conclusione del contratto, e via via che viene definito più chiaramente il risultato da conseguire, venga esplicitata dal professionista la percentuale di "rischio", e dunque la possibilità di riuscita della prestazione professionale dedotta. Tale misura non fa altro che evidenziare quale sia il parametro di giudizio sulla scorta del quale compiere la valutazione di responsabilità e soprattutto potrebbe attestare, come si dice nel testo, l'assegnazione pattizia tra le parti del correlativo rischio. Queste ultime potrebbero in verità ritenere che il professionista abbia diritto al compenso solo in caso di guarigione quale che sia la causa che l'abbia impedita. L'ammissibilità di tali clausole va tuttavia specificamente valutata.

²⁸⁷ D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., *passim*, e spec. 124 ss.

che sufficiente, in tutte le obbligazioni dimostrare che si sono interrotti tali legami, per andare esenti da responsabilità mentre, laddove sia stato pregiudicato a posteriori il risultato giuridico, o lesa senz'altro il risultato-interesse, dovrebbe bastare la prova dell'esecuzione a regola d'arte della condotta ed il conseguimento dell'*opus* giuridico, per ricondurre a sequenze estranee alla prestazione la lesione dell'interesse creditorio. Il vero problema resta piuttosto l'impalpabilità dell'*opus* immateriale. Individuata tale difficoltà, va chiarito che è scorretto ed improprio tanto appiattare tale *opus* sulla condotta, quanto appiattirlo sul concetto di interesse: quest'ultima soluzione rischia di rovesciare sul professionista la sorte dell'intera condizione fisica, psichica e giuridica coinvolta dall'esecuzione della prestazione appartenente invece al creditore.

Non tutte le impossibilità come si è visto sono della stessa natura e sono ugualmente regolate. Quella che attiene al rapporto condotta-risultato materiale, quella che incide sul risultato materiale, quella che incide sul risultato giuridico, quelle infine che precludono il raggiungimento dell'interesse, pongono problematiche differenti.

In via generale il profilo che resta sconosciuto delle cause di impossibilità, non imputabili, è rappresentato (quasi) esclusivamente dall'origine dell'evento, non invece dal temine materiale di incidenza di esso. È generalmente chiaro, cioè, se l'evento colpisca la condotta o i mezzi del debitore o ancora la materia appartenente al debitore o piuttosto al creditore, nonché se intervenga prima o dopo l'acquisto del risultato alla sfera del creditore, mentre non se ne conosce propriamente la causa²⁸⁸.

²⁸⁸ Si può richiamare la tematica della responsabilità *ex recepto*, che secondo autorevole dottrina sarebbe dalla legge posta oggettivamente a carico dell'imprenditore obbligato, per es. del depositario, nel deposito nei magazzini generali, del vettore nel trasporto di cose. A favore di tale interpretazione, si richiama il dato normativo (art. 1693 c.c.) che richiede, almeno così si ritiene, per esonerare da responsabilità il debitore, la specifica individuazione della causa che ha determinato il perimento della cosa trasportata, causa che deve essere "estranea" rispetto al vettore. La norma dimostra, se ce ne fosse bisogno, che il legislatore muove e ribadisce, per regolare la responsabilità, dal regime invece del rischio, ovvero dal dato incontrovertibile secondo cui ciascuno subisce il rischio degli eventi che si verificano nella propria sfera di appartenenza. La distribuzione dell'onere della prova quando è in gioco la lesione dell'interesse del creditore va comunque definita alla luce degli interessi in gioco e forse neppure la norma in questione fa eccezione ai principi. Il caso fortuito che il debitore è chiamato qui a provare può infatti ben essere inteso come evento estraneo al dovere di prestazione; solo l'esistenza di un vincolo obbligatorio volto ad impedire un determinato accadimento è infatti in grado di porre a carico dell'obbligato un evento che attiene alla sfera giuridica altrui. Va fatta salva invece la prova da parte del creditore del dolo o della colpa grave del debitore (anche nella causazione della circostanza estranea al dovere di prestazione).

24. La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nella dottrina

La distinzione richiamata è da tempo al centro di ampie discussioni²⁸⁹, che hanno riguardato la stessa terminologia (peraltro attualmente assestata sulle espressioni di cui anche qui ci avvaliamo) da utilizzare per individuare i due gruppi che la compongono, la costruzione del contenuto proprio di ciascuno di essi ed il regime di responsabilità cui assoggettarli²⁹⁰⁻²⁹¹. Essa entra nel dibattito in tema di obbligazioni con varietà di intenti, non sempre alternativi, anzi, assai spesso, tra loro cumulabili. Principale e più radicale obiettivo è fissare, per il suo tramite, nelle due tipologie di obbligazioni, un differente limite sostanziale alla responsabilità del debitore. Altro fine, molto spesso richiamato nelle trattazioni sul tema, è di giustificare un

²⁸⁹ La possibilità di applicare attualmente la distinzione, insieme all'origine storica e all'evoluzione di essa, sono ampiamente trattati da PERULLI, *op. cit.*, 426 ss. L'Autore si avvale della ricerca storica, svolta soprattutto sulla documentazione raccolta in ordine al trattamento riservato alla prestazione medica, per affermare che sia in epoca romana, sia soprattutto in età medievale, i professionisti intellettuali erano tenuti alla realizzazione del risultato, in particolare il medico al conseguimento della guarigione del paziente. Solo in epoca successiva, ed in ragione di un privilegio, non di un'esigenza intrinseca alle prestazioni in discorso, si è diffuso l'opposto principio.

Altri Autori preferiscono evidenziare una crisi della categoria, considerando i casi in cui i professionisti intellettuali si impegnano ad ottenere un risultato, segnalando cioè la tendenza, crescente in virtù dell'evoluzione tecnico-scientifica, a rendere controllabile il conseguimento di esso tramite le tradizionali prestazioni di "mezzi": cfr., sul punto, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 127 e 134 ss. Un'argomentata difesa della distinzione si trova anche recentemente in D'AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 141 ss., ove sono riportate le proposte di riforma all'insegna della codificazione della categoria, previste nel diritto francese, e prima ancora nei *Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali* (1994; 2ª ed., 2004).

²⁹⁰ La diatriba, fortemente teorica, imporrebbe prima di tutto all'interprete di verificare l'attendibilità della distinzione sul piano del diritto positivo, muovendo dal quale poi dovrebbero verificarsi sia il contenuto, che il regime giuridico dell'una e dell'altra obbligazione.

²⁹¹ La differenza è particolarmente significativa se, come nel nostro caso, la prestazione forma oggetto di scambio contrattuale. Infatti, entro un contratto sinallagmatico il corrispettivo è dovuto solo a fronte dell'adempimento della prestazione, dovendosi altrimenti dar corso alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta. Come anticipato, la riflessione va approfondita alla luce del concetto e del regime del rischio c.d. della controprestazione. Sulle diverse nozioni di rischio, cfr. ORLANDO S., *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002; CABELLA PISU, *op. cit.*, 121 ss. La disciplina del rischio lascia infatti aperto il problema di verificare se sussistano eventi non imputabili, in grado di escludere la realizzazione del risultato, che gravino sul professionista, rispetto ad altri sopportati invece dal cliente. Resta in altri termini da appurare se sia, quantomeno anche su questo piano, quello appunto del rischio del risultato o dell'utilità per il creditore, che vada compresa la specificità – pratica – della prestazione intellettuale e dell'obbligazione che la contempla e non su quello di una supposta differenza di contenuto. Del tema ci siamo peraltro, almeno in parte, già occupati.

diverso contenuto dell'onere probatorio posto a carico delle parti, oppure – finalità assai vicina alla precedente – di definire una diversa distribuzione dello stesso onere, pur considerato identico nella sostanza nelle due ipotesi. Non manca, in ultimo, l'utilizzazione della contrapposizione a scopi puramente descrittivi²⁹².

La dottrina che si avvale della dicotomia in discorso sembra trarre argomento, almeno nel nostro sistema, dallo stesso art. 1176 c.c. Se questa norma detta un limite alla responsabilità costituito dalla diligenza, delineerebbe al contempo il contenuto di specifiche obbligazioni costruite su quella stessa diligenza che ne costituisce il limite. La possibilità di applicare un particolare regime di responsabilità non sarebbe infatti altrimenti spiegabile che sul presupposto della presenza di una precisa categoria di obbligazioni in grado di adattarsi ad esso.

La specificità della struttura dell'obbligazione, in quanto vi sarebbe dedotto solo il comportamento diligente del debitore, consentirebbe dunque l'applicabilità (ad essa) di un limite, la diligenza, differente da quello stabilito dall'art. 1218 c.c.²⁹³. La causa che ordinariamente escluderebbe la responsa-

²⁹² Nella dottrina tedesca, alle finalità espositive, si accompagna il tentativo di fondare un diverso limite alla responsabilità del debitore che, nel caso delle obbligazioni di mezzi, sarebbe rappresentato dalla così detta impossibilità soggettiva, purché sopraggiunta per causa non imputabile all'obbligato: cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 305, che riporta la teoria di BERNHOF, *Kauf, Miete und verwandte Verträge, in Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entw. Eines BGB für das d. Reich*, diretti da Bekker, Fischer, Berlin, XII, 1889, 17, al quale si deve l'enunciazione della distinzione, la sua descrizione, e la prima formulazione delle conseguenze da essa desumibili in tema di limiti alla responsabilità del debitore. Segnala Mengoni che «del battesimo si incaricò poco dopo H. A. Fischer, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, in *Jhering J.*, p. 37 (1897), pp. 254, 267, 269». L'originaria conclusione in tema di causa di esonero da responsabilità viene successivamente corretta, nel senso che in dette obbligazioni sarebbe del tutto irrilevante il *casus* (inteso come impossibilità della prestazione). Qui «la responsabilità è determinata dal concetto di colpa, correlativo al concetto di diligenza, vale a dire cessa di fronte a qualunque ostacolo superiore alla massa di sforzo dedotta in obbligazione (...) nelle obbligazioni di solo comportamento il debitore non risponde per il solo fatto di non aver raggiunto lo scopo, in ragione del quale l'obbligazione è sorta, bensì in quanto la mancanza del risultato sia imputabile a sua colpa, a prescindere dalla circostanza che lo scopo sia divenuto o meno, oggettivamente impossibile»: cfr. ancora MENGONI, *op. ult. cit.*, 306.

²⁹³ Va dato atto che la contrapposizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ha in origine una fisionomia particolarmente netta, in quanto tende a contrapporre una prestazione di “sola diligenza”, rispetto ad una prestazione, ordinaria, di solo “risultato”. Simile impostazione può essere fatta risalire, in Italia, a Osti (cfr. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, cit., 423 ss.). Nelle “normali” obbligazioni (diverse da quelle dette appunto di diligenza), il debitore sarebbe tenuto, con ogni mezzo e oltre il comportamento diligente, a realizzare l'obiettivo avuto di mira dal creditore, tanto che il limite della responsabilità sarebbe

bilità in tale tipologia di rapporti finirebbe col coincidere precisamente con l'adempimento. Adempimento e limite della responsabilità avrebbero infatti il medesimo contenuto rappresentato dalla condotta diligente del debitore, a prescindere dal conseguimento del risultato. L'esito di tale ragionamento è che al professionista che ha tenuto la condotta diligente richiesta, a prescindere dal risultato, spetterà tanto di andare esente da responsabilità quanto il diritto al compenso per l'opera svolta.

Altra dottrina²⁹⁴ obietta, non tanto la circolarità del ragionamento giuridico così proposto, quanto che la premessa, da cui esso muove, potrebbe ritenersi valida solo se, costruita una categoria come quella delle obbligazioni di mezzi per fondare un differente regime di responsabilità rispetto a quello definito dall'art. 1218 c.c., non si incorra invece nel difetto di confondere il limite della responsabilità del debitore con l'adempimento da parte di quest'ultimo della prestazione. Se così fosse, non di differente regime di responsabilità dovrebbe parlarsi, ma di diverso contenuto dell'atto di adempimento nelle due obbligazioni, fermo restando il limite costituito dall'art. 1218 c.c. Per ciò stesso, non soltanto sarebbe difficile individuare di esse un apposito fondamento normativo, ma anche ravvisare quest'ultimo nell'art. 1176 c.c.

costituito esclusivamente da un'impossibilità assoluta del risultato, oltretutto oggettiva, tale per cui nessun debitore possa ritenersi in grado di superarla. La questione riceve una luce del tutto differente, allorché si assiste ad un ripensamento del contenuto dell'obbligazione grazie alle importanti acquisizioni dovute ai contributi di studiosi come Betti (cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953); Mengoni, Bianca C.M., ed altri. Ciascun Autore, secondo un'autonoma ricostruzione, giunge infatti ad assegnare rilevanza alla condotta del debitore al fine della identificazione del risultato e della misura in cui lo stesso entra nel rapporto obbligatorio.

Se peraltro molto è stato fatto per enucleare il profilo della condotta, resta da fare ancora qualcosa per porre ordine sul concetto di risultato, posto che gli approfondimenti sul concetto di prestazione ne hanno reso equivoca la sua configurazione originaria. Esso è infatti in grado di assumere diversi significati in corrispondenza ai diversi ruoli svolti all'interno dell'obbligazione. Soprattutto, alla domanda se esso entri o meno a definire il concetto di prestazione sembra corretto rispondere che sì, entra nel concetto se inteso in senso materiale e giuridico, c'è infatti l'*opus* sia nelle prestazioni intellettuali che in quelle manuali, è però esterno, laddove rivesta il ruolo di interesse del creditore. Nelle obbligazioni professionali, tra risultato giuridico e interesse del creditore non tanto o non solo esiste un nesso blando di causalità, quanto e soprattutto una maggiore disomogeneità rispetto a quelle che hanno ad oggetto un *opus* materiale.

²⁹⁴ Cfr. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 130 ss.; ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 313 e 366 ss. CATTANEO, *op. cit.*, 51 ss., che peraltro, a differenza di Mengoni, ritiene che esista un unico concetto di diligenza, intesa in senso oggettivo, come regola di condotta.

L'opinione critica ora esposta conclude per la necessità di rivedere il contenuto delle obbligazioni così dette di mezzi. In esse la diligenza rappresenta precisamente il risultato, intrinseco alla condotta, dedotto in obbligazione. Il debitore che tiene il comportamento così descritto è liberato per aver adempiuto, in quanto ha in tal modo anche raggiunto il risultato prescritto. Il debitore che non abbia osservato la diligenza, potrà d'altronde provare il sopraggiungere di un'impossibilità ad applicare la diligenza richiesta, che sia a lui non imputabile, ai sensi dell'art. 1218 c.c., per andare esente da responsabilità, in tal modo confermando l'applicazione dell'ordinario regime.

Nonostante l'estrema autorevolezza di quanti sostengono tale ultima opinione, essa desta alcune perplessità. In primo luogo, accogliendola, risulta difficile riconoscere al debitore il compenso, quanto meno in misura integrale, qualora la prestazione non sia stata eseguita secondo diligenza per una impossibilità a lui non imputabile. Richiamando il noto esempio del medico che in alta montagna esegue un intervento chirurgico senza la necessaria sterilizzazione degli strumenti, dovremmo concludere che egli vada sì esente da responsabilità, ma non abbia diritto al compenso previsto per la prestazione eseguita, non avendo raggiunto il risultato – rappresentato, secondo tale tesi, dal comportamento diligente – e dunque adempiuto.

In secondo luogo, tale concezione aggiunge alla tradizionale asperità dell'argomento un elemento di ulteriore difficoltà, rappresentato dalla variazione concettuale e linguistica apportata nella trattazione. Dire che la diligenza è il risultato della prestazione professionale dedotta, significa appunto fare della diligenza stessa un'entità in sé, assegnandole sul piano giuridico quella esistenza che non possiede ontologicamente e che la distingue invece dal concetto ordinario di risultato, come la stessa teoria che si esamina ha d'altronde evidenziato. Comporta, in altri termini, introdurre una nozione assai particolare di risultato, che meriterebbe un'apposita dimostrazione, non meno di quanto si richiede per la configurazione dell'obbligazione in questione come di soli mezzi²⁹⁵. Ciò senza contare che la variazione linguistica, e delle categorie concettuali richiamate, è fonte di infinite difficoltà.

²⁹⁵ Cfr. in senso critico, FONDRIESCHI, *op. cit.*, 972 s. Anche l'opinione esaminata nel testo finisce col trarre argomento dall'art. 1176, 2° co., c.c. Tale norma, infatti, sarebbe in grado di fondare un concetto di diligenza diversa, per ruolo e contenuto, da quella fissata nel 1° co. dello stesso articolo: v. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 130. Diversamente invece CATTANEO, *op. cit.*, 53, il quale ritiene che debba farsi capo sempre ad una nozione oggettiva di diligenza e che la diligenza costituisca sempre il contrario della colpa, sul presupposto, tra l'altro, della fondamentale unità dell'art. 1176 c.c. (1° e 2° co.). Nello stesso senso v. *amplius*

Una delle più importanti, oltre a quella già menzionata (relativa al compenso), tra le ricadute che derivano dalla costruzione delle obbligazioni di diligenza in chiave oggettiva – nelle quali la diligenza è chiamata ad assolvere il ruolo di definire l'esatto adempimento, identificato nello stesso risultato da raggiungere –, attiene all'onere della prova²⁹⁶. La teoria che offre delle obbligazioni di mezzi una lettura soggettiva (differenziandole, nella struttura, dalle altre obbligazioni, perché prive, in quanto appunto di soli di mezzi, di risultato)²⁹⁷, sostiene che esse sarebbero contrassegnate da un regime probatorio speciale. Il creditore sarebbe infatti tenuto a dimostrare la negligenza del debitore (e qui riaffiora, come denuncia la tesi critica – v. *infra* –, la confusione fra contenuto dell'obbligazione e adempimento da una parte, e limite della responsabilità dall'altra²⁹⁸), mentre quest'ultimo potrebbe fornire la controprova di aver osservato la diligenza a lui richiesta. La posizione del professionista, così descritta, assume chiaramente la forma di un privilegio, soprattutto perché, in ambito contrattuale, di regola la diligenza è ritenuta oggetto sicuro di prova a carico del debitore.

La tesi di stampo oggettivo non si allontana da tale conclusione, ma la rilegge secondo le proprie categorie ed il proprio linguaggio. Il creditore,

D'AMICO, *Negligenza*, cit., 33 ss. Dunque Mengoni si distacca da altri studiosi introducendo due significati di diligenza di cui uno soggettivo, precisamente quello applicato dall'art. 1218 c.c. ed integrato dall'art. 1176, 1° co., c.c. Si è già espressa la nostra posizione sul punto. Possiamo ribadire che pur aderendo all'idea che debba adottarsi una nozione oggettiva di diligenza, non vi è dubbio che sia differente il ruolo ricoperto da essa a seconda che la si applichi al dovere di prestazione, ove definisce la qualità del comportamento dovuto (senza peraltro integrarne il risultato – come ritiene accada nelle obbligazioni così dette di mezzi, l'illustre studioso), o viceversa al dovere strumentale di conservare la possibilità. In quest'ultimo caso essa delimita in senso soggettivo gli eventi, estranei al dovere di prestazione, imputabili al debitore.

²⁹⁶ Sull'onere della prova, v. *infra*.

²⁹⁷ In Italia non esiste un convinto orientamento che propugni la distinzione, quantunque non siano mancati Autori che si sono appellati ad essa per spiegare la soluzione da applicare al problema dell'onere della prova. In tal senso cfr. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, II, 1989, 1 ss. A favore della valenza concettuale della dicotomia esiste invece una cospicua tradizione nella dottrina francese. Sul punto cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, cit., 1991, 71 ss., il quale significativamente ritiene che in Francia essa costituisca «una divisione di fondo dei rapporti obbligatori. Nella nostra dottrina e giurisprudenza la distinzione esprime piuttosto un criterio di classificazione delle prestazioni» (*ivi*, 72). Sulla dottrina francese ed italiana assestata su tali posizioni, si può rinviare a FORTINO, *op. cit.*, 2, nt. 3.

²⁹⁸ La sentenza delle Sezioni Unite, in ordine alla distribuzione dell'onere della prova modifica indubbiamente le premesse del dibattito appena esposto e tuttavia vi è una certa resistenza da parte della dottrina a modificare le proprie posizioni, posto che, come è noto, sul tema della prova dell'inesatto adempimento, le conclusioni della Suprema Corte sono state particolarmente criticate. Sul tema cfr. GRISI, *op. ult. cit.*, 42 ss.

laddove richieda il risarcimento del danno per inadempimento e, soprattutto, qualora faccia valere, allo stesso scopo, l'inesatto adempimento (ed a tale ipotesi sarebbe da ricondurre propriamente il difetto di diligenza), è chiamato, a ragione²⁹⁹, a provare la "negligenza", ma in quanto con tale dimostrazione assolve l'onere di provare l'inadempimento, e non la colpa³⁰⁰; spetterà invece al debitore dare seguito all'usuale onere probatorio a suo carico, dimostrando l'esistenza di un'impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile (ad applicare la diligenza prescritta)³⁰¹ e non la semplice diligenza.

Se si considera, da una parte, che la prova dell'impossibilità di adottare la condotta diligente potrebbe ben essere ammessa anche accogliendo la prima impostazione (cioè la tesi "tradizionale", che costruisce le obbligazioni di mezzi in chiave "soggettiva"), e che la controprova dell'osservanza della diligenza, in opposizione a quanto provato dal creditore, potrebbe ben essere avanzata anche accogliendo la seconda³⁰², si arriva alla frustrante conclusione che poco di quanto viene detto dalle due impostazioni a confronto risulta nella sostanza veramente diverso, restando assodato che il debitore di mezzi può limitarsi ad applicare la diligenza, ed è per di più favorito sul piano dell'onere probatorio, gravando sul creditore, come già detto, la prova della negligenza³⁰³.

La dottrina più recente contesta la correttezza teorica della tradizionale qualificazione dell'obbligazione professionale come obbligazione di soli mezzi e afferma che la distinzione cui essa fa rinvio «si è venuta sgretolando»³⁰⁴ nel corso del tempo, o, addirittura, che risulta «priva di ogni base

²⁹⁹ La tesi di Mengoni, qui rapidamente riportata prospetta una soluzione in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, in particolare circa l'inesatto adempimento, differente da quella accolta dalla celebre sentenza delle Sezioni Unite del 2001. Cfr. sul tema dell'onere della prova, MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 127 ss.

³⁰⁰ Salvo che non si intenda sostenere che «la prova dell'inadempimento delle obbligazioni di tale specie normalmente denuncia *in re ipsa* anche la colpa del debitore», «ossia fornisce al giudice una base di fatto sufficiente per argomentare la colpa attraverso una *presumptio hominis*, salva la prova contraria»: così MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 377.

³⁰¹ In tal senso, sempre MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 130 s.; Id., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 313 e 366 ss.

³⁰² Richiama tale duplice eventualità, DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995.

³⁰³ In ordine all'applicazione di tale regime probatorio di favore per il professionista, v. CATTANEO, *op. cit.*, 72.

³⁰⁴ BERLINGUER, *La professione forense. Modelli a confronto*, Milano, 2008, 13. Un'analoga riflessione si trova espressa dai giuristi francesi, nonostante la distinzione sopravviva come strumento di facilitazione dell'azione del giudice. Sul punto, cfr. PIRAINO, *Obbligazioni*

scientifica»³⁰⁵. Le ragioni dell'attuale assimilazione³⁰⁶ non sono del tutto chiare, come d'altronde in passato non lo sono state quelle della loro differenziazione. Il diverso assunto di partenza, infatti, non impedisce, almeno a molti, di continuare a sostenere che nel contratto con il professionista «l'*effectum utilis* non viene mai dedotto in obbligazione»³⁰⁷.

Parrebbe pressoché incontrovertibile, inoltre, che, nonostante la mancata soddisfazione dell'interesse finale del cliente³⁰⁸, naturalmente per causa non

«di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile, in *Europa dir. priv.*, 2008, I, 86 ss. Lo studioso rileva una certa vitalità della distinzione nel dibattito culturale europeo «intorno alla novellazione dei codici civili e, in maniera più significativa, intorno al diritto transnazionale e all'individuazione di regole comuni in materia di obbligazioni e di contratti» (*ivi*, 88), ma poi conclude che i dati rilevabili non sono «nulla di più che spie della persistenza nell'armamentario concettuale europeo e transnazionale della dicotomia in discorso» (*ivi*, 90).

È ricorrente, inoltre, la riflessione per cui nell'obbligazione del professionista «le probabilità di successo variano in funzione di fattori caratterizzanti le singole situazioni concrete, che in buona percentuale sfuggono al controllo del professionista»: così GRISI, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1991 (postilla di aggiornamento 2006), 1. L'implicazione sarebbe appunto quella di attenuare il rigore dei giudizi di responsabilità intentati contro i professionisti e soprattutto contro i medici (così sempre GRISI, *op. ult. cit.*, 2); cfr., per la responsabilità medica, ZANA, *La responsabilità civile del medico*, Milano, 1981, 42 ss. L'evidenza di tale rilievo andrebbe tuttavia supportata da un'adeguata ricostruzione del contenuto dell'obbligazione in generale, in grado, come si è detto, di spiegare il diverso trattamento da applicare sul piano pratico ai differenti rapporti. Che la differenza fra le due categorie di obbligazioni rinvii al particolare rapporto causale tra prestazione e risultato emerge dalle considerazioni di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1173-1176 c.c., Bologna-Roma, 1988, 463. La relazione causale puramente "probabilistica", e dunque incerta, tra prestazione e risultato nelle obbligazioni professionali, ma non solo, è valorizzata dalla teoria di D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., *passim*, e spec. 174 ss., sulla quale v. *infra*. Quest'ultimo Autore tuttavia esclude una contrapposizione *a priori* tra obbligazioni di mezzi e di risultato in ragione della natura manuale o intellettuale dell'attività, ritenendo che essa discenda dal concreto tipo di prestazione dedotto dalle parti.

³⁰⁵ In tal senso PERULLI, *op. cit.*, 420. Per una critica alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato di carattere radicale, cfr. anche FORTINO, *op. cit.*, 42.

³⁰⁶ Spesso la loro (apparente) assimilazione si rifà alla nota teoria di Mengoni, della quale ci siamo già occupati, per la quale nelle obbligazioni di risultato quest'ultimo andrebbe identificato in un certo modo di eseguire la prestazione, conforme a diligenza. Si è già espressa qualche perplessità al riguardo. Più profonda (ed effettiva) è l'assimilazione tra le due tipologie in PERULLI, *op. cit.*, spec. 449 ss.

³⁰⁷ Ancora BERLINGUER, *op. cit.*, 14.

³⁰⁸ Va sottolineata la equivocità cui si presta sovrapporre il concetto di imputazione della responsabilità e di rischio, e dunque tra sfera giuridica cui l'evento è imputabile e sfera sulla quale l'evento incide economicamente. In linea di principio, nel nostro ordinamento il concetto di imputabilità è legato alla violazione di una regola di condotta, la sfera su cui l'evento incide economicamente è invece identificabile in ragione di criteri di "appartenenza" dei beni (diritti) di carattere patrimoniale o non patrimoniale (in quanto relativi all'ambito degli attributi della persona) coinvolti dalla vicenda.

imputabile al professionista, non solo quest'ultimo vada esente da responsabilità, ma, qualora abbia eseguito la condotta, gli sia dovuto a pieno titolo il compenso. Tale conclusione sembrerebbe inevitabilmente combinarsi con quella per cui il risultato "finale" non può considerarsi dedotto *in obligatione*³⁰⁹, della quale il regime inerente alla responsabilità costituisce un logico corollario.

È allora necessario, per non ridurre la discussione ad una disquisizione nominalistica, carica peraltro, ed è una aggravante, di conseguenze pratiche, a seconda dell'impostazione accolta, affrontare il tema della omogeneità o meno tra obbligazione così detta di mezzi e obbligazione così detta di risultato, muovendo da un unico concetto tanto di risultato, quanto di diligenza. Seguendo tale approccio, l'affermazione più moderna della coincidenza tra le due figure di obbligazioni, si ridimensiona, poiché solo alcuni affermano realmente, ed a nostro sommo avviso, esattamente, l'identità di struttura nei due casi.

Prevalgono le posizioni, per così dire, di compromesso. Tra quanti le sostengono, alcuni ritengono che la linea di demarcazione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sia trasversale e non coincida con quella tra prestazione d'opera intellettuale e prestazione d'opera manuale³¹⁰; altri, senza disattendere il precedente rilievo, ritengono che debba relativizzarsi oltre che il confine esterno tra le due categorie, soprattutto il contenuto delle diverse obbligazioni in esse comprese. All'interno di ciascuna vi sarebbero infatti attività, come quelle preparatorie, che vanno valutate alla stregua della diligenza, indipendentemente dal risultato, ed attività, anche tra quelle tradizionalmente ricondotte entro le obbligazioni di mezzi, come quella del medico, che vanno considerate adempiute in ragione del risultato, qualora questo possa essere raggiunto con particolare facilità e certezza (operazione chirurgica di *routine*)³¹¹.

³⁰⁹ Si è già detto invece che il risultato-interesse è dedotto in obbligazione ma non entra a definire la prestazione. Per ciò stesso la prestazione può essere completata, con conseguente maturazione del diritto al compenso, nonostante l'interesse sia pregiudicato da eventi ascrivibili alla sfera del creditore. Va fatto inoltre salvo il caso in cui l'interesse del creditore sia pregiudicato da comportamenti od omissioni del debitore riconducibili a dolo o colpa grave, che possono configurarsi tanto in presenza quanto in assenza di prestazione, e fondano ugualmente una responsabilità dello stesso anch'essa di natura contrattuale (nonostante criteri di valutazione siano omogenei a quelli operanti in ambito aquiliano).

³¹⁰ Cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 131, che ritiene si sia sostituita una linea di demarcazione orizzontale ad una di tipo verticale.

³¹¹ Cfr. MUSOLINO, *ivi*, 123 ss. L'Autore pare assumere riguardo al problema sollevato dalla nozione dell'obbligazione del professionista intellettuale come obbligazione di mezzi, diversi punti di vista. L'obbligazione del professionista intellettuale sarebbe in primo luogo di mezzi

Sono in definitiva pochi quelli che, preso atto delle precedenti considerazioni, assumono una posizione veramente radicale, ovvero sostengono che anche nelle obbligazioni di mezzi tradizionali entra a pieno titolo il risultato, precisamente, la guarigione «o il miglioramento dello stato di salute compatibilmente con i traguardi attuali consentiti dalla scienza medica», nel caso della prestazione del medico; «la tutela effettiva degli interessi compatibilmente al grado e avuto riguardo all'accordo intercorso tra le parti»³¹², nel caso dell'avvocato. Questo per citare le ipotesi emblematiche, storicamente considerate obbligazioni di soli mezzi.

La quadratura del cerchio risiederebbe, secondo l'opinione più chiara in proposito³¹³, nel distinguere tra inadempimento, conseguente alla mancanza di risultato, allorché quanto promesso non è stato conseguito, e responsabilità. Quest'ultima potrebbe essere esclusa qualora medico o avvocato

in un significato relativo, posto che «ogni obbligazione è ad un tempo di mezzi e di risultato, poiché nessun comportamento può essere rilevante se non è seguito da un risultato, così come quest'ultimo non può essere conseguito se non costituisce espressione di un comportamento idoneo a realizzarlo». Altro elemento per relativizzare la distinzione, sottolineato dall'Autore, deriva dalla circostanza che la realizzazione del risultato, intesa come soddisfacimento del diritto del creditore, rappresenta l'esito solo normale dell'attuazione del contenuto dell'obbligazione, il che ci riporta alle considerazioni sopra svolte sulla circostanza che il risultato-interesse non entra in modo "assoluto", in nessuna obbligazione, ma in tutte in modo solo relativo. Infine, altrettanto importante per riconsiderare i termini della distinzione è, secondo l'opinione in discorso, che il risultato professionale non è mai prodotto materiale, ma bene immateriale. La soluzione senz'altro affermata è allora che va «dato per presupposto che anche l'obbligazione assunta dal professionista nel contratto d'opera intellettuale, come ogni altra obbligazione contrattuale, sorge per il conseguimento del risultato *in obligatione*» (cfr. *ivi*, 127). La posizione dell'Autore non fa altro che confermare la difficoltà del tema, difficoltà legata, tra l'altro, alle molteplici accezioni e ruoli che ha il risultato entro l'obbligazione (e la sua possibile collocazione dentro o fuori dalla prestazione).

³¹² Così FORTINO, *op. cit.*, 61; in senso adesivo, v. PERULLI, *op. cit.*, 455. Altrettanto drastico è CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, Milano, 1998, 124. L'Autore, a chiare lettere, afferma che: «È mutato l'oggetto dell'obbligazione, ossia il risultato utile che il creditore può attendersi dal debitore. Tale risultato va al di là della semplice conformità dell'opera prestata alle regole dell'arte ed è costituito dalle conseguenze positive che derivano dall'opera stessa secondo un nesso di derivazione naturale quando siano rispettate le regole medesime e non intervengano fattori imprevedibili e inevitabili che, rendendo impossibile il conseguimento del risultato maggiore ormai dovuto, come tali sono in grado di scagionare il debitore. Ma proprio perché elementi impeditivi della responsabilità, essi necessitano di prova da parte del debitore». Va segnalato il riferimento dello studioso "al nesso di derivazione naturale" tra esecuzione della prestazione d'opera e realizzazione del risultato. Va tuttavia rimarcato che il risultato-interesse entra in obbligazione ma non è elemento della prestazione e che gli eventi che lo impediscono si interpongono rispetto ad un risultato giuridico già compiuto, cioè sono eventi che non rendono impossibile la prestazione e che orbitando nella sfera del creditore integrano rischi a suo carico.

³¹³ Cfr. FORTINO, *op. loc. ult. cit.*; CASTRONOVO C., *op. loc. ult. cit.*

dimostrassero l'esistenza di circostanze che hanno impedito la realizzazione del primo e che non siano ad essi imputabili. In altri termini, sparita l'idea della specialità di simili obbligazioni, esse andrebbero costruite e regolate secondo il regime ordinario.

Permane tuttavia una difficoltà, anche adottando le teorie che rilevano l'esistenza di un risultato nella obbligazione del professionista, che impone riflessioni ulteriori. Ci sembra che la dottrina trascuri di chiarire cosa accada al compenso del professionista qualora si ritenga che il risultato entri in obbligazione. Ci si può chiedere infatti se il suo mancato conseguimento per causa non imputabile, che manda esente da responsabilità il debitore, possa, o meglio, debba, se compreso nel concetto di prestazione, compromettere il diritto alla controprestazione. Più in generale manca probabilmente alla discussione una visione più chiara della differenza tra prestazione e risultato, della varietà dei concetti di risultato rilevanti entro la nozione di prestazione, nonché il contenuto della nozione di risultato-interesse, rispetto evidentemente a tutte le obbligazioni.

In altri termini, occorre corredare l'affermazione per cui l'obbligazione del professionista non è di puri mezzi, con ulteriori verifiche e precisazioni introducendo anche rispetto ad esse quelle complesse tematiche che sono tradizionalmente proprie delle obbligazioni così dette di risultato.

La conclusione enunciata, che supera la dicotomia in discorso, richiede dunque un impegno interpretativo al giurista per definire quali siano le ricadute in tema di responsabilità e compenso che da essa derivano ed impone verifiche per lo scarso sviluppo che in esse tradizionalmente presentano le tematiche della impossibilità. Potrebbe essere accolta più diffusamente e con meno dubbi, qualora si avvalesse delle più recenti e importanti acquisizioni in ordine alla nozione di prestazione e venisse accompagnata da una più generale riconsiderazione della disciplina del rischio degli eventi fortuiti.

Quanto alla prima, si è visto che consiste in un percorso complesso di trasformazione della realtà che dalla sfera del debitore approda a quella del creditore, in vario modo e passando per il conseguimento di risultati di differente natura, da quello materiale a quello giuridico. Si è visto inoltre come il concetto di risultato-interesse, che è la guida fondamentale per la determinazione della prestazione, è però ad essa esterno e si dirama in due direzioni: consiste nell'esito positivo del giudizio di corrispondenza tra fase attuativa e fase programmatica del dovere di prestazione, ma conserva la sua valenza per così dire naturalistica e psicologica sebbene oggettivata nel contratto come elemento della causa di esso.

Adottata tale ricostruzione per qualunque genere di obbligazioni, occorre prendere atto che il risultato-interesse può sussistere come corrispondenza tra esecuzione della prestazione e sua programmazione, e tuttavia restare insoddisfatta la sua variante psicologica e naturalistica. Ciò comporta l'estinzione dell'obbligazione per adempimento del dovere di prestazione, salvo che il debitore abbia direttamente pregiudicato il risultato-interesse – anch'esso dedotto in obbligazione ma esterno al dovere di prestazione – con dolo o colpa grave.

Qualora sia invece mancata la prestazione o questa sia difettosa, nell'eventualità che il risultato-interesse sia comunque soddisfatto, l'impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione potrà estinguere l'obbligazione e mandare esente da responsabilità il debitore, privandolo tuttavia del compenso. Qualora il risultato interesse resti invece insoddisfatto, il debitore potrebbe fornire la dimostrazione che esso sarebbe comunque rimasto pregiudicato anche in caso di esatta esecuzione.

Quanto invece alla disciplina del rischio, il suo esame dovrebbe essere in grado di dimostrare che esistono regole di fondo comuni alle varie figure di obbligazioni il cui trattamento è differenziato e differenziabile non in base alla dicotomia in discorso, ma alle peculiarità di ciascuna e della specifica relazione, combinazione, o addirittura intreccio che può realizzarsi tra sfera del debitore e sfera del creditore.

25. La prestazione come processo di trasformazione della realtà materiale e immateriale e l'obbligazione come rapporto complesso, sintesi del regime della responsabilità e del rischio della prestazione

La dottrina che ha approfondito il tema relativo al concetto di prestazione, ha evidenziato come la condotta del debitore sia dotata sempre di una dimensione oggettiva intrinseca giacché si traduce in ogni caso in una modificazione della realtà materiale (e immateriale). Questo dato consente tra l'altro di distinguere tra la condotta del debitore ed il substrato cui la stessa sia applicato, posto che il regime della impossibilità potrebbe ragionevolmente ritenersi diverso a seconda che incida sulla prima o sul secondo ed altresì differenziarsi in ragione dell'appartenenza di quest'ultimo al debitore o al creditore (v. al riguardo *supra*). Di risultato dovrebbe altresì parlarsi come elemento interno alla prestazione, ulteriore rispetto alla condotta e alla trasformazione suddetta, e comprensivo dell'acquisizione del risultato materiale e immateriale, alla sfera del creditore. Questo punto terminale della prestazione può essere definito, per identificarlo, risultato giuridico.

Il risultato propriamente detto, si dovrebbe collocare all'esterno della prestazione e consistere nell'interesse del creditore o meglio nella sua soddisfazione in senso naturalistico e psicologico e non nell'adempimento della sola prestazione. Va rimarcato infatti che la soddisfazione suddetta è frutto sia di un giudizio formale positivo circa la coincidenza tra fase esecutiva e fase programmatica del dovere di prestazione, e potrebbe mancare nelle obbligazioni professionali come nelle altre, sia della sostanziale realizzazione dell'interesse. La prima nozione (coincidenza tra fase esecutiva e fase programmatica) può ricorrere senza che si ravvisi in concreto anche la seconda, laddove il giudizio di esattezza sia positivo e sia conseguito il risultato giuridico ma *ex post* lo stesso venga a mancare. Va rimarcato inoltre che non sempre è facile compiere il primo giudizio, ovvero verificare la coincidenza tra risultato-giuridico, punto di approdo della prestazione, e risultato-interesse inteso come esito programmatico della prestazione medesima. Non solo perché quest'ultima può presentare margini di vaghezza, ma anche perché è difficile cogliere e giudicare l'opera intellettuale. Se è complesso appurare la presenza di difetti nella cosa trasferita o costruita, tanto più è difficile cogliere i difetti dell'opera immateriale. Per comprendere tale dato non c'è bisogno di appellarsi al nesso certo con cui la prima soddisferebbe l'interesse del creditore, ed invece ipotizzare che sia incerto e solo probabile quello che lega (almeno in genere) la seconda alla soddisfazione dell'interesse in funzione del quale è stata disposta.

Nell'obbligazione, d'altra parte è compreso non solo il regime della responsabilità ma anche quello del rischio, dovendosi sulla base della medesima, ed in ragione del suo contenuto, regolarci tanto la violazione di regole di condotta, quanto le conseguenze che derivano da eventi estintivi non imputabili, ovvero giustificati o ammessi.

Il concetto accolto e di prestazione e di impossibilità, mantiene fede tanto alla nozione naturalistica di essa, quanto al principio di coestensione tra debito e responsabilità affiancando, entro la stessa obbligazione, alle regole della prima, quelle sul rischio degli eventi fortuiti e le conseguenze di essi sul compenso. Altro aspetto infatti che merita di essere valorizzato, per un'adeguata soluzione del problema, è costituito dalla complessità del rapporto obbligatorio, specialmente (ma non solo³¹⁴) quando esso abbia fonte e natura contrattuale (in senso stretto).

³¹⁴ È sufficiente ricordare come entro la disciplina dell'obbligazione in generale (Titolo I, Libro IV), il legislatore regoli l'impossibilità sopravvenuta non imputabile considerandone sia

Proprio la necessità di assicurare il compenso all'opera del professionista anche in mancanza di un risultato³¹⁵, che è quasi di rito considerare estremamente incerto in tal genere di rapporti, induce alcuni studiosi a sostenere un'ulteriore soluzione compromissoria³¹⁶. Non esisterebbe una differenza aprioristica tra obbligazioni professionali, sempre di mezzi, e obbligazioni manuali, sempre di risultato. In entrambi gli ambiti così tradizionalmente distinti potrebbero rintracciarsi obbligazioni ad alto tasso di vincolatività e perciò definite di risultato: quest'ultimo infatti seguirebbe con certezza alla prestazione; ed obbligazioni a basso tasso di vincolatività e perciò di mezzi in cui la prestazione sarebbe legata al risultato da un mero criterio probabilistico. L'affermazione secondo la quale è statisticamente più frequente che il risultato non venga realizzato, introdurrebbe una semplificazione del regime probatorio.

Nell'obbligazione così detta di mezzi, infatti, basterebbe che il debitore provi di aver adottato la diligenza richiesta per andare esente da responsabilità. Il legame incerto tra condotta e risultato consentirebbe di presumere un'impossibilità non imputabile del risultato ai sensi dell'art. 1218 c.c. Diversamente, in quelle di risultato si imporrebbe al debitore di fornire la prova specifica dell'impossibilità non imputabile, giacché in esse è più certo il rapporto tra la condotta del debitore e la realizzazione dell'interesse del creditore.

Sulla questione dell'onere della prova ritorneremo, tra l'altro segnalando come il raggiungimento o meno dell'interesse del creditore (in senso naturalistico) non sia di per sé solo indicativo dell'adempimento o rispettivamente

le ricadute ordinarie, sia quelle speciali che ricorrono in caso di mora del debitore e di mora del creditore.

³¹⁵ Tale problema non sussiste laddove si accogla l'opinione autorevole per la quale il risultato risiederebbe nell'osservanza delle regole della professione. Tale opinione incontra ci pare un problema analogo tuttavia qualora l'inosservanza delle regole sia dovuta ad una impossibilità sopravvenuta non imputabile ad osservarle. A rigore infatti dovrebbe sostenersi che il debitore pur andando esente da responsabilità perda il diritto alla controprestazione mancandone il risultato.

³¹⁶ a tesi qui rapidamente esposta è sostenuta da D'AMICO, *op. loc. ult. cit.* Di essa ci occuperemo nuovamente posto che lo stesso studioso la ha rivista e riproposta alla luce del c.d. superamento della dicotomia mezzi-risultato, che avrebbe comunque senso anche rispetto alla regola probatoria fatta propria dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2001, giacché in un secondo livello di controllo differente da quello concernente l'esecuzione della prestazione, nelle obbligazioni di risultato il debitore potrebbe provare una impossibilità della prestazione non imputabile indicando un evento specifico; il creditore di una obbligazione di mezzi potrebbe dimostrare che il debitore nonostante l'esecuzione della prestazione ha violato ulteriori regole di diligenza.

dell'inadempimento del debitore e come si debba distinguere anche in punto di responsabilità oltre che di prova, tra impossibilità della prestazione e impossibilità del risultato-interesse³¹⁷.

L'ultima opinione riporta indirettamente la questione non solo ai limiti della responsabilità del debitore, ma anche alla valutazione dell'incidenza, sulle obbligazioni tradizionalmente definite di mezzi, del "rischio" degli eventi sopravvenuti. Non ci sembra peraltro che la distinzione possa ricevere maggior fondamento spostando l'attenzione sull'onere della prova.

Inoltre, l'incertezza dell'esito vantaggioso, che sarebbe propria delle cc.dd. obbligazioni di mezzi, se facilita la prova liberatoria del debitore che abbia tenuto la condotta dovuta, potrebbe rendere più grave la sua posizione in assenza di essa. Anche in tal caso, tuttavia, a noi sembra indispensabile consentire al debitore di provare che l'interesse non si sarebbe comunque realizzato, nonostante l'esatta esecuzione della prestazione³¹⁸. Come si è detto già, in tale ipotesi dovrebbe ammettersi il creditore a provare che il debitore, abbia tenuto o meno la condotta dovuta, ha con dolo o colpa grave pregiudicato direttamente il risultato-interesse; di contro si dovrebbe consentire al debitore che non abbia eseguito la prestazione, di dimostrare che il risultato sarebbe mancato secondo un criterio di probabilità non necessariamente maggiore di quella originariamente considerata in obbligazione (purché integri il criterio del più probabile che non), anche in presenza della condotta dovuta.

Da queste ipotesi in cui è incerto il rapporto tra prestazione e risultato, vanno distinte quelle in cui è incerto lo stesso contenuto della prestazione, ovvero il legame tra condotta e risultato materiale o giuridico. Si tratta delle ipotesi in cui mancano al professionista regole precise e collaudate di comportamento, così come suppone l'art. 2236 c.c. La prestazione definisce per

³¹⁷ Invero mentre la prima suppone la mancata esecuzione in tutto o in parte della prestazione o la sua inesattezza, il secondo può ricorrere indipendentemente dalla esecuzione oltre che dall'esattezza della prestazione. Il pregiudizio del risultato-interesse può essere causa autonoma di responsabilità contrattuale (per dolo o colpa grave del debitore che pure abbia eseguito esattamente la prestazione), oppure (in quanto riconducibile a sequenze causali ascrivibili alla sfera del creditore) causa autonoma di esclusione della responsabilità per il debitore che non abbia eseguito – o non abbia eseguito esattamente la prestazione. Nel primo caso l'evento impedirà l'estinzione dell'obbligazione lasciando che scatti il regime della responsabilità, nel secondo caso consentirà l'estinzione del debito di prestazione lasciando che scatti il regime del rischio.

³¹⁸ Così emerge dalle sentenze soprattutto in tema di responsabilità medica, che ammettono il medico a provare come nonostante la esattezza della prestazione il paziente non avrebbe conseguito alcun miglioramento.

il debitore infatti la regola di condotta “concreta” da applicare, regola che il legislatore pare identificare con la diligenza media. Quest’ultima a sua volta, non è la fonte di integrazione della prestazione, è piuttosto la prestazione stessa³¹⁹. Essa è identificata infatti in ragione della tensione verso l’interesse del creditore ed è rivestita dalla regola della diligenza professionale. In tali ipotesi la incertezza del contenuto della prestazione rende improprio il controllo di esattezza tra esecuzione e programmazione. Resta fermo invece la valutazione dei comportamenti del debitore direttamente pregiudizievoli dell’interesse del creditore.

Contro l’impostazione processuale e probatoria va dunque rilevato prima di tutto che se si postula una deroga al regime ordinario della prova, di essa dovrebbe essere fornito un fondamento di diritto positivo. In secondo luogo, non potrebbe correttamente sostenersi una differenza del regime probatorio riconducendola alla stessa proclamazione della differenza tra obbligazioni di mezzi e di risultato, posto che la prima dovrebbe viceversa giustificare la seconda. Soprattutto, infine, non potrebbero sostenersi entrambe sull’art. 2236 c.c. che parrebbe contenere un precetto sostanziale con ricadute probatorie solo di tipo consequenziale.

La conclusione di una totale sovrapposibilità delle obbligazioni che hanno ad oggetto un’opera manuale con quelle che concernono una prestazione d’opera intellettuale (da noi qui accolta), non può peraltro essere sostenuta se non rivedendo ciascuno degli elementi del rapporto obbligatorio: dal concetto di prestazione d’opera, al concetto ed al ruolo che il risultato ricopre entro la nozione di prestazione e fuori di essa, al contenuto del dovere di diligenza nell’adempimento e nel conservare la possibilità della prestazione; fino alla posizione della buona fede e dei doveri integrativi su di essa fondati.

Un’ultima considerazione va poi rivolta alle opinioni più moderate. Esse non rappresentano propriamente un superamento della contrapposizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, giacché, piuttosto che contestarla, paiono condividerla tanto da presupporla. Quanti affermano che talune obbligazioni professionali, come quella del notaio o dell’ingegnere,

³¹⁹ Anche qui ci troviamo di fronte ad un termine, quello di diligenza, polisenso, per di più non sempre richiamato a ragione nei discorsi in tema di obbligazione. Per esempio, a nostro giudizio, è improprio considerare la diligenza professionale fonte di integrazione del dovere di prestazione. La professione c’entra evidentemente con la determinazione della prestazione ma non sono le regole della buona esecuzione ad essere in gioco, quanto le regole della scienza e della tecnica a cui la professione si appoggia: le regole della medicina, del diritto, ecc. che non possono appiattirsi nella perizia nella loro applicazione.

presentino al loro interno un risultato, o siano da trattare come obbligazioni di risultato, ribadiscono a pieno titolo la dicotomia sul piano scientifico pur applicandola in un ambito più ristretto; analogamente, solo assumendo come corretta la differenziazione si giustifica l'orientamento secondo cui alcune obbligazioni professionali possono assimilarsi a quelle di risultato, in ragione della facilità con cui quest'ultimo può essere raggiunto (cc.dd. obbligazioni di *routine*)³²⁰. In realtà, non sembra che la redazione di un atto pubblico di vendita da parte del notaio, o di un progetto dal parte dell'ingegnere, in ragione della materialità dell'atto in cui l'attività professionale si traduce, possa giustificare la considerazione di tal genere di rapporti in termini strutturalmente differenti rispetto alle altre obbligazioni professionali. Non è difficile verificare come in tutte le prestazioni intellettuali vi è un substrato materiale, o un *corpus mechanicum*, in cui l'attività richiesta si risolve (o, comunque, si estrinseca) ed in cui si manifesta l'esito della sua applicazione. Al risultato appena evidenziato, si aggiunge la sua acquisizione alla sfera del creditore. Tale acquisizione integra il concetto di risultato in senso giuridico.

Come detto, l'interesse del creditore è concetto ancora diverso. La sua soddisfazione è integrata da due entità differenti. L'una corrisponde al giudizio positivo sul confronto tra attività esecutiva e programma obbligatorio (prestazione). L'altra consiste nella soddisfazione in senso naturalistico dell'interesse e può mancare nonostante l'esito positivo del primo giudizio. È sufficiente la prima ad integrare l'adempimento, salvo il dolo o la colpa grave del debitore; è sufficiente la impossibilità del secondo ad integrare una causa di liberazione del debitore anche in assenza della prestazione e ancorché non possa parlarsi di impossibilità della prestazione.

Si deve allora prendere atto dell'omogeneità di struttura tra obbligazioni (dette impropriamente) di mezzi e di risultato e riconoscere, come dato empirico e non tecnico, che in talune professioni, analogamente a quanto accade nel contratto d'opera manuale, l'acquisto della utilità avuta di mira (risultato in senso giuridico), è successiva al perfezionamento del risultato materiale entro la sfera del debitore. Un esempio è quello già prospettato della costruzione di una protesi dentaria, che ben potrebbe distruggersi prima dell'impianto nella bocca del creditore; oppure la formulazione di un parere, che ben potrebbe perdersi per improvviso cattivo funzionamento del *computer* prima della consegna al cliente o della sua utilizzazione nel

³²⁰ Sulle prestazioni di *routine* cfr. SANTORO, *op. cit.* e D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit.

processo. Il dato in sé considerato dovrebbe escludere il compenso per la prestazione mancata.

Più difficilmente tale soluzione potrà essere applicata ai casi che si possono definire di acquisto a titolo originario e progressivo del risultato giuridico nella sfera del cliente, in cui gli eventi fortuiti più facilmente saranno da ascrivere, come rischio, alla sfera di pertinenza del creditore così che il loro verificarsi lascerà fermo il diritto al compenso per l'opera svolta (esempi possono essere la morte del paziente per cause indipendenti dall'operazione chirurgica e non legate alla patologia in cura presso il professionista).

Il discorso non inficia quanto detto sulla rilevanza, ai fini della valutazione della responsabilità del debitore, di processi causali a lui ascrivibili, non qualificati dal dovere di prestazione ed idonei a pregiudicare direttamente il risultato dedotto in obbligazione. Si armonizza, piuttosto, a pieno con esso. Se si tratta infatti di processi ascrivibili a dolo o colpa grave del debitore essi integrano a giusto titolo un inadempimento ed una responsabilità contrattuale. La qualificazione in questi termini, deriva in negativo dallo stesso impegno del debitore a realizzare l'interesse³²¹, che implica per necessità logica e giuridica, quello a non pregiudicare lo stesso interesse direttamente con la propria condotta commissiva od omissiva³²².

Quanto poi alla categoria delle prestazioni di *routine* delineata dalla giurisprudenza³²³ – categoria tra l'altro il cui ruolo appare oggi assai ridimensionato o addirittura superato, soprattutto per i nuovi orientamenti sul tema dell'onere della prova in caso di inadempimento –, è evidente che rinvia

³²¹ L'interesse va identificato a pieno attraverso una valutazione di buona fede e correttezza, concetti questi che operano all'interno del rapporto obbligatorio, a nostro avviso, non attraverso la creazione di nuovi obblighi di prestazione, né attraverso la configurazione di obblighi senza prestazione. In combinazione con un dovere di prestazione il loro compito è quello di costruire attorno all'interesse del creditore un'area di responsabilità contrattuale conseguente alla violazione delle regole ordinarie di diligenza (generica e specifica) altrimenti operanti in area extracontrattuale. Le ipotesi di violazione sono integrate nel linguaggio legislativo le ipotesi di dolo ed alla colpa grave, quest'ultima da intendere come "colpa senza prestazione".

³²² Si tratta di comportamenti che non possono farsi rientrare né nell'obbligo di conservare il risultato, come la dottrina pare ritenere ampliando il contenuto del dovere di conservazione che attiene invece alla prestazione, né nei doveri di protezione (sulla cui configurazione ci siamo permessi di ritornare). Esso è il minimo indispensabile sempre presente nell'obbligazione che se impegna il debitore a perseguire un risultato-interesse (attraverso un dovere di prestazione), gli impone altresì di non pregiudicarlo direttamente (dolo e colpa grave).

³²³ Sulla questione v. anche *infra*. Si tratta di distinzione legata ad un orientamento che si ritiene ormai superato e che è durato dal 1978 al 2004. Cfr. per la osservazione D'AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 146.

anch'essa all'analisi del rapporto causale tra "condotta e risultato-interesse" fissato in obbligazione. Per quanto si è detto, in quest'ultima lo scopo-interesse entra non in via assoluta, ma solo secondo un preciso rapporto di causalità con la prestazione. Come ha rilevato parte della dottrina³²⁴, in taluni casi tale nesso appare particolarmente stringente sul piano *concreto*, così da rendere più che remota l'eventualità che il risultato-interesse venga a mancare per causa non imputabile al debitore.

Si è già discusso sulla costruzione teorica che traendo linfa dall'orientamento giurisprudenziale in esame, ha rifondato la distinzione tra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi intendendola come distinzione tra obbligazioni ad esito certo ed obbligazioni ad esito incerto. I giudici sulla distinzione hanno piuttosto assunto la conclusione che, in quelle di *routine*, fosse più agevole non tanto il contenuto dell'onere probatorio, ma la tipologia di prove utilizzabili – consentendo in particolare di avvalersi di presunzioni semplici – con le quali in ipotesi assolverlo³²⁵.

Escluso che spetti al creditore provare l'inadempimento, la soluzione sembra comunque, anche in questa versione giurisprudenziale, da superare. Che il debitore debba provare qualcosa di più della sola prestazione diligente, non sembra necessario neppure nelle obbligazioni così dette di risultato: il legislatore pone chiaramente nell'art. 1218 c.c. l'alternativa tra prestazione esatta ed impossibilità non imputabile, e dunque, se la prestazione c'è stata, non sembra necessario scomodare né l'impossibilità della prestazione, peraltro incompatibile con la prova dell'avvenuto adempimento della stessa, né propriamente l'impossibilità del risultato-interesse, questione sulla quale invece normalmente l'indagine si sposta. Invero tale dimensione del rapporto obbligatorio fa emergere l'eventualità che vi siano stati comportamenti comunque pregiudizievoli, diversi dall'inesattezza della prestazione, tenuti dal debitore, lesivi direttamente dell'interesse del creditore.

Tali circostanze esulano dalla regola probatoria dell'art. 1218 c.c. e probabilmente spetta al creditore identificarle e provarle. La natura routinaria ed altri dati di fatto potrebbero allora giustificare l'applicazione di una presunzione semplice a tutela del creditore, ma in una prospettiva differente

³²⁴ L'osservazione è stata valorizzata da D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., *passim*, e spec. 174 ss., che se ne avvale per conclusioni in gran parte differenti da quelle qui accolte che per altro verso traggono (ci sembra) dalle prime stimoli e sollecitazioni.

³²⁵ Parrebbe questa tra l'altro la posizione della giurisprudenza.

da quella usualmente considerata. Basterà al creditore provare l'assenza del risultato ed alcune circostanze per far "presumere" non il difetto di prestazione, ma altre condotte commissive od omissive lesive del suo interesse; mentre da parte del debitore non basterà dimostrare di aver tenuto una qualche condotta diligente o addirittura di avere eseguito esattamente la prestazione: la mancanza del risultato in presenza di precise circostanze, rende infatti plausibile che vi siano stati comunque comportamenti estranei al dovere di prestazione, imputabili al debitore, idonei a provocare il pregiudizio dell'interesse del creditore³²⁶.

Va detto peraltro che rispetto ai processi differenti dall'omissione del dovere di prestazione, che pregiudicano l'interesse del creditore, quella offerta è solo un'ipotesi di soluzione poiché è ancora dubbia, a nostro avviso, la regola da applicare quanto ad onere probatorio. La ragione di questo risiede a monte nella circostanza che, nonostante la considerazione di tali comportamenti e la loro sicura rilevanza sia attestata dal materiale giurisprudenziale, la dottrina non pare averne a nostro parere, considerato a pieno il fondamento³²⁷. In particolare il pregiudizio del risultato-interesse in quanto tale, non viene opportunamente distinto dalla impossibilità sopravvenuta della prestazione, dalla quale invece si distanzia profondamente posto che consegue ad accadimenti che non incidono sulla prestazione e soprattutto sono indipendenti dalla sua esecuzione o inesecuzione.

L'art. 1218 c.c. non pare dunque in grado di regolare tali evenienze quanto ad onere della prova, così che, a nostro avviso, occorrerebbe far capo al riguardo ai principi generali: se dunque è il debitore che a fronte dell'inesatta prestazione o mancanza di essa intende addurre l'esistenza di eventi che avrebbero comunque pregiudicato l'interesse del creditore ed ascrivibili alla sfera di quest'ultimo, per andare esente da responsabilità, è lui a doversi fare carico della relativa dimostrazione; se viceversa è il creditore che attribuisce gli eventi pregiudizievoli a dolo o colpa grave del debitore, il quale pure, per

³²⁶ Se la prova della diligenza è irreprensibile, se il debitore dimostra a pieno di aver tenuto quanto richiesto dalla diligenza per realizzare il risultato, potrebbe ipotizzarsi che, accanto ad essa, siano state tuttavia assunte condotte idonee a pregiudicarlo, ipotesi che il legislatore, almeno a nostro sommesso avviso, riconduce al concetto di dolo o colpa grave (anche argomentando ai sensi dell'art. 2236 c.c.).

³²⁷ Come si è detto infatti si oscilla tra ricondurre la rilevanza di tali processi causali in quanto imputabili al debitore alla violazione del dovere di conservare la possibilità del risultato. Il che è contrario al dato normativo che riferisce al debitore il solo dovere di conservare la possibilità della prestazione e si inserisce un elemento di grande confusione rispetto alla distribuzione del rischio in tema di obbligazioni.

il resto, si è conformato al dovere di prestazione, sarà lui tenuto alla prova consequenziale.

26. Gli orientamenti giurisprudenziali. La (supposta) indifferenza del risultato, e la (supposta) rilevanza esclusiva della diligenza, nelle obbligazioni professionali. I termini del confronto con la prestazione d'opera manuale

La giurisprudenza ha spesso fatto uso della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato³²⁸. Va preso atto, peraltro, che la Cassa-

³²⁸ Cfr., a favore della distinzione, Cass., S.U., 9.3.1965, n. 375, che esclude la responsabilità per mancato conseguimento del risultato; Cass., 18.5.1988, n. 3463, in *Corriere giur.*, 1988, 989; recentemente la qualificazione di obbligazioni di mezzi si trova applicata dalla giurisprudenza di merito, cfr. T. Parma, 8.8.2013, n. 1067, in *Banca dati Juris Data*, 2014, 2, che considera obbligazione di mezzi quella della società che si incarichi della preparazione di uno studente escludendo la responsabilità per il caso in cui l'esame universitario non sia stato superato (assai significativa, ci pare, sugli equivoci che si annidano dietro l'uso della qualificazione in esame); T. Belluno, 11.5.2009, in *Riv. notariato*, 2009, 6, 1507, con nota di CASU, *In tema di responsabilità professionale del notaio*, e T. Bari, 8.7.2009, n. 2300, in *Giurisprudenza barese. it.*, 2009; sempre a favore della distinzione, tra le pronunce di legittimità da ultimo, cfr. Cass., 15.10.2013, n. 23350, in *Guida dir.*, 2013, 46, 43, che qualifica quella del direttore dei lavori un'obbligazione di mezzi e chiama quest'ultimo a rispondere dei vizi e delle difformità della cosa appaltata per non aver applicato la necessaria diligenza nel vigilare sui lavori di esecuzione dell'opera e nel comunicarli al committente; anche Cass., 5.8.2013, n. 18612, in *Giust. civ. mass.*, 2013, rv. 627537, definisce di mezzi e non di risultato l'obbligazione dell'avvocato, per chiamarlo poi a rispondere in ragione del suo difetto di diligenza media (escludendo che nel caso concreto ricorresse una speciale difficoltà). In epoca meno recente cfr. Cass., 12.12.1962, n. 3329, secondo la quale «in tema di responsabilità professionale, l'inadempimento non può desumersi senz'altro dal risultato mancato, ma va valutato alla stregua del dovere di diligenza, che *in subiecta materia* prescinde dal criterio generale del buon padre di famiglia e si adegua alla natura dell'attività esercitata». Cass., 12.9.1970, n. 1386, in *Giust. civ.*, 1971, 1, 627, afferma che «in applicazione dei principi generali, nell'ipotesi in cui il professionista abbia fornito la prova dell'espletamento dell'incarico affidatogli, spetta al committente l'onere di provare la colpevole inosservanza o la violazione da parte del primo delle regole tecniche proprie di ciascuna disciplina e professione». T. Bari, 27.12.1978, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 372, così si esprime seguendo una massima ricorrente: «Le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, pertanto il prestatore di opera intellettuale non è responsabile se il risultato non viene raggiunto ovvero non viene raggiunto nella forma prevista o sperata. L'inadempimento di tali obbligazioni, quindi, si concreta nella violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale in concreto esercitata e non nel mancato raggiungimento del risultato. Questo inadempimento di regola consiste nella inosservanza della diligenza prescritta dal comma 2 dell'art. 1176 c.c. e peraltro se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, a norma dell'art. 2236 c.c. la responsabilità è attenuata, rispondendo in tal caso il professionista soltanto della colpa grave oltre che del dolo». Si distingue in parte la pronuncia del T. Roma, 28.3.1979, in *Riv. it. medicina legale*, 1980, 373 ed in *Giur. di Merito*, 1980, 326, che aderisce

zione ha avuto modo recentemente, in più di un'occasione, di contestarne la fondatezza e di prendere sicura posizione a favore del suo superamento³²⁹.

Più difficile è invece comprendere se il rinvio alla diligenza abbia ricevuto e riceva un'incidenza pratica differente, a seconda della tipologia di obbligazioni, nella soluzione dei limiti della responsabilità del debitore. La tematica della responsabilità contrattuale può infatti considerarsi afflitta da tempo, come molte questioni apparentemente insormontabili e rispetto alle quali pare irraggiungibile un'opinione veramente condivisa, da una sostanziale omogeneità delle soluzioni "pratiche" finali proposte, almeno in ordine alla

all'impostazione accolta dalla nota teoria di Mengoni per la quale nelle obbligazioni così dette di mezzi il risultato è una qualità del comportamento, un modo di procedere nell'esecuzione, da parte del debitore, corrispondente ai parametri della diligenza di tipo oggettivo. Si noti che la massima propone anche in ordine al regime dell'onere della prova in tema di risarcimento del danno, la soluzione proposta dallo stesso studioso, nonché la conclusione dallo stesso accolta quanto al limite – sostanziale – della responsabilità del debitore. Secondo detta massima infatti «nell'ipotesi di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale (nella specie, medico chirurgo) per inosservanza della diligenza prescritta dall'art. 1176, comma 2 c.c., che comprende anche la colpa lieve ove la prestazione non implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il cliente è tenuto a provare non soltanto di avere risentito un danno, ma anche che questo è stato cagionato da insufficiente o inadeguata attività, cioè dalla difettosa esecuzione della prestazione del professionista, rimanendo a carico di quest'ultimo la dimostrazione dell'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione stessa».

³²⁹ V. Cass., S.U., 28.7.2005, n. 15781, cit., in *Europa dir. priv.*, 2006, 2, 781, con nota di NICOLUSSI, *op. cit.*, rispetto al progettista; sempre sul punto della responsabilità di quest'ultimo, v. Cass., 31.7.2006, n. 17306, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 2007, 2, 514; considera superata la distinzione Cass., 14.4.2007, n. 8826 in *Il civilista*, 2010, 2, 86, mentre Cass., S.U., 11.1.2008, n. 577, *ibidem*, dichiara la distinzione non immune da profili problematici, tenendo conto che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni; Cass., 3.9.2008, n. 22129, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 9, 1308, dichiara ininfluenza la distinzione ai fini della valutazione di responsabilità di chi riceve il compito di redigere un progetto di ingegneria o architettura; ancora Cass., 9.10.2012, n. 17143, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 2013, 3, 1588, considera quella del medico e quella della Casa di cura obbligazioni di risultato ritenendo che lo stesso sia da calibrare in ragione della qualifica dello specialista e della struttura nella quale il primo è chiamato ad operare; nella giurisprudenza di merito, cfr. T. Venezia, sez. III, 9.2.2009, in *Giur. di Merito*, 2009, 5, 1280. A commento dell'orientamento giurisprudenziale che si dichiara contrario alla distinzione, cfr. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, in Danno e resp.*, nn. 8-9/2008, 871 ss. Sulla responsabilità dell'avvocato cfr. Cass., 6.7.2010, n. 15861, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2, 379, con commento di MARIOTTI, SERPETTI, *Responsabilità dell'avvocato da mancata iscrizione a ruolo del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, e Cass., 10.12.2012, n. 22376, in *Guida dir.*, 2013, 4, 33, intervenuta nuovamente sul tema della responsabilità del legale, ed in generale del prestatore d'opera intellettuale. Quest'ultima pronuncia fa applicazione del concetto di risultato – in un contesto in cui non ci sembra sia chiarito compiutamente il senso – dovrebbe trattarsi del risultato-interesse – e la posizione che riveste rispetto alla nozione di prestazione ed in rapporto alla regola contenuta nell'art. 1218 c.c.

responsabilità, ma da una estrema varietà delle formule teoriche ovvero dei paradigmi normativi tramite i quali quelle soluzioni sono espresse e soprattutto giustificate. Basti considerare, per esemplificare, come per escludere la responsabilità del professionista, ma anche di qualunque altro debitore, talvolta si faccia appello alla mancanza di colpa, tal'altra all'esistenza di una impossibilità non imputabile. Quest'ultima inoltre talvolta è definita soggettiva, altre volte oggettiva, in alcune circostanze assoluta, in altre relativa, così che è difficile a monte stabilire quale sia l'impianto teorico dal quale si muove in ordine al fondamento ed ai limiti della responsabilità contrattuale³³⁰.

Viene affermato che nelle obbligazioni professionali, in quanto obbligazioni di mezzi, è irrilevante la mancanza del risultato per affermare la responsabilità del debitore; quest'ultima dipenderà piuttosto dalla violazione del dovere di diligenza.

Se si eccettua il profilo dell'onere della prova, spesso coinvolto nella questione, sul quale si ritornerà, le conclusioni assunte per il contratto d'opera intellettuale non sembrano affatto da applicare e applicate in concreto alle sole obbligazioni del professionista. Sullo sfondo vi è la differenza tra i molteplici significati del termine risultato e la circostanza che alcuni di essi, come quello che vale ad indicare il risultato materiale (o immateriale) e il risultato giuridico, attengono alla prestazione e ne fanno parte, altri invece sono ad essa estranei (lo è il concetto di risultato-interesse). Spesso le discussioni si concentrano sull'assenza del risultato giuridico. Anche nelle cc.dd. obbliga-

³³⁰ A titolo esemplificativo si confronti Cass., 9.8.2007, n. 17478, in *Dir. trasporti*, 2008, I, 251 (s.m.), che si richiama alla diligenza per escludere la responsabilità del vettore (altrettanto fa Cass., 23.3.2001, n. 4236, sempre in tema di trasporto, e Cass., 21.6.1993, n. 6866, in tema di deposito in albergo e campeggio), con Cass., 23.2006, n. 6967, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 3, in tema di responsabilità dell'avvocato che, da un lato, considera l'obbligazione del professionista in questione come di mezzi, dall'altro applica al caso un giudizio di responsabilità che tiene conto della "probabilità" di conseguire il risultato attraverso una condotta differente da quella tenuta e precisamente afferma: «La responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., da commisurare alla natura dell'attività esercitata. Inoltre, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie, redazione e notifica di un atto d'appello privo dell'indispensabile indicazione della data di udienza di comparizione) in tanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito, secondo un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata ed immune da vizi logici e giuridici». In senso conforme alla decisione da ultimo citata in ordine alla causalità omissiva, Cass., 19.11.2004, n. 21894, *ivi*, 2005, 1.

zioni di risultato se manca quest'ultimo, come accade nel caso di impossibilità, non imputabile ad alcuna parte, dell'esecuzione completa dell'opera oggetto di appalto o di contratto manuale, il debitore non è affatto responsabile, fermo restando che sul punto inciderà anche la regola da applicare in ordine al rischio. Altrettanto può dirsi rispetto alla necessità di verificare se la mancanza del risultato giuridico sia legata all'inosservanza delle regole dell'arte contemplata certamente non soltanto nelle obbligazioni di mezzi (cfr. artt. 1662 e 2224 c.c.).

Possono dunque assimilarsi ai casi indicati rispetto al contratto d'appalto (e d'opera manuale), quelli in cui il chirurgo che ha avviato un'operazione o il medico che abbia ordinato una cura farmacologica debba arrestarsi nell'esecuzione a fronte di un proprio improvviso malore o per un difetto non prevedibile ed evitabile degli strumenti di cura. In tal caso dovrebbe aver diritto al compenso per la prestazione fino a quel momento eseguita in ragione del risultato "utile" conseguito dalla controparte, ovvero, per ciò che si è detto, in ragione della prestazione che ha percorso un ciclo completo perfezionandosi con l'ingresso nella sfera del creditore; un'eventuale differenza di trattamento sul punto può derivare dai criteri applicati per la definizione del compenso, che devono tenere comunque conto del decoro della professione e dunque di profili qualitativi e non strettamente quantitativi. Se ad intervenire è il peggioramento non imputabile al debitore del quadro clinico del paziente, che renda del tutto impossibile "proseguire" nell'esecuzione della prestazione (e non solo dunque renda impossibile la guarigione o il miglioramento dello stato di salute programmato in contratto), vi è una impossibilità non imputabile della prestazione – e non del solo risultato-interesse –, ed è da ritenere che il medico abbia diritto al compenso per l'opera fino a quel momento completata nonché anche alle spese utili sopportate, gravitando l'evento nella sfera del soggetto attivo. Anche in tal caso un'operazione rigorosamente aritmetica non sarà possibile in considerazione della modalità di determinazione del compenso per la prestazione intellettuale.

Allo stesso modo equiparabili ai casi esaminati per il contratto d'appalto o d'opera manuale, sono le ipotesi in cui l'avvocato che abbia studiato e predisposto una linea difensiva, non sia in grado di proseguire nella medesima in ragione del verificarsi di un malore o per la distruzione degli atti difensivi da lui predisposti (in quanto situazioni non imputabili), o piuttosto, laddove gli eventi attengano alla sfera attiva, per il verificarsi di una circostanza ostativa come il cambiamento repentino del quadro normativo applicabile agli interessi del cliente. È evidente, peraltro, che assumeranno rilievo anche

in tal caso i criteri per la definizione del corrispettivo, propri del contratto d'opera intellettuale, costituiti dall'importanza e dal decoro della professione e indubbiamente peculiari rispetto a quelli propri del contratto d'opera manuale³³¹. Va rilevato, per inciso che, nonostante la disciplina sul compenso abbia subito una profonda trasformazione, restano ferme le ragioni che rendono del tutto speciali la natura, le modalità di determinazione ed il contenuto del compenso del professionista³³².

Mentre la realizzazione della prestazione d'opera manuale è sufficiente in genere ad assicurare l'interesse del creditore attraverso l'acquisto dell'opera finale, la realizzazione e acquisizione dell'opera intellettuale non assicura in genere affatto l'esito positivo sperato dal cliente. Il compimento dell'intervento chirurgico o il completamento della terapia farmacologica, o ancora la difesa assicurata dall'avvocato nell'intero processo, per quanto siano acquisiti alla sfera del creditore non sono invece connessi necessariamente alla soddisfazione dell'interesse (nel senso naturalistico sopra evidenziato) del creditore. Il rilievo è puramente pratico e statistico. Sul piano tecnico giuridico il dato rileverà in quanto sarà più frequente che il debitore adduca una circostanza sopravvenuta a lui non imputabile ed ascrivibile altresì alla sfera del creditore che abbia pregiudicato la soddisfazione dell'interesse di quest'ultimo. Il professionista conserverà il diritto al compenso in quanto risulti che la mancata realizzazione di detto interesse deriva da circostanze, oltre che a lui non imputabili, riconducibili all'area di appartenenza e controllo del creditore (può pensarsi a condizioni patologiche del paziente non comunicate o non accertabili dal medico, o a condizioni personali o fatti del cliente non comunicati all'avvocato che hanno impedito, rispettivamente, una completa guarigione o un'adeguata difesa)³³³.

27. (Continua). La regola operativa per il caso di obbligazioni di routine

L'attenzione qui rivolta alla giurisprudenza ci riporta sul tema delle obbligazioni di *routine*. Ai giudici infatti si attribuisce l'introduzione del concetto, e con esso l'attenuazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di

³³¹ Il punto delicato della questione è appurare se sia necessario in questi casi come in quelli previsti in tema di appalto che l'opera non sia solo eseguita ma anche che sia entrata nella sfera del creditore. Deve ritenersi peraltro che normalmente la prestazione intellettuale venga o possa venire acquisita progressivamente alla sfera del creditore.

³³² Sul punto si rinvia al commento all'art. 2233 c.c.

³³³ Si tratta di circostanze che non tanto rendono impossibile quanto inutile la prestazione.

risultato e l'applicazione, anche a quelle di mezzi di carattere routinario, del trattamento riservato alle obbligazioni del secondo tipo³³⁴. Si tratta di una soluzione che, come tutte quelle semplificatrici, è sembrato da un lato che desse il giusto taglio pratico alla questione della responsabilità del professionista, ed è stata per ciò da molti approvata; dall'altro, e in senso opposto, è parso che tradisse le più elementari esigenze scientifiche, ed è stata per questo altrettanto irrimediabilmente contestata e combattuta.

Tralasciando per il momento le implicazioni sul piano dell'onere probatorio, la nozione di prestazione di *routine* assegna un'importanza centrale alla relazione causale che risulta in concreto identificabile tra una certa prestazione d'opera intellettuale e la realizzazione del risultato avuto di mira dal cliente³³⁵. Per quanto sopra chiarito, il nesso di causalità tra prestazione (nella specie, quella avente ad oggetto l'opera intellettuale) e soddisfazione dell'interesse del creditore, è da considerarsi sempre dedotto in obbligazione³³⁶. Ciò peraltro non significa, come si è ampiamente documentato, che il risultato-interesse entri nel concetto di prestazione, nel quale sono compresi invece il concetto di risultato materiale/immateriale e quello di risultato giuridico.

Appare allora senz'altro da valorizzare, per la comprensione dei casi concreti ed anche per il loro trattamento da parte dei giudici, un vaglio preventivo del rapporto di possibilità e/o probabilità di conseguire lo scopo dedotto in obbligazione, posto che appare legittimo assumere una minor sicurezza nell'esito (statisticamente parlando) della prestazione d'opera intellettuale rispetto a quella manuale. Ciò non può condurre peraltro né ad una con-

³³⁴ Cfr. SANTORO, *op. cit.* e GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto e impresa*, 1989, 32 ss.

³³⁵ Sul piano del diritto positivo è indubitabile che la nozione di prestazione di *routine* si inserisca nell'alveo segnato dall'art. 2236 c.c. che parla di prestazioni che implicano la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, potendosi ritenere figura desumibile a contrario dalla norma citata. In effetti, dall'articolo richiamato non sembra potersi desumere un aggravamento dell'onere della prova a carico del debitore, laddove la obbligazione implichi la soluzione di questioni semplici. Queste ultime sembrano viceversa essere caratterizzate dalla possibilità di individuare con precisione le regole di condotta che compongono la prestazione.

³³⁶ In base a quanto detto sulla verifica della soddisfazione dell'interesse attraverso il confronto tra prestazione programmata e prestazione eseguita, è corretto affermare che essa si risolve nell'accertamento di un meccanismo di corrispondenza giuridico formale. Resta fermo l'approfondimento del caso, anche sul piano del nesso di causalità materiale, allorché si tratti di evidenziare specifici comportamenti del debitore direttamente compiuti in pregiudizio di detto interesse, ovvero sequenze causali ascrivibili alla sfera del creditore che avrebbero comunque impedito la sua soddisfazione quand'anche il debitore avesse adempiuto.

trapposizione concettuale tra le obbligazioni “di *routine*” e le altre obbligazioni d’opera intellettuale né ad una assimilazione concettuale, da parte di chi muova in partenza dalla loro differenza, delle prime a quelle di risultato. La peculiarità del trattamento riservato a tale genere di obbligazioni è puramente empirico, mentre sono da ricostruire concettualmente in termini omogenei a tutte le altre. Si adottano semplicemente, in quelle di *routine*, regole operative più semplici: per esempio, l’uso di presunzioni di fonte giudiziale per affermare la responsabilità del debitore³³⁷, una volta che è data per appurata la mancanza del risultato³³⁸. Il che non può essere considerato uno scandalo posto che le presunzioni semplici costituiscono un mezzo di prova nel nostro ordinamento (v. art. 2729 c.c.).

Anche l’ammissibilità di una simile ricaduta va peraltro valutata alla luce delle più recenti acquisizioni della giurisprudenza sulla distribuzione dell’onere di provare l’inadempimento; rispetto a tali novità, non è probabilmente estraneo proprio il ripensamento sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ed il convincimento, sottostante, che il soddisfacimento dell’interesse del creditore, pur dipendendo da fattori assai vari, è dedotto in obbligazione come conseguenza (causalmente parlando) della prestazione del debitore³³⁹.

Se si corregge, come è giusto fare, il concetto di presunzione di colpa, applicato alle prestazioni di *routine*, e si parla di presunzione di collegamento causale (in funzione del quale si applica il dovere di prestazione) tra difetto della prestazione d’opera e mancanza del risultato/interesse da conseguire,

³³⁷ La dottrina rileva come in caso di operazioni di *routine* sia improprio individuare l’esistenza a carico del professionista di una presunzione di colpa, posto che è in discussione, in prima battuta, il nesso causale tra il peggioramento delle condizioni del paziente o il mancato conseguimento del risultato avuto di mira (anche in rapporti diversi da quello medico-paziente) e la prestazione del professionista. È indubbio che l’art. 1218 c.c., identificando nell’impossibilità sopravvenuta la causa di esclusione della responsabilità, pone in primo piano il nesso di causalità tra prestazione e risultato/interesse, e quale circostanza liberatoria, la sua interruzione. Piuttosto che di presunzione di colpa, dovrebbe parlarsi allora di presunzione di collegamento causale tra difetto della prestazione d’opera intellettuale e mancanza di risultato/interesse. Cfr. in tal senso D’AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 147 spec. nt. 18. Sulla questione ritorneremo in seguito.

³³⁸ Come detto più volte questa conclusione assume una valenza marginale oggi, giacché si è superata senz’altro l’idea di un onere della prova dell’inadempimento da parte del creditore (anche nelle prestazioni d’opera intellettuale).

³³⁹ Secondo tale lettura, l’art. 1218 c.c. risulta una norma che inverte l’onere della prova più che della diligenza – anche per quanto si è detto su quest’ultima come corredo, costituito da regole oggettive, della condotta causalmente legata al risultato o al suo pregiudizio – dello stesso nesso di causalità.

è evidente che si fa applicazione di una regola sostanziale, oggi riconosciuta anche in ambito probatorio e processuale, in forza della quale la responsabilità contrattuale presuppone una nozione di obbligazione nella quale si fa carico al debitore non di raggiungere il risultato sempre e comunque, ma di eseguire la prestazione in vista del suo raggiungimento e lo si grava sul piano processuale dell'onere di provare non che la sua mancanza (del risultato-interesse) non è a lui imputabile, ma che egli ha eseguito la prestazione o che non lo ha fatto per impossibilità non imputabile (*ex art. 1218 c.c.*).

Senonché la presunzione di responsabilità del debitore per le obbligazioni di semplice esecuzione ha senso solo laddove si muova dalla regola probatoria opposta, quella cioè che pone a carico del creditore il dovere di indicare e provare i presupposti della responsabilità, mentre così, in genere almeno, non accade o non dovrebbe accadere. L'orientamento in discorso si è inteso allora nel senso che nelle prestazioni più "facili" da un lato, la prova della non imputabilità del risultato al difetto di prestazione sarà più difficile (soprattutto perché esito non confortato dai dati statistici conformi) rispetto agli altri casi, assodato che, comunque, è il debitore, professionista, a dover fornire la prova in grado di mandarlo esente da responsabilità³⁴⁰.

³⁴⁰ Di estremo interesse ed illuminante dell'intero percorso seguito dalla Cassazione in ordine alle obbligazioni professionali, e segnatamente a quella del medico, è la sentenza Cass., 13.4.2007, n. 8826, cit., in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 9, 1824 (s.m.), con nota di GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*. In essa si trova affermato il pieno superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, definita infondata teoricamente e normativamente (si cita quale vecchia sentenza favorevole alla distinzione, Cass., S.U., 9.3.1965, n. 375). Per l'inidoneità di tale distinzione in tema di prestazione d'opera intellettuale, con particolare riferimento all'obbligazione del progettista, v. recentemente Cass., S.U., 28.7.2005, n. 15781, cit. La stessa Cass., 13.4.2007, n. 8826, in un passaggio dell'argomentazione sottolinea «che nelle ipotesi tipicamente indicate come obbligazioni di risultato (es., l'obbligazione del depositario) non è comunque garantito il risultato, giacché l'impegno del debitore è pur sempre obbligatorio, e non si sostanzia invero in un'assicurazione. Tant'è che il medesimo non risponde dell'inadempimento dovuto ad impedimento sopravvenuto non prevedibile né superabile con il normale sforzo diligente adeguato al tipo di prestazione (ad es., il depositario non risponde della mancata restituzione della cosa depositata in conseguenza della rapina di cui è rimasto vittima: v. Cass., 29/7/2004, n. 14470; Cass., 19/7/2004, n. 13359; Cass., 5/12/2003, n. 18651; Cass., 20/1/1997, n. 534)».

L'articolata motivazione della sentenza n. 8826/2007 contesta anche l'impostazione processualista e probatoria, «secondo cui nelle obbligazioni di risultato non basta all'obbligato, per sottrarsi alla responsabilità, dimostrare di avere usato la diligenza, atteso che anche nelle obbligazioni di mezzi il debitore inadempiente ha l'onere di provare l'evento impeditivo e di provare l'imprevedibilità e l'insuperabilità di tale evento con la normale diligenza». In quest'ultima argomentazione traspare peraltro la problematica distinzione tra impossibilità della prestazione e pregiudizio del risultato-interesse. Altro punto su cui la sentenza si sofferma, concerne l'irrelevanza sul piano probatorio delle obbligazioni di *routine* (in tal senso

Nella discussione tuttavia si annida un equivoco, ben evidenziato da un'importante concezione che ha riproposto in termini innovativi la distinzione, anche in parziale critica con l'orientamento giurisprudenziale che avrebbe inteso superare la dicotomia. Secondo tale opinione resterebbe la differenza tra i casi in cui il debitore è chiamato a provare l'evento specifico

invece v. Cass., 21.12.1978, n. 6141; Cass., 16.11.1988, n. 6220; Cass., 11.3.2002, n. 3492), e la rilettura del precedente orientamento in forza del quale «l'onere della prova è stato ripartito tra le parti nel senso che spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà, e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee; ovvero a quest'ultimo spetta provare che l'intervento è di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non sia dipeso da suo difetto di diligenza (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 11/11/2005, n. 22894; Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 16/2/2001, n. 2335; Cass., 19/5/1999, n. 4852; Cass., 4/2/1998, n. 1127; Cass., 30/5/1996, n. 5005; Cass., 16/11/1988, n. 6220)». Tale rilettura è avvenuta «anche alla luce del principio enunciato in termini generali da Cass., Sez. Un. 30/10/2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento (...). Applicando tale principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico si è affermato che il paziente che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né evitabile con la diligenza nel caso dovuta (per il riferimento all'evento imprevisto ed imprevedibile cfr., da ultimo, Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 11/11/2005, n. 22894). Pertanto, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c. il paziente-creditore ha il mero onere di allegare il contratto ed il relativo inadempimento o inesatto adempimento, non essendo tenuto a provare la colpa del medico e/o della struttura sanitaria e la relativa gravità (da ultimo v. Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 21/6/2004, n. 11488)».

Altri importanti profili esaminati dalla sentenza citata attengono alla circostanza che nella responsabilità contrattuale anche la conservazione dello *status quo ante* costituisce inadempimento, per mancato raggiungimento del risultato, laddove tale conservazione è idonea ad escludere la responsabilità extracontrattuale. «Lo stato di inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento (nel caso, funzionale) costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, e che il paziente può legittimamente attendersi quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione convenuta professionale. Anch'essa in effetti connota l'eseguito intervento chirurgico in termini di "inutilità", con tutte le conseguenze di carattere fisico e psicologico (spese, sofferenze patite, conseguenze psicologiche dovute alla persistenza della patologia e alla prospettiva di subire una nuova operazione, ecc.) che ne derivano per il paziente, caratterizzandolo pertanto in termini di "insuccesso" (cfr. Cass., 21/7/2003, n. 11316), a tale stregua integrando fattispecie d'inadempimento ingenerante responsabilità *ex art. 1218 ss. c.c.* In tale aspetto si coglie anzi una fondamentale differenza rispetto alla considerazione della responsabilità del medico in termini di responsabilità extracontrattuale (cfr. quanto al riguardo osservato da Cass., 22/12/1999, n. 589. Per la limitazione della configurabilità della responsabilità extracontrattuale all'ipotesi che all'effettuazione dell'intervento medico consegua un aggravamento della patologia o l'insorgenza di nuove patologie v. Cass., 11/4/1995, n. 4152; Cass., 18/4/1994, n. 8470; Cass., 1/2/1991, n. 977)». È ribadita inoltre l'ormai acquisita conclusione circa la natura contrattuale sia della responsabilità della Casa di cura (come dell'ospedale pubblico), sia di quella del medico dipendente, verso il paziente.

che ha determinato l'impossibilità della prestazione, che ricorrono allorché le obbligazioni sono di risultato, ed i casi in cui al debitore basta provare l'esatta esecuzione della prestazione, che rientrerebbero nelle obbligazioni di diligenza. Secondo tale concezione la giurisprudenza assimilando tutte le ipotesi entro un comune onere probatorio, non distinguerebbe tra «la situazione (e l'accertamento) relativa all'adempimento/inadempimento dell'obbligazione, e la situazione (e l'accertamento) relativa alla eventuale impossibilità della prestazione»³⁴¹.

Anche la riproposizione della distinzione su queste basi appare tuttavia infondata. In vero, ciò che occorre distinguere è tra adempimento della prestazione e pregiudizio del risultato-interesse ascrivibile ad eventi imputabili alla sfera del creditore: due concetti che possono coesistere in tutte le obbligazioni, quantunque da intendere, tutte, come di risultato. Va cioè preso atto che il debitore che adempie esattamente la prestazione realizza per ciò stesso l'interesse del creditore inteso come coincidenza tra momento programmatico e momento esecutivo, ben potendo, invece, il risultato-interesse in senso naturalistico subire vicende che lo compromettono e che coinvolgono la sfera del creditore. Tale pregiudizio non è da confondere con la impossibilità della prestazione, che suppone la mancata o inesatta esecuzione di questa. Tale interesse potrebbe essere è vero pregiudicato da comportamenti del debitore diversi dalla violazione del dovere di prestazione (dolo o colpa grave), ma in linea di massima ciò sarà onere del creditore provarlo.

È infatti da ritenere legittimo, ferma restando la struttura dell'obbligazione ed il quadro di riferimento della responsabilità, che la maggiore o piuttosto la minore facilità di conseguire il risultato sia tenuta in conto dal legislatore nel fissare una limitazione di responsabilità. La questione è strettamente dipendente dall'interpretazione che si ritenga di offrire dell'art. 2236 c.c. e in particolare proprio del concetto di dolo o colpa grave che da essa, come d'altronde dall'art. 1229 c.c., si desume.

L'oggetto della prova del debitore pone sempre, in alternativa tra loro, come emerge dall'art. 1218 c.c., l'esatta esecuzione della prestazione o l'impossibilità di essa (compresa l'impossibilità del risultato materiale/immateriale e del risultato giuridico), mentre la prova del pregiudizio dell'interesse per cause non imputabili al debitore è cosa differente, e rappresenta sostanzialmente la prova della estraneità di tale evento e del suo controllo

³⁴¹ Cfr. D'AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 153.

al contenuto della prestazione ed all'obbligo di conservarla e può mandare esente il debitore da responsabilità tanto nel caso in cui abbia eseguito esattamente la prestazione, in tale evenienza egli avrà più propriamente adempiuto ad essa, sia in caso di assenza di questa o di suo inesatto adempimento.

28. Fondamento e limiti della responsabilità contrattuale: il duplice livello di controllo (prestazione e risultato-interesse)

È arrivato il momento di ritornare sull'opinione proposta in ordine al fondamento ed ai limiti della responsabilità contrattuale e sulle sue implicazioni. Muovendo dalla ricostruzione del contenuto del rapporto obbligatorio, che non si dubita rappresenti il punto di partenza per una adeguata soluzione circa il fondamento e i limiti della responsabilità per inadempimento, si è osservato come in esso sia definito *ab origine* un particolare processo causale che ha impulso nella condotta (o nell'omissione della stessa) del debitore tramite il quale si perviene, passando dal risultato materiale/immateriale a quello giuridico, a soddisfare l'interesse del creditore. Tale interesse ha due significati, coincidenti programmaticamente al momento del sorgere dell'obbligazione ma che possono divergere al momento in cui ne è avvenuta l'esecuzione. L'uno è di matrice volontaristica, ispira la conclusione del contratto, e diventa oggettivo al suo interno partecipando della causa concreta. L'altro è tecnico giuridico ed indica l'esito positivo del confronto tra prestazione eseguita e prestazione programmata. Potremmo sintetizzare tali affermazioni distinguendo tra adempimento della prestazione ed adempimento dell'obbligazione. Il secondo concetto non sempre e necessariamente coincide con il primo.

Anche qui va evidenziato il rischio di una contorsione del linguaggio, che ai puristi potrebbe sembrare inaccettabile. Può accadere che la prestazione sia completata e che l'interesse non sia stato conseguito. Questo perché *a posteriori* rispetto all'acquisizione giuridica del risultato materiale/immateriale (cioè a fronte del risultato-giuridico), per cause non imputabili al debitore, l'interesse è stato altrimenti pregiudicato. In tal caso non è inficiato il giudizio positivo descritto. Dunque dovrebbe dirsi che il debitore va esente da responsabilità per aver adempiuto e non perché si è prodotta una impossibilità non imputabile. Il creditore in genere addurrà un inadempimento in ragione del difetto del risultato-interesse, mentre il debitore dovrà provare o la esecuzione esatta della prestazione ovvero l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile; e quand'anche non ricorra né l'una

(la prestazione) né l'altra (l'impossibilità della prima), potrebbe dimostrare che la mancata soddisfazione dell'interesse in senso naturalistico del creditore è avvenuta per cause ascrivibili a quest'ultimo. Il debitore potrebbe cioè dimostrare che il risultato-interesse, in senso naturalistico, sarebbe comunque mancato nonostante l'esecuzione esatta della prestazione per cause riconducibili alla sfera del creditore o per circostanze che è comunque quest'ultimo a dover sopportare. Non si tratta come è evidente di impossibilità della prestazione.

L'impossibilità della prestazione è definita dal rapporto, per l'appunto, con la prestazione stessa; rispetto alla impossibilità la diligenza misura il nesso di imputabilità, o meglio va riferita all'ulteriore nesso di causalità relativo alla condotta del debitore volta a conservare la possibilità della prestazione. La nozione di diligenza che viene qui in considerazione è differente dalla diligenza richiesta nella esecuzione della prestazione, ed è più vicina alla diligenza che opera in area extracontrattuale (anzi è quest'ultima, salvo che per orbitare in area contrattuale); non è infatti predefinito il comportamento (prestazione) diretto a conseguire un determinato risultato (come avviene invece nelle obbligazioni di custodia in senso stretto) che alla diligenza spetta qualificare ulteriormente (nel senso di dotarlo di qualità), essendo, piuttosto, richiesto al debitore genericamente, secondo diligenza, di salvaguardare l'integrità di quanto implicato dall'esecuzione della prestazione.

L'impossibilità della prestazione è invece differente dall'impossibilità, successiva, non dipendente cioè dalla prima, del risultato-interesse. Non può ravvisarsi il dovere specifico del debitore di impedirne il pregiudizio per cause a lui estranee, posto che esiste già il dovere da parte sua di perseguire detto interesse, ma esiste il dovere del debitore di non comprometterlo con propri comportamenti, diversi dalla violazione del dovere di prestazione (dolo e colpa grave, arg. *ex* artt. 2236 e 1229 c.c.).

In altri termini, occorre appurare l'esecuzione della prestazione e se il debitore abbia osservato il dovere di conservare per quanto gli compete, secondo diligenza, le condizioni di possibilità della stessa. Verificata, di quest'ultima, l'esecuzione o l'inesecuzione, resta da valutare anche la sorte dell'interesse in senso naturalistico del creditore; questo può essere compromesso in presenza come in assenza della prestazione e a seconda dei casi lasciare, nonostante l'inesecuzione, il debitore libero da responsabilità, ovvero chiamarlo a rispondere, nonostante l'esatta esecuzione della prestazione (dolo o colpa grave).

Va ribadito che il rapporto causale identificato all'origine costituisce comunque un parametro che va integrato in corso d'opera attraverso il criterio della buona fede (non sostituibile dal metro della diligenza, che è oggetto del giudizio e non criterio per effettuarlo), circostanza, questa, che assegna all'obbligazione la necessaria duttilità. Esso integrerà di conseguenza il contenuto della prestazione richiesta anche in corso d'opera, o meglio, data la natura della prestazione in questione, definirà la misura in cui le circostanze potranno ampliare il dovere del professionista. Esemplificando, assunto dal medico l'obbligo di curare una patologia cardiaca che al momento risulta possibile con la somministrazione di farmaci, non si può pretendere successivamente, in ragione del principio di buona fede, che la prestazione possa divenire quella di procedere ad un intervento chirurgico da parte dello stesso professionista, la buona fede potrà invece operare nel caso esattamente opposto.

Infine, alla luce di quanto emerge dall'art. 2236 c.c., dall'obbligazione è desumibile un'ulteriore specifica forma di violazione che il legislatore riconduce al concetto di dolo o colpa grave del debitore. Si tratta di quei comportamenti del tutto differenti dalla prestazione dovuta per realizzare il risultato/interesse, e che in ipotesi possono associarsi ad essa, ma che anziché diretti a perseguire l'interesse del creditore siano chiaramente orientati a pregiudicarlo. Non a caso al riguardo il legislatore si appella al concetto di dolo o di colpa grave.

Sul piano differente del rischio, ulteriore considerazione merita l'esame dell'origine e soprattutto del termine di incidenza della impossibilità, o più in generale degli eventi che pregiudicano la prestazione nella suo progressivo sviluppo, fino ad incidere, direttamente – ed indipendentemente dalla prima –, esclusivamente sul risultato-interesse³⁴². Solo così può completarsi il giudizio sull'operato del debitore, giacché va sottoposto ad un controllo non solo quanto egli ha compiuto per conseguire l'interesse del creditore, o quanto ha compiuto contro di esso, o ancora quanto ha fatto per conser-

³⁴² Assegnare rilevanza al profilo su cui incide l'evento non imputabile, crediamo chiarisca a pieno la disciplina della prestazione di lavoro subordinato. Anche quando si traduce nella realizzazione di manufatti, il rischio degli eventi fortuiti è a carico del creditore (così si dice sinteticamente, ma in modo almeno parzialmente improprio), in ragione della circostanza che in tale tipo di obbligazioni, di pertinenza del debitore, e dunque potenziale fonte di rischi a suo carico, non solo la materia e i mezzi sono del creditore ma la stessa condotta del debitore è imputabile direttamente al creditore medesimo (pur in assenza di spendita del nome). Il che non consente, nel contesto della subordinazione, alcun tipo di distinzione tra opera manuale ed intellettuale. Sulla rilevanza dei profili organizzatori sul piano della responsabilità del professionista intellettuale, cfr. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, cit., 150 ss.

vare le condizioni di possibilità della prestazione, ma anche, ove possibile, l'origine e comunque sempre l'incidenza degli eventi pregiudizievoli appartenenti alle diverse serie causali.

Propriamente l'impossibilità del risultato-interesse è cosa differente rispetto alla impossibilità della prestazione. Essa infatti può essere cagionata direttamente dal debitore per dolo e colpa grave, e ciò comporterà la sua responsabilità contrattuale anche quando abbia eseguito esattamente la prestazione (argomentando *ex artt.* 2236 e 1229 c.c.). Può peraltro verificarsi il caso in cui il debitore non abbia eseguito la prestazione o non lo abbia fatto esattamente, e tuttavia possa andare esente da responsabilità provando che il risultato-interesse non sarebbe stato comunque conseguito. Il tema lascia aperto il problema del risarcimento per danni da ritardo o per conseguenze collaterali della mancanza o della inesattezza della prestazione professionale.

Resta comprovato allora che la piena verifica della responsabilità del debitore dovrebbe coinvolgere molteplici livelli di giudizio³⁴³. Il primo attiene al controllo sulla mancanza del risultato-interesse e sull'imputabilità di ciò ad un difetto della prestazione del debitore. Appurato che la mancanza del risultato si collega ad un'omissione totale o parziale della prestazione o ad un difetto assoluto o relativo nella sua esecuzione, si apre una seconda fase di giudizio al fine di verificare l'esistenza di una impossibilità della prestazione e la sua imputabilità al debitore.

Ancora si può accertare altrimenti la responsabilità del debitore, come anche liberarlo dalla medesima. Qualora il debitore abbia tenuto la pre-

³⁴³ La presenza di più livelli di controllo e la possibilità o meno del giudizio di fermarsi senza che siano percorsi tutti, è rilevato da D'AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 151. L'Autore, a cui si deve riconoscere di aver dato nuova linfa alla discussione sul tema della responsabilità del debitore e riflessioni utili per la soluzione della questioni che essa solleva, muove a nostro avviso da due premesse non condivisibili. In primo luogo non distingue tra impossibilità della prestazione e impossibilità del risultato-interesse, perché ci pare non chiarisca preventivamente che il risultato interesse può consistere in due entità distinte. L'una coincide con il giudizio di conformità tra programma ed esecuzione (ed è legata strettamente alla prestazione), l'altra è entità naturalistica e reale e dunque ha esistenza e vita proprie, distinte dalla prestazione. Altro passaggio importante trascurato usualmente nel discorso, consiste nel non enucleare i comportamenti del debitore che direttamente pregiudicano l'interesse e che di per sé non violano la prestazione, ma violano senz'altro l'obbligazione. Per questi motivi non è forse del tutto convincente l'ulteriore fase di controllo individuata dallo studioso. Essa concernerebbe l'eventualità di provare l'impossibilità della prestazione ma "a prestazione compiuta". Si tratta, secondo quanto evidenziato piuttosto di pregiudizio del risultato-interesse.

stazione diligente richiesta, si potrebbe appurare che ha compromesso, con altro comportamento (commissivo od omissivo) estraneo al dovere di prestazione, il risultato. Si tratta delle ipotesi riconducibili al dolo o alla colpa grave dell'obbligato. Nell'ipotesi in cui invece la prestazione non è eseguita e manchi il risultato-interesse, si potrà verificare se questo esito sia comunque dipeso da fattori estranei al debitore ed a lui non imputabili così da consentire a quest'ultimo di andare esente da responsabilità.

Quanto al rischio, qualora l'impossibilità non imputabile attenga alla prestazione occorre comunque prendere atto dell'intreccio tra sfera del debitore e sfera del creditore, lasciandosi ispirare dal principio per cui ciascuno sopporta gli eventi che incidono sulla propria sfera giuridica, senza poterli riversare su altri neppure se si tratta di soggetti debitori. Il professionista sopporterà le impossibilità che incidono sulla propria sfera e non imputabili ad alcuno, nel senso che subirà il rischio del mancato conseguimento del risultato/interesse, sotto forma di perdita del compenso per quanto eseguito che non sia entrato nella sfera del creditore o più in generale il cui ciclo non sia stato completato. Le impossibilità non imputabili che incidono sulla sfera del creditore ci sembra giustifichino, invece, in linea di principio, e salvo varianti particolari, che il debitore (professionista o appaltatore) riceva un compenso per quanto comunque eseguito ed anche il rimborso delle spese sostenute nei limiti della loro utilità. Resta fermo però che quando l'interruzione del processo sia frutto di una scelta volontaria libera del creditore (recesso *ad nutum*), il professionista ha diritto³⁴⁴ al rimborso delle spese e di quanto comunque compiuto (ed anche in linea di massima l'indennizzo per mancato guadagno, fermi restando i criteri per la definizione del compenso professionale che inducono il legislatore ad escludere tale ultima voce)³⁴⁵.

³⁴⁴ Si rinvia al commento all'art. 2237 c.c.

³⁴⁵ Questione ancora diversa attiene alle ipotesi in cui si verifichi un'impossibilità di ricevere la prestazione derivante da causa non imputabile ancorché ascrivibile alla sfera del creditore, ma la prestazione contempli l'attribuzione al creditore di una semplice possibilità di goderne, senza che si sposti il risultato dalla sfera di appartenenza del debitore. Tali eventualità vanno a nostro avviso regolate considerando esaurita la prestazione con l'attribuzione al creditore di detta possibilità, a prescindere dall'effettivo godimento. Tale circostanza dovrà ritenersi sufficiente perché maturi il diritto del debitore al compenso. Si tratta delle vicende dibattute del creditore crocerista che non si rechi in crociera, o del giovane che non si rechi alla lezione collettiva di danza. Differente è peraltro il caso delle lezioni individuali poiché in esse la prestazione non è esplicata in assenza del creditore.

Qualora la prestazione diventi impossibile per colpa del creditore, ci sembra che le considerazioni sulla responsabilità ancora una volta si intreccino con il regime proprietario. Dovrebbe ritenersi in particolare che i criteri sulla base dei quali poter procedere alla distribuzione del rischio della mancata esecuzione della prestazione professionale e della mancata erogazione del compenso, debbano tenere in conto se il comportamento colpevole abbia inciso sulla sfera dello stesso creditore (egli ha, per esempio, compromesso negligenzemente la propria condizione fisica rendendo impossibile l'esecuzione della cura medica), oppure sulla sfera della controparte debitrice (il creditore ha lesionato irrimediabilmente l'apparato strumentale predisposto in via esclusiva per effettuare l'intervento chirurgico, o addirittura l'integrità fisica del medico che avrebbe dovuto procedere all'operazione). La circostanza che il legislatore non dia spazio a simili circostanze ci sembra che possa trovare spiegazione nella prioritaria dimensione aquiliana e/o proprietaria che in esse si manifesta. Pertanto, nel primo caso, le ragioni della impossibilità, che essa sia cioè addebitabile a colpa del creditore, non ne altera il regime rispetto a quella non sia a lui imputabile. Di fronte ad essa si può giustificare che sia a carico del cliente il compenso per quanto acquisito alla propria sfera (prestazione parziale, nel significato già precisato) ed il rimborso alla controparte delle spese sostenute utili. Il regime proprietario impone infatti di rispettare la libertà del creditore di agire sulla propria persona e sui propri beni. Né viene in considerazione l'art. 1227 c.c. posto che non è in gioco, per definizione, l'inadempimento del debitore. Nel secondo caso scatterà invece, senz'altro, il regime della responsabilità extracontrattuale ed occorrerà valutare se fra le conseguenze dannose dirette subite dal debitore, la cui voce entra nel risarcimento a lui dovuto, vi sia anche la perdita del diritto al compenso. Parrebbe corretto accedere a tale conclusione.

Qualora il pregiudizio concerna invece direttamente l'interesse del creditore, il debitore avrà diritto alla controprestazione certamente rispetto alla prestazione da lui eseguita. In tal caso, il debitore andrà esente da responsabilità, e perderà il diritto alla controprestazione solo nella misura in cui non abbia eseguito la propria.

29. La problematica distinzione tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale rispetto all'attività del professionista intellettuale

L'idea che l'obbligazione del professionista sia un'obbligazione di mezzi ha reso assai vicino il trattamento previsto per il caso di suo inadempimento a

quello disposto per la responsabilità extracontrattuale³⁴⁶. Il che sul piano del diritto sostanziale non appare particolarmente consequenziale: la responsabilità extracontrattuale è infatti reazione alla lesione di un interesse giuridicamente protetto, mentre la circostanza che il danneggiante abbia tenuto un comportamento in violazione di norme, integra l'elemento dell'ingiustizia e/o della colpa. Il che segnala, forse più di molte proclamazioni di principio, che nelle obbligazioni professionali il risultato-interesse ha avuto un peso maggiore di quanto si creda. Ad ogni buon conto soprattutto il regime dell'onere della prova sovrapponeva come è noto la condizione del creditore a quella del danneggiato³⁴⁷ applicando al primo le regole proprie di quest'ultimo.

D'altra parte, per una sorta di contrappasso, la configurazione più recente che assimila quelle professionali alle altre obbligazioni evidenziando il momento finale del risultato-interesse, rischia di incorrere in analoghe difficoltà, seppure con il segno invertito: allorché l'attività dannosa sia compiuta da un professionista parrebbe doversi ravvisare sempre una responsabilità contrattuale. Di questa inclinazione risente la tendenza della giurisprudenza, anche della Cassazione, a ricostruire quella del medico della Casa di cura come responsabilità contrattuale da contatto sociale.

Non può tuttavia riscontrarsi piena coerenza negli orientamenti giurisprudenziali perché non è raro che le sentenze richiamino la responsabilità extracontrattuale anche in ambito medico, o facciano applicazione di molte delle sue regole operative³⁴⁸.

Il problema è troppo ampio per offrire ad esso un'appropriata considerazione e sviluppo. Va preso atto che la giurisprudenza si avvale in campo medico e soprattutto per qualificare la responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera pubblica o privata, che fornisce la sua opera ai clienti di questa, della pur discussa categoria del contatto sociale, quale fonte atipica di obbligazioni da assoggettare al regime contrattuale.

³⁴⁶ Cfr. per il rapporto tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale rispetto alle prestazioni sanitarie, Cass., 22.1.1999, n. 589, in *Riv. it. medicina legale*, 2001, 830.

³⁴⁷ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 366, che evidenzia come in Francia, dopo il celebre *arret* 20.5.1936, riconosciuta la natura contrattuale della responsabilità del medico, «la Cassazione si è immediatamente preoccupata di ridurre le conseguenze pratiche della nuova qualifica all'applicazione del termine ordinario di prescrizione avvertendo che la posizione giuridica del medico rimaneva immutata dal punto di vista dell'onere della prova. Reclami i danni con l'azione aquiliana o con l'azione contrattuale, il cliente deve in ogni caso dimostrare una negligenza o imprudenza commesse dal medico, e questa prova è tutt'uno con la prova della colpa».

³⁴⁸ Si è già evidenziato come molte sentenze chiamino il cliente-paziente provare la lesione e il nesso di causalità tra essa ed il danno.

Basterà qui rilevare a titolo di riflessione, come l'ipotesi appena menzionata potrebbe essere ricondotta, quanto meno in alcuni casi, a un vero e proprio contratto tra medico e paziente. Potrebbero in concreto riscontrarsi gli estremi per ravvisare un contratto normativo³⁴⁹ con cui la Casa di cura definisce preventivamente il contenuto dei rapporti tra il proprio personale medico e paramedico ed i clienti. A questo parrebbe aggiungersi (eventualmente), un contratto per persona da nominare tra Casa di cura e clienti, rivolto al medico, con accettazione tacita della nomina da parte dello stesso; o ancora un preliminare, sempre tra le stesse parti (Casa di cura e paziente) a favore di terzo (medico) in ordine ad un successivo contratto di cura (opera intellettuale). In tale ultimo caso l'effetto favorevole è costituito dall'acquisto da parte del medico del diritto a concludere un contratto attribuitogli dalla Casa di cura, mentre assume l'impegno verso il cliente ad effettuare l'opera professionale solo tramite un'accettazione tacita del secondo contratto³⁵⁰. Ancora più semplice risulta la spiegazione della responsabilità del medico della Casa di cura o dell'Ente ospedaliero, qualora si ritenga che l'intervento di un terzo nell'adempimento della prestazione altrui ai sensi dell'art. 1180 c.c., implichi necessariamente l'assunzione in proprio da parte del sostituto della responsabilità contrattuale per la sua esecuzione nonché per l'esattezza della stessa. Accedendo a tal soluzione, dovrebbe ammettersi che gli enti richiamati possano assumere l'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale sul presupposto necessario che alla esecuzione di essa sia preposta una persona fisica dotata delle qualifiche professionali richieste (v. art. 2231 c.c.)³⁵¹, il cui nominativo potrebbe eventualmente essere stato preventivamente concordato con il cliente/paziente. Alla responsabilità contrattuale soggiaceranno peraltro in tal caso tanto l'Ente quanto il professionista. La questione è particolarmente importante. Per il suo approfondimento e per

³⁴⁹ Sulle molteplici valenze del contratto normativo, cfr. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.

³⁵⁰ In tal senso non appaiono appropriate le obiezioni rivolte dalla giurisprudenza alla configurazione di un contratto a favore di terzo, nel quale quest'ultimo è identificato con il paziente e la prestazione, di cui acquista il diritto, quella all'opera professionale. Cfr. Cass., 22.1.1999, n. 589, ove è ampiamente argomentata sia la tesi che configura un'obbligazione di prestazione da contatto sociale, sia la critica alla teoria che si richiama al contratto a favore di terzo.

La tesi qui prospettata è che il terzo sia il medico, le parti del contratto siano il cliente e la casa di cura, mentre il diritto attribuito al primo è il diritto a concludere un contratto d'opera professionale con il cliente. Cfr. DE LUCA, *op. cit.*, 68 ss. La tesi del «contatto sociale» è di recente ribadita da Cass., 30.6.2011, n. 14405.

³⁵¹ Cfr. il commento all'art. 2231 c.c.

gli argomenti a favore della opinione qui appena accennata si rinvia ad una sede più appropriata³⁵².

Al di là della soluzione da accogliere in proposito, merita chiedersi se anche il medico che presti soccorso in ragione della sua professione in circostanze del tutto occasionali, debba essere chiamato a rispondere contrattualmente o invece in via extracontrattuale, e prima ancora se possa ipotizzarsi una differenza di regime tra le due figure.

Va detto che il contenuto programmatico del contratto d'opera intellettuale è stato decisamente trascurato per lungo tempo da parte della dottrina e ciò, ci sembra, appare strettamente legato a due affermazioni, anch'esse da porre in reciproca dipendenza, quella che riconduce la prestazione del professionista entro un'obbligazione di mero comportamento, e quella che per lungo tempo ha sovrapposto in larga misura, il trattamento applicabile in caso di suo inadempimento a quello applicabile agli atti dannosi di natura extracontrattuale, e ciò soprattutto sul piano dell'onere probatorio.

Già si è sottolineata la scarsa persuasività di tale rassomiglianza. La tradizionale configurazione dell'obbligazione poneva comunque a carico del creditore, alla stregua del soggetto danneggiato, l'onere di provare l'inadempimento, non però nella forma della lesione dell'interesse, ma in quella di violazione della regola di diligenza.

Quest'ultima problematica rappresenta un significativo momento di cerniera tra il tema dell'oggetto del contratto e quello concernente il contenuto dell'obbligazione. La catalogazione tra le obbligazioni di diligenza dell'impegno assunto dal professionista si è infatti coordinata all'idea, non propriamente espressa, ma certamente sottintesa, della fondamentale indeterminatezza *a priori* dell'oggetto di tal genere di contratto. Giacché tale affermazione, nella sua radicalità, in termini cioè assoluti, è sicuramente in contrasto con i principi (v. art. 1346 c.c.), viene ammorbidita sostenendo che la determinazione dell'oggetto si compie in tale caso in sede esecutiva, per rinvio al contenuto del dovere di diligenza (intesa soprattutto come perizia), da applicare secondo lo svolgimento concreto dell'opera intellettuale ed in forza della insindacabile discrezionalità rimessa al professionista medesimo.

Così ragionando, tuttavia, si perviene all'inaccettabile conclusione per la quale non è possibile identificare *a priori* il contenuto dell'interesse/risultato protetto, e soprattutto non è possibile rapportare ad esso la valutazione della condotta ai fini della responsabilità. Altra implicazione è che si finisce

³⁵² Ci permettiamo di rinviare al commento all'art. 2232 c.c.

con l'assegnare alla diligenza il ruolo di fonte di integrazione del contenuto del contratto o ancor meglio del rapporto, snaturando, almeno a nostro sommessimo avviso, il compito che è ad essa proprio, quello cioè di accompagnare le modalità di un'azione già altrimenti identificata, soprattutto, come accade nel caso di assunzione di un impegno contrattuale, in ragione del risultato da perseguire e del rapporto causale che lo lega alla prima³⁵³.

Il risultato-interesse ed il rapporto causale fra la prestazione ed il medesimo appaiono allora i dati da valorizzare al fine di assicurare al contratto la necessaria determinatezza e l'altrettanto indeclinabile duttilità. Dalle considerazioni svolte sopra, attraverso un'indubbia dilatazione dei tempi di determinazione del contenuto contrattuale, coinvolgenti anche la fase esecutiva, in forza di un processo progressivo che evidenzia la natura elastica dell'oggetto del contratto in questione (già d'altra parte riconosciuta anche per la figura del contratto d'opera manuale e per il contratto di appalto), emerge come il contratto definisca il risultato da perseguire e, in reciproca correlazione, la condotta causalmente necessaria per realizzarlo; né, d'altronde, potrebbe essere diversamente.

Entro il programma così definito dalle parti vi è in altri termini la selezione di un ben preciso nesso causale tra condotta e diligenza ad essa connessa, passando per le differenti tipologie di risultato, da un lato, e soddisfacimento dell'interesse del creditore, dall'altro, che a situazione invariata consente di concludere che dato un certo comportamento diligente e la trasformazione del reale da esso dipendente, segue, in genere, la realizzazione di quanto prestabilito come obiettivo. L'esito di tale premessa è che a fronte del mancato perseguimento del risultato, deve supporre la mancanza (o l'inesattezza) della condotta prescritta come necessaria, *ex ante*, ad ottenerlo e, di contro, che a fronte dell'omissione o difettosità della condotta rispetto alle modalità predisposte, deve corrispondere la mancanza dell'interesse ad essa combinato.

Al giudizio così compiuto va poi associato quello che deriva dal vincolo del debitore – coesteso all'obbligo di perseguire il risultato – di assicurare le condizioni della permanenza in vita della prestazione. Va preso atto tuttavia

³⁵³ Quanto si dice nel testo sulla diligenza non intende contestare che il dovere di prestazione sia determinato tramite l'applicazione delle regole della professione e soprattutto attraverso l'applicazione dell'anatomia e della patologia medica, della clinica medica e più in generale della scienza medica (come anche della scienza giuridica ecc.). La funzione di integrazione della scienza è però riferita impropriamente alla diligenza e lascia pur sempre fermo il vincolo di osservare quest'ultima nella esecuzione della prestazione adeguatamente definita.

che il discorso non può fermarsi qui, e che possono darsi in concreto molte altre variabili in grado di inficiare lo schema prefigurato e incidere sulla valutazione di responsabilità. Può essere messo in discussione, in primo luogo, il contenuto contrattuale, la verosimiglianza, *ex ante*, del rapporto prestazione-interesse³⁵⁴, ciò implicherà come detto una responsabilità contrattuale del professionista cui spetta valutare il caso sottoposto al suo esame e l'*iter* adeguato per conseguire l'interesse del creditore.

Questo complesso giudizio non può essere evidentemente riprodotto in sede extracontrattuale. È lo stesso art. 1225 c.c. a chiarire che il danno contrattuale va commisurato alla lesione dell'interesse protetto *ex ante*, ciò che richiede, almeno in genere, la predeterminazione in misura sufficiente del contenuto del rapporto obbligatorio e la preventiva valutazione di idoneità della condotta programmata a soddisfare l'interesse del creditore così determinato³⁵⁵. Il giudizio contrattuale muove dunque da una ben precisa selezione del rapporto causale tra condotta ed interesse protetto, entro il quale occorre necessariamente muoversi per valutare la responsabilità, laddove quello compiuto in via extracontrattuale richiede che si verifichi *ex post* il nesso di causalità tra condotta e danno che ha reso nel contesto dell'ordinaria vita di relazione, l'una fonte del secondo.

Quand'anche alla professione intellettuale fosse da collegare il dovere di agire rispetto a particolari occorrenze (così nel caso della prestazione del medico), ciò non dovrebbe condurre ad una equiparazione tra i due tipi di responsabilità. L'obbligo legale di applicare, in funzione di soccorso, le proprie competenze professionali, può essere inteso come puramente

³⁵⁴ Ciò chiamerà in causa, come si è detto, la responsabilità del professionista nella precisazione del risultato "possibile" e la predisposizione di un piano adeguato di realizzazione alla luce dei doveri di informazione e di collaborazione a carico di entrambe le parti. In tale sede emergerà anche la rilevanza da assegnare al dovere di conoscenza, appropriato all'incarico assunto, gravante sul professionista. Esso è elemento di cui occorre tenere conto nella predisposizione dell'oggetto contrattuale, giacché quest'ultimo vincola a realizzare quanto programmato. Se il professionista non prende atto delle proprie capacità professionali in modo coerente, assumendo un incarico a tale stregua irrealizzabile in concreto, risponde senz'altro in via contrattuale. Sul dovere di conoscenza quale espressione del dovere di buona fede, cfr. FORTINO, *op. cit.*, 79 ss.

³⁵⁵ Sarà evidenziato come la determinazione certa della prestazione possa mancare in tutto o in parte laddove non esistano in tutto o in parte fonti scientifiche o tecniche in grado di identificarla. Ciò lascerà ferma l'individuazione dell'interesse del creditore e la responsabilità contrattuale del debitore per comportamenti, differenti dal dovere di prestazione, in tutto o in parte assente, che lo abbiano direttamente pregiudicato (dolo o colpa grave). Cfr. *infra* e il commento all'art. 2236 c.c. Significativo che l'art. 1225 c.c. faccia salvo il dolo del debitore per ammettere un più ampio risarcimento.

integrativo del dovere generale di *neminem laedere*, posto che di quest'ultimo ripropone la genericità e del soggetto attivo e del contenuto.

Alcuni opportuni ritocchi sul modo tradizionale di descrivere il contratto d'opera intellettuale ed il suo oggetto sono in grado dunque probabilmente di definire diversamente il rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'assenza di un contratto esclude infatti la possibilità di configurare *ex ante* un risultato da conseguire e di delinearne una sua progressiva determinazione attraverso il comportamento relazionale³⁵⁶ tenuto dalle parti.

Se dunque si orbita realmente in ambito aquiliano, si può pretendere dal professionista di intervenire per impedire lo sviluppo di un evento pregiudizievole la cui occorrenza è già in atto e dunque, interromperne per quanto possibile, lo sviluppo causale attraverso condotte idonee ad escludere il pregiudizio dell'interesse altrui³⁵⁷. Non si potrà invece imporre al professionista di perseguire un risultato attraverso una specifica condotta a ciò preventivamente considerata idonea, posto che manca la sua determinazione concordata con il destinatario. Un'azione positiva richiederà necessariamente la configurazione di un rapporto obbligatorio specifico, ciò che introduce il problema teorico e pratico di ricostruirne adeguatamente la fonte.

Così il medico che si trovi a prestare soccorso ad un passante vittima di un incidente stradale, potrà rispondere in via extracontrattuale se con il proprio comportamento (omissivo o commissivo) ha pregiudicato gli interessi del paziente già compromessi dalla vicenda non impedendo lo sviluppo causale della medesima. Non potrà viceversa essere tenuto a realizzare il ripristino integrale dello stato di salute del malcapitato. L'opera da lui compiuta dovrà sempre concettualmente distinguersi dall'iniziativa volta a realizzare un risultato specificamente identificato attraverso un'azione (prestazione) altrettanto adeguatamente identificata³⁵⁸. Solo in questo modo può mantenersi concettualmente ferma la distanza tra la responsabilità extracontrat-

³⁵⁶ L'importanza del momento relazionale nella determinazione del contenuto della prestazione è valorizzato da CAFAGGI, *op. ult. cit.*

³⁵⁷ L'indagine di CAFAGGI, *ibidem*, giunge a delineare una differenza non tanto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ma tra responsabilità del professionista per l'affidamento che in lui abbia riposto il cliente, con la quale il primo è chiamato a tenere indenne il secondo dal pregiudizio rispetto alla lesione dello *status quo ante* rispetto all'esecuzione della prestazione, e responsabilità per violazione dell'interesse positivo derivante dall'esecuzione di questa.

³⁵⁸ Cfr. sul punto Cass., 13.4.2007, n. 8826, *cit.*, che, come si è detto *supra* in nota, esclude che possa costituire contenuto della responsabilità extracontrattuale la conservazione dello *status quo*.

tuale³⁵⁹ e la responsabilità contrattuale. Ciò ha un'importante ricaduta, come si vedrà, sul piano dell'onere probatorio definibile nei due casi.

Ben può ripetersi allora la differenza usuale tra le regole di condotta destinate alle due differenti ipotesi. La responsabilità contrattuale muove dalla presunzione di un rapporto causale tra difetto di condotta o difetto di diligenza ed evento dannoso, da qui la necessità che sia il debitore a provare l'esatta esecuzione della prestazione o la conservazione delle condizioni di possibilità della medesima, ovvero la non imputabilità dell'evento che ha determinato l'impossibilità della prestazione, o il pregiudizio dell'interesse del creditore nonostante la esecuzione di questa.

La responsabilità extracontrattuale muove all'opposto dalla necessità che siano delineati dal danneggiato il nesso causale tra condotta e pregiudizio e con esso anche il correlato elemento soggettivo della negligenza (o del dolo). Al danneggiante inoltre non può essere imputata la violazione di un obbligo di conservazione della possibilità della condotta (o di mezzi destinati a strumenti di esecuzione).

Per restare all'esempio del paziente, al medico in regime contrattuale sarà richiesto (in genere salvo una differente definizione volontaria dell'esito sperato dal cliente) di suturare una ferita e seguire l'*iter* post-operatorio fino alla guarigione; in regime extracontrattuale sarà sempre e comunque richiesto di assicurare la interruzione dell'*iter* causale dannoso in atto e dunque di fermare in modo provvisorio l'emorragia prodotta dalla ferita e le possibilità di infezione ad essa correlate.

³⁵⁹ È noto come la dottrina discuta se sia corretto configurare una responsabilità extracontrattuale in presenza di una condotta omissiva dannosa. In genere si afferma che si potrebbe riconoscere solo qualora la legge preveda uno specifico obbligo di fare. L'esempio più ricorrente è quello della responsabilità derivante da omissione di soccorso. Altra opinione ritiene che il sistema attuale sia informato ad un generale principio di solidarietà, sulla base dell'art. 2, 2° co., cost., in forza del quale potrebbe farsi a meno, per fondare una tutela aquiliana, del requisito della tipicità dell'illiceità per omissione. La questione è aperta. Ad essa si lega quella di conservare o meno identità extracontrattuale ad una responsabilità che consegue ad un obbligo, atipico o tipico che sia, di agire, fondato sulla legge. Per una conclusione negativa sul punto, MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 314, il quale afferma, in termini molto più generali, che «non è il caso di spendere nemmeno una parola per confutare l'errore che sta a base della costruzione della responsabilità aquiliana come responsabilità derivante dalla violazione di una preesistente obbligazione legale». L'Autore esclude, alla stessa stregua, che si possa riproporre in campo extracontrattuale la differenza tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Sulla responsabilità aquiliana per omissione, cfr. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI U., *Le obbligazioni*, III, *Diritto civile*, Torino, 1989, 671 ss.

Dato atto dell'esistenza di un certo programma – fatte salve le ipotesi in cui il programma si presenti irrealizzabile sin dall'origine, con conseguente impossibilità dell'oggetto, nonché quelle in cui sia impossibile la prestazione dedotta –, ulteriore modo di scalzare il modello predisposto *ex contractu* è dimostrare la sopravvenienza di circostanze nuove, o conosciute solo successivamente, che hanno da sole sufficienti non tanto a impedire la prestazione ma a pregiudicare direttamente l'interesse del creditore.

Si è infatti evidenziato che la responsabilità contrattuale nasce essenzialmente dalla violazione del dovere di prestazione, ma può anche conseguire a comportamenti che direttamente compromettono l'interesse del creditore. Questi, rispetto alla colpa integrata dai difetti del comportamento dovuto, costituiscono le ipotesi che nel linguaggio legislativo integrano il dolo e la colpa grave (così chiamati in ambito contrattuale). Ciò confermerebbe la possibilità di parlare di responsabilità contrattuale per violazione del solo interesse del creditore senza determinazione di prestazione, soluzione che riecheggia la nota e autorevole opinione secondo la quale andrebbero riconosciute figure di responsabilità contrattuale rispetto a obblighi senza prestazione. Ci siamo permessi di parlare, ribaltando l'esito ed il linguaggio della predetta teoria, di “colpa senza prestazione”. Comunque si guardi il fenomeno esso è indubbiamente segnale della difficoltà, e forse inopportuna o erroneità della ricerca di una precisa linea di confine tra contratto e torto e soprattutto della improponibilità dell'idea che vi sia incomunicabilità tra i due regimi. Quanto sostenuto in questa sede, se lo si considera plausibile sta ad attestare esattamente il contrario.

Resta peraltro il dubbio che l'avvicinamento tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, quanto più rimarca le affinità, tanto meno giustifica le differenze di trattamento. Così parrebbe difficile cogliere nell'articolo 1218 c.c. una regola che concerna la distribuzione dell'onere probatorio nei casi di violazione diretta dell'interesse del creditore per appositi comportamenti dannosi del debitore (dolo o colpa grave) e plausibile invece porre il relativo carico in capo al creditore³⁶⁰.

La delicata questione qui in esame ha assunto un inaspettato e particolare interesse a seguito delle novità introdotte dalla legge che ha convertito il c.d. decreto Balduzzi. In essa è disposto che il medico non risponde per il caso in cui abbia osservato le prescrizioni contenute nei protocolli o linee

³⁶⁰ Considera senz'altro ascritta la responsabilità medica all'area contrattuale, D'AMICO, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 145.

guida del Ministero della salute, fermo restando il limite della responsabilità extracontrattuale.

Una ricostruzione del significato della prescrizione che non sia di dirompente rottura rispetto ai principi dell'ordinamento, potrebbe avvenire secondo i seguenti passaggi.

1) Le linee guida vengono ad integrare necessariamente il contenuto della prestazione dovuta nel contratto d'opera professionale, il che è in armonia con quanto si è detto in ordine alla particolare disciplina dell'impossibilità e dell'illiceità nell'oggetto del contratto in questione.

2) Secondo quanto si è qui prospettato, la prestazione definita contrattualmente, integrata in ipotesi dalle linee guida, corrisponde alla diligenza concreta e la sua violazione alla colpa lieve (o lievissima).

3) Il richiamo alla responsabilità extracontrattuale, va dunque sostituito con il rinvio al dolo e alla colpa grave che è comunque verifica da aggiungere alla precedente concernente il rispetto del dovere di prestazione.

Detto questo restano molti punti dubbi aperti dalla nuova normativa. Si può così discutere se laddove vi sia la possibilità di osservare le linee guida si orbiti necessariamente in area contrattuale, ed ancora se la funzione integrativa ad esse assegnata possa ammettersi anche quando non siano di natura strettamente scientifica e piuttosto di tipo tecnico-amministrativo, da ultimo, se abbiano funzione integrativa anche quelle contrastanti con i dati scientifici.

30. L'onere della prova

Uno dei campi sui quali la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato è stata chiamata ad operare, è quello dell'onere della prova. Quanti hanno assunto una differenza sostanziale tra le due figure hanno poi riprodotto tale differenza sul piano processuale. Si è ritenuto che rispetto all'obbligazione di mezzi dovesse aversi un'inversione dell'onere probatorio stabilito dall'art. 1218 c.c., sembrerebbe con la tacita argomentazione che come tale norma fosse inapplicabile sul piano sostanziale, così lo fosse anche sul piano della prova. Il creditore/cliente avrebbe dunque l'onere di provare la negligenza, mentre il debitore avrebbe il compito di contestare la prova su tal punto offerta dalla controparte.

La tesi che ha criticato simile ricostruzione ma ne ha riproposto lo schema su basi oggettive, assumendo che nelle obbligazioni di mezzi vi sia un risultato, ma consistente nel rispetto della diligenza oggettiva e professionale richiesta al debitore, piuttosto che come entità ontologicamente distinta

dalla sua condotta, ha in definitiva confermato in gran parte, anche se non in tutto, le ricadute processuali³⁶¹. Va tuttavia rilevato, quale merito indiscusso di tale seconda concezione, che la lettura così proposta evita di disattendere il contenuto almeno sostanziale se non processuale, dell'art. 1218 c.c. Il cliente dovrebbe infatti dimostrare la negligenza, in quanto manifestazione di inesatto adempimento – oggetto, secondo tale opinione, di apposito onere probatorio di qualunque creditore – mentre il *thema probandum* della controparte dovrebbe avere ad oggetto una impossibilità sopravvenuta ad applicare la diligenza richiesta, il tutto in armonia con quanto avviene nelle restanti obbligazioni³⁶².

Si è avuto occasione di svolgere in precedenza una riflessione su entrambe le opinioni e sulla loro (in parte più presunta che effettiva) contrapposizione, che attiene soprattutto al linguaggio e alle categorie concettuali utilizzate. Va preso atto però che proprio le conclusioni processuali sono state fatte oggetto di apposita critica, per il riconoscimento, più o meno latente, che esse contengono, di una posizione di privilegio per le professioni intellettuali. Simile conclusione è stata considerata tanto più inspiegabile quanto più si è andata sviluppando nel tempo la discussione sulla protezione del soggetto debole del rapporto, che, nel caso delle obbligazioni professionali, non è certamente rappresentato dal debitore³⁶³.

Un altro versante dal quale hanno preso le mosse le istanze di revisione, di cui è stata interprete negli ultimi tempi la giurisprudenza, supportata peraltro da una ancor più antica e lungimirante dottrina, è quello della tutela dei valori fondamentali della persona. Le obbligazioni che sono state più delle altre chiamate a fondare l'autonomia della categoria delle obbligazioni di mezzi³⁶⁴, quelle del medico e dell'avvocato, hanno infatti sicura incidenza l'una su di un diritto fondamentale dell'individuo e valore della collettività, quale la salute, l'altra sul diritto di tutti di agire per la tutela dei propri diritti

³⁶¹ La tesi che ripropone in chiave oggettiva la nozione di obbligazioni di mezzi, è quella di Mengoni. Cfr. al riguardo anche DE LORENZI, *op. cit.*, 397 ss.

³⁶² Cfr. MENGONI, *op. ult. cit.*, 377 ss. ID., *La responsabilità contrattuale*, cit., 1097, critico verso l'opinione di chi ravvisa nella dimostrazione della negligenza del professionista, la prova della colpa. Cfr. altresì DE LORENZI, *op. loc. ult. cit.*

³⁶³ Cfr. sul punto FORTINO, *op. cit.*, 78 s.; CAFAGGI, *op. ult. cit.* Tra l'altro la nozione di professionista della disciplina dei contratti del consumatore comprende, per unanime opinione, anche il professionista intellettuale. Al riguardo cfr., recentemente, Cass., 9.6.2011, n. 12685.

³⁶⁴ Cfr. PERULLI, *op. cit.*, 454.

ed interessi legittimi, che gode al pari del primo di pieno riconoscimento e protezione costituzionale (v. artt. 2, 32, 24 cost.)³⁶⁵.

L'evoluzione nel segno di una sempre maggiore garanzia di tali valori in via extracontrattuale, non poteva non avere ricadute sul momento della loro tutela contrattuale³⁶⁶. Al centro di entrambi si pone infatti la salvaguardia della persona in quanto tale, che non solo assurge a risultato, ma a risultato dotato della massima protezione giuridica tra tutte quelle possibili.

Su tale via la giurisprudenza si è dunque mossa, spinta da molteplici fattori, per tappe differenti. Tra queste, va indubbiamente menzionata quella entro la quale ha preso forma l'orientamento che ha equiparato (così almeno impropriamente si dice³⁶⁷) le obbligazioni, ancora definite di mezzi, a quelle di risultato, in presenza di prestazioni dette di *routine*. La soluzione non ha posto in dubbio la distinzione concettuale così da apparire da tale punto di vista un compromesso più criticabile che convincente. Ha avuto peraltro il merito di mettere in evidenza, non diversamente da quanto accadeva pressoché contemporaneamente in ambito extracontrattuale, insieme al risultato, anche il legame causale che la condotta del professionista può avere rispetto ad esso.

La usuale affermazione per cui nelle obbligazioni di mezzi non potesse entrare un risultato inteso come soddisfazione dell'interesse del creditore, al di là delle ragioni ideologiche³⁶⁸, ha tratto da sempre argomento dalla estrema "aleatorietà" di esso, ovvero dalla difficoltà di ipotizzare e ricostruire un preciso legame causale tra la condotta ed il risultato stesso. Non può apparire dunque straordinario come il risultato abbia assunto sempre maggior rilevanza, via via che si è ammessa la possibilità di individuare oggettivamente il percorso necessario causalmente per conseguirlo³⁶⁹.

³⁶⁵ Cfr. anche su tale aspetto, FORTINO, *op. cit.*, 62 ss. e 67 ss.

³⁶⁶ Per il rilievo, cfr. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., 120, che connette il superamento della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato, definita inconsistente e fonte di confusione, tra l'altro al «nuovo sentire riguardo alla persona come sintesi di valori tutelabili prima e a prescindere dalla dimensione patrimoniale, prepotentemente impostosi nel campo della salute (...). Poiché la persona in generale e la salute in particolare sono il referente proprio dell'opera medica (...) l'essere la salute diventata in generale oggetto diretto di tutela riceve una enfaticizzazione nei confronti dell'arte medica».

³⁶⁷ Sulla inadeguatezza di tale terminologia v. *supra*.

³⁶⁸ Cfr. sul punto le pagine di PERULLI, *op. cit.*, 444 s., secondo il quale «l'interesse corporativo» spinge ad una ricostruzione arbitraria delle fonti e ad un vero e proprio travisamento del loro significato.

³⁶⁹ Cfr. FORTINO, *op. cit.*, 59. Sull'evoluzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di causalità, cfr. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007, 155 ss. Ci pare indubitabile che in obbligazione venga dedotto un programma, secondo la nota definizione di obbli-

D'altra parte, i più importanti esiti dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema in oggetto si sono significativamente intrecciati, forse perché accomunati nelle spinte che li hanno originati, ad una nuova soluzione circa il problema, spinoso e da tempo dibattuto, relativo alla distribuzione dell'onere della prova in caso di inadempimento.

31. Il problema della distribuzione dell'onere della prova in tema di inadempimento. La sua ricaduta sull'obbligazione del professionista

È appena il caso di ricordare l'annosità del problema che qui ci occupa. Dottrina e giurisprudenza sono state da tempo divise, al loro interno, tra quanti hanno sostenuto che fosse il creditore a dover provare l'inadempimento³⁷⁰ e

gazione di Bianca C.M., causalmente connesso con il risultato, ovvero con il soddisfacimento dell'interesse del creditore. Tale relazione causale è relativa sotto un duplice punto di vista. In primo luogo, perché lega solo la condotta del debitore al conseguimento dell'esito avuto di mira, e non a tutte le circostanze che sono in grado di incidere su di esso. Come più volte si è detto, lascia, dunque, fermo che il risultato non venga conseguito per il verificarsi di eventi che non sono imputabili, né ascrivibili, alla sfera del debitore. Ma il nesso è relativo anche perché dovrà essere definito secondo i parametri che governano il giudizio di causalità secondo la scienza. L'affermazione che la prestazione dedotta in obbligazione è causalmente legata al risultato, peraltro, non subisce variazione in ragione del tipo di giudizio di causalità che si intende applicare. In particolare, se si presceglie il criterio probabilistico, non per questo l'obbligazione diventa di mezzi. Semplicemente occorrerà applicare lo stesso parametro al sorgere dell'obbligazione ed al momento della sua esecuzione. Se si ritiene sufficiente il criterio probabilistico, ben potrà ritenersi possibile l'obbligazione che esprima in questi termini il nesso causale tra la prestazione ed il risultato. In sede di esecuzione si potrà assumere che il debitore è liberato in ragione della prestazione (diligente) perché la prestazione rendeva solo probabile e non certo l'esito. Il giudizio anche in tal caso potrebbe tuttavia essere più complesso. Va inoltre considerata la molteplicità dei concetti di risultato e come alcuni entrino nella prestazione ed altri (il risultato-interesse), siano ad essa esterni. Anche l'incertezza o la probabilità può essere interna alla prestazione o piuttosto riguardare il suo legame con il risultato. Entrambi i casi sono regolati dall'art. 2236 c.c., che configura una obbligazione in tutto o in parte senza prestazione. V. *supra* ed *infra*

³⁷⁰ Cfr., in tal senso, T. Roma, 28.3.1979, in *Riv. it. medicina legale*, 1980, 373 ss.; ed in *Giur. di Merito*, 1980, 326, secondo la quale: «Nell'ipotesi di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale (nella specie, medico chirurgo) per inosservanza della diligenza prescritta dall'art. 1176, comma 2 c.c., che comprende anche la colpa lieve ove la prestazione non implichi la soluzione dei problemi tecnici di particolare difficoltà, il cliente è tenuto a provare non soltanto di avere risentito un danno, ma anche che questo è stato cagionato da insufficiente o inadeguata attività, cioè dalla difettosa esecuzione della prestazione del professionista, rimanendo a carico di quest'ultimo la dimostrazione dell'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione stessa». Cfr. altresì Cass., 13.4.2007, n. 8826, cit. Sull'intera problematica cfr. Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, in *Contr.*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, secondo la quale il contrasto si pone nei seguenti termini: «Un primo orientamento, maggioritario, sostiene che il regime probatorio è diverso secondo che il creditore richiede l'adempimento ovvero la risoluzione. Il contrapposto indirizzo, mino-

quanti viceversa hanno assegnato al debitore l'onere di provare il proprio adempimento³⁷¹.

A favore della prima tesi pare deporre il principio dell'art. 2697 c.c., che pone l'attore nella posizione più "rischiosa", e dunque gli assegna l'onere di provare tutti gli elementi in concreto costitutivi della pretesa avanzata. Facile replica, ad una simile impostazione, è che l'inadempimento non è propriamente elemento costitutivo della pretesa del creditore volta all'adempimento. Esso rappresenta soltanto una condizione in senso psicologico e pratico di essa, giacché il creditore agisce in via giudiziale solo se ha esaurito le speranze di conseguire la prestazione per iniziativa spontanea del debitore e stragiudiziale propria. I presupposti in senso tecnico dell'adempimento infatti non possono essere differenti sul piano giudiziale e processuale, rispetto a quelli rilevanti in via sostanziale³⁷², dove sono rappresentati dal titolo e dalla scadenza del termine.

Non è mancato inoltre chi ha cercato di mettere ordine nel problema, distinguendo a seconda della pretesa avanzata dall'attore in via giudiziale, sul presupposto che la fattispecie, e dunque gli elementi costitutivi del diritto fatto valere di volta in volta, fossero differenti nei vari casi³⁷³. Secondo tale autorevole opinione, sarebbe opportuno distinguere tra pretesa all'adempimento

ritorio, tende invece a ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., e cioè all'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma (facoltà pacificamente ammessa dalla giurisprudenza di questa S.C.: sent. n. 3911-68; n. 3678-71; n. 1530-88)». In dottrina il tema è ripreso da GRISI, in questo *Commentario*, sub art. 1218 c.c., 42 ss.

³⁷¹ Secondo Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, cit., l'indirizzo minoritario si fonda su diversi argomenti, rintracciabili anche in dottrina, che la pronuncia stessa riporta analiticamente.

³⁷² Le Sezioni Unite si richiamano al principio di persistenza del diritto.

³⁷³ Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, cit., ricostruisce con ampia trattazione anche l'indirizzo in questione, che ritiene maggioritario in giurisprudenza, secondo il quale «ai fini della ripartizione (...), si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento (sent. n. 2024-68; n. 1234-70; n. 2151-75; n. 5166-81; n. 3838-82; n. 8336-90; n. 11115-90; n. 13757-92; n. 1119-93; n. 10014-94; n. 4285-94; n. 7863-95; n. 8435-96; n. 124-97)». Anche in tal caso la Suprema Corte segnala come tale orientamento trovi riscontro in una parte della dottrina, nella quale si rinvencono analoghe argomentazioni. Ad essa si ascrive anche la tesi di Mengoni di cui ci occupiamo nel testo.

mento e alla risoluzione del contratto, da una parte, e pretesa al risarcimento dei danni, così per inadempimento totale, come per inesatto adempimento, dall'altra.

Nella prima ipotesi il creditore potrebbe appellarsi a molteplici precetti in grado di alleggerirlo dall'onere di fornire la prova dell'inadempimento: dal principio della persistenza del diritto, a quello che presume, legalmente, detta persistenza, o ancora al criterio che distribuisce la prova in ragione della "facilità" della stessa, ponendola a carico della parte alla quale è più agevole fornirla, in primo luogo in forza del carattere positivo del fatto da dimostrare, nella specie l'adempimento, a fronte della difficoltà della controparte di provare un fatto negativo.

La pretesa alla risoluzione del contratto, imponendo tra l'altro una valutazione dell'importanza dell'inadempimento addotto, potrebbe condurre a soluzioni differenti, rispetto a quelle assunte per il caso di azione di adempimento. Tuttavia, la scelta legislativa che ammette il creditore ad agire alternativamente con l'una o con l'altra, e dunque la circostanza che le due azioni siano trattate esattamente allo stesso modo, conduce a concludere che siano assolutamente simmetriche quanto a fondamento e quanto a distribuzione dell'onere probatorio.

La questione andrebbe regolata diversamente, secondo l'opinione che si esamina, in caso di azione volta al risarcimento del danno; il principio di priorità dell'adempimento in natura imporrebbe, infatti, al creditore, di chiedere la liquidazione del danno solo una volta venuto meno l'obbligo di prestazione e dunque soltanto a fronte della prova di una impossibilità della stessa derivante da causa imputabile alla parte obbligata (ma su questo limitato aspetto dell'imputabilità l'attore potrebbe giovare dell'inversione probatoria prevista dall'art. 1218 c.c.). Tale diritto risulterebbe infatti prodotto da una fattispecie costitutiva differente da quella generatrice del credito, della quale è sufficiente al creditore fornire la prova negli altri casi; accanto ai presupposti ordinari occorrerebbe infatti dimostrare il dato (ulteriore), rappresentato dalla causa "estintiva" del credito da cui consegue altresì la sua sostituzione con l'obbligo risarcitorio. Soltanto un espediente pratico, tra l'altro dagli incerti esiti, potrebbe agevolare il soggetto attivo del rapporto³⁷⁴.

³⁷⁴ Tale espediente consisterebbe nella possibilità del creditore di agire in via principale per l'adempimento ed i danni da ritardo – e attendere che sia il debitore, per liberarsi dal dovere di prestazione, a provare una impossibilità sopravvenuta non imputabile –, e solo in

Merita riflettere come quest'ultima soluzione venga accolta dalla teoria in discorso sul presupposto che l'art. 1218 c.c. non detti regole in tema di prova, se non per quanto attiene alla diligenza richiesta ai fini di escludere l'imputabilità della impossibilità sopravvenuta.

La giurisprudenza ha oscillato per lungo tempo fra le due soluzioni, talvolta accogliendo quelle posizioni che, come la tesi da ultimo riportata, hanno differenziato in ragione della pretesa giudiziale azionata dal creditore.

Il secondo orientamento, che pone a carico del debitore l'onere di dimostrare l'adempimento e la sua esattezza, è fatto proprio da Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, che si è espressa al riguardo in modo particolarmente netto. Ha ricondotto infatti alla medesima soluzione la questione dell'onere probatorio rispetto a tutte le pretese avanzate dal creditore, dall'adempimento al risarcimento del danno per inesatto adempimento³⁷⁵. L'aver adottato una soluzione unitaria a prescindere dall'azione promossa dal creditore, ha sollevato i dubbi e le critiche della dottrina, anche per l'uso, compiuto dalla Suprema Corte, forse non sempre e non del tutto a proposito, del principio di ragionevolezza, per sostenere la soluzione raggiunta, e per l'appello allo stesso fine, a supposte esigenze pratiche. Simile approccio può indurre a pensare, infatti, ad una intrinseca debolezza logico-giuridica delle argomentazioni e delle tesi sostenute. È allora necessario verificare, per parte nostra, se le conclusioni così accolte possano ricevere altrimenti ulteriore convincente conferma.

La circostanza già rilevata, che l'inadempimento non possa rappresentare un "elemento costitutivo" del diritto di credito e dunque della pretesa all'adempimento, in via sostanziale, e come per ciò stesso non possa considerarsi neppure presupposto giudiziale, depone evidentemente a favore della tesi fatta propria dalla Corte di Cassazione.

La prova dell'inadempimento, per di più di non scarsa importanza, *ex art. 1455 c.c.*, da parte del creditore allorché egli agisca per la risoluzione del contratto, potrebbe, come riconosce la stessa sentenza, essere più difficile da escludere. L'assimilazione nel trattamento all'azione di adempimento, sul piano sostanziale, potrebbe non essere sufficiente, a prima vista, a giustificare il medesimo regime processuale e probatorio.

via secondaria per il risarcimento del danno da inadempimento definitivo. Il rischio è evidentemente lo stallo del processo. Cfr. anche su questo punto, MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 129.

³⁷⁵ Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, cit., supporta tale conclusione attraverso una diffusa trattazione.

Quanto all'azione di risarcimento del danno, soprattutto per inesatto adempimento, sembra ugualmente arduo contestare la stringente argomentazione che conclude imponendo al creditore di provare l'inadempimento (sotto forma di impossibilità sopravvenuta imputabile), o ancor più specificamente l'inesattezza della prestazione.

Il discorso può tuttavia ribaltarsi ragionando sulla struttura dell'obbligazione, e valorizzando il significato precettivo dell'art. 1218 c.c. sul piano probatorio. Il contenuto dell'obbligazione ricostruito come condotta diretta alla realizzazione dell'interesse del creditore, chiama in causa due sfere giuridiche differenti, ciascuna di spettanza dei due soggetti implicati dal rapporto. La circostanza che il creditore sia portatore dell'interesse da realizzare e che, quest'ultimo, abbia la veste di una situazione di diritto soggettivo, potrebbe essere valido argomento per concludere che, ferma restando la prova del fatto costitutivo del diritto, le prerogative che in questo sono comprese declinano variamente il medesimo interesse del creditore, così che di quest'ultimo e della sua tutela in termini di diritto soggettivo, occorre provare il fatto costitutivo, e non altro. Le scelte rimesse al creditore sono dunque subordinate "psicologicamente" a circostanze eventualmente differenti, ma esse non rappresentano propriamente né i presupposti costitutivi di ogni singola pretesa, che è da ritenere sempre ugualmente fondata sulla fattispecie che ha dato origine al diritto, né per ciò stesso sono elementi oggetto di prova a carico della parte attrice³⁷⁶.

Così ragionando, può ritenersi sufficiente al creditore manifestare la volontà processuale in ordine ad una certa azione e "allegare i fatti che lo inducono a proporla", assumendo in tal modo come esistente anche il presupposto psicologico di essa, mentre sarà il debitore a fornire la prova contraria, quella di aver adempiuto, di aver incontrato una impossibilità non imputabile, o quella che gli eviti l'esito risolutorio (anche per impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile ovvero per scarsa importanza dell'inadempimento).

Tale conclusione non ci sembra tollerare alcuna eccezione, forse neppure quella, fatta salva dalla Corte, delle obbligazioni negative. Allargare l'onere probatorio rispetto al fatto costitutivo del diritto, significa infatti mortificare

³⁷⁶ Tra l'altro tale dato è quanto emerge giocoforza dal confronto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'esistenza di un'obbligazione a monte del danno, può ben spiegare che sia posto a carico del debitore l'intero contenuto del fatto di esonero della responsabilità, e non la sola diligenza.

il diritto stesso, degradandolo a presupposto, mentre è oggetto di quanto il creditore fa valere in giudizio per realizzare e difendere il proprio interesse. D'altronde, in caso di obbligazioni negative è facile fornire la dimostrazione del fatto allegato, sia all'attore (prova dell'inadempimento: l'attività di concorrenza in violazione dell'obbligo di non farla) che al convenuto (prova di non svolgere alcuna attività economica, o prova di svolgere un'attività differente o in luogo differente da quella oggetto di obbligazione negativa), così che una valutazione puramente pratica, o di vicinanza della prova, non sembra sufficiente a spostare sul primo l'onere in discorso³⁷⁷.

La soluzione adottata dalla Cassazione trova inoltre ulteriori argomenti a proprio sostegno. Prima di tutto, un'apposita conferma può provenire dalla nozione di risultato che si accoglie e dalla posizione da esso rivestita nell'obbligazione, dall'altra può ricevere supporto dall'art. 1218 c.c., inteso come norma che regola la prova rispetto a qualunque azione³⁷⁸, e specialmente in ordine a quella volta al risarcimento, chiaramente investendo dell'onere della prova il debitore.

Se infatti il debitore non è tenuto in modo assoluto al risultato, inteso come soddisfacimento dell'interesse del creditore, ma vi è tenuto solo in ragione di un certo dovere di prestazione dedotto in obbligazione, la realizzazione o la mancanza del risultato-interesse, quest'ultima provata in ipotesi dall'avente diritto, potrebbe essere irrilevante. La soddisfazione dell'interesse potrebbe in

³⁷⁷ Si può pensare all'obbligo di non costruire ove l'assenza della costruzione è palese tanto quanto la sua effettuazione. O al dovere di non fare concorrenza, ove la prova che l'attività svolta è estranea a quella oggetto di obbligazione è tanto facile o difficile, tendenzialmente quanto lo è la prova contraria.

Va detto come sia la stessa Cassazione che nella sua argomentazione a favore della prova dell'adempimento da parte del debitore, richiama in termini dialettici, per superarlo, il principio per cui i fatti negativi possono essere provati con la dimostrazione di quelli positivi contrari, ritenendo più facile nella specie al debitore provare l'adempimento che al creditore ricercare ed individuare i fatti positivi capaci di dimostrare l'inadempimento.

³⁷⁸ L'art. 1218 c.c. regola la prova dell'adempimento e dell'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore, nonché la loro rilevanza rispetto a qualunque azione. Non regola però tutte le circostanze che incidono sull'obbligazione. Il sistema nel suo complesso, ed in particolare l'art. 2236 c.c., l'art. 1229 c.c. ed altre norme che si richiamano al dolo e alla colpa grave del debitore, evidenziano come la violazione dell'interesse del creditore da parte del debitore possa non passare per il tramite dell'inadempimento della prestazione. Inoltre l'indagine sul contenuto della prestazione evidenzia come da essa vada distinto il concetto di risultato-interesse, che può subire una lesione diretta da parte del debitore che pure abbia eseguito la prestazione, o essere pregiudicato da circostanze estranee al debitore nonostante la inesattezza o il difetto totale di prestazione. La prova del dolo e della colpa grave parrebbe onere del creditore, la prova dell'evento comunque pregiudizievole del risultato parrebbe invece da porre a carico del debitore (arg. ex art. 2967 c.c.).

verità essere avvenuta, ma senza la cooperazione del debitore. Ciò, se esclude che si ponga un problema di responsabilità a carico di quest'ultimo e di danno sofferto dal creditore, potrebbe però giustificare che il debitore non maturi il diritto alla controprestazione e condurre alla risoluzione del contratto³⁷⁹.

D'altronde, l'interesse (risultato-interesse) del creditore potrebbe non essere realizzato, nonostante l'esecuzione della prestazione da parte del debitore. In tal caso, la prova da parte del debitore dell'avvenuta esecuzione è necessaria per assicurargli di andare esente da responsabilità allorché una sequenza causale non imputabile abbia impedito che il compimento della prestazione si traducesse nel raggiungimento del primo, ovvero sia stata da sola sufficiente a pregiudicarlo³⁸⁰. La prova che si tratta di evento ascrivibile come di ordinario alla sfera del creditore, sarà necessaria laddove il debitore non abbia eseguito la prestazione e la stessa non sia divenuta impossibile (ovvero laddove non sia in grado di provare tali circostanze), consentendogli di andare comunque esente da responsabilità.

La questione non muta in caso di inesatto adempimento. La scelta di avvalersi del risarcimento del danno a seguito della inesattezza della prestazione è nella libertà del creditore quale contenuto della sua pretesa. Che le cose stiano in questo modo lo dimostra la disciplina della mora del creditore. Essa è evidentemente tesa a consentire al debitore di provare come il creditore abbia rifiutato ingiustamente una prestazione esatta. Ciò significa che in caso di rifiuto, il creditore si giova di una presunzione di inesattezza della prestazione, che risulta pertanto totalmente rimessa, per il momento, alla sua valutazione. Tale libertà del creditore sussiste anche quando la prestazione è da lui ricevuta con la riserva di far valere altrimenti l'inesattezza; diversamente ragionando dovremmo privare il creditore della "libertà di non rifiutare" e dunque di ricevere la prestazione inesatta, senza per questo privarsi del diritto al risarcimento derivante dalla inesattezza medesima.

In definitiva, le prerogative del creditore ben si sposano con la circostanza che la totalità degli elementi di prova orbitino per lo più nella sfera

³⁷⁹ Sul problema del trattamento da riservare all'ipotesi di impossibilità del raggiungimento di un risultato già conseguito, cfr. DE MAURO, *op. cit.*, 39 ss.

³⁸⁰ Le sequenze causali da sole sufficienti a pregiudicare il risultato interrompono il nesso causale e dunque rendono inutile la prestazione, quand'anche fosse eseguita. Si tratta di impossibilità del risultato-interesse differenti da quella che concerne la prestazione strettamente intesa. Tanto ciò è vero che tali sequenze causali possono operare anche qualora la prestazione sia stata effettuata esattamente.

del debitore, per quanto su tale punto occorrerà svolgere qualche ulteriore riflessione.

Va infine preso atto che con gli anni la giurisprudenza sembrerebbe staccarsi dalle conclusioni assunte dalla Cassazione a Sezioni Unite e ritornare sulle strade precedentemente battute. In altri termini, quella sentenza ha lasciato sulle decisioni immediatamente successive un segno inequivocabile che, tuttavia, sembra destinato ad indebolirsi con il trascorrere del tempo³⁸¹.

Tale rilievo è reso ad ogni modo incerto dalla difficoltà di appurare a pieno se nelle sentenze si faccia applicazione, al di là delle parole usate, delle regole proprie della responsabilità contrattuale o piuttosto di quella extracontrattuale, ciò che ha un indubbio riflesso sul profilo probatorio³⁸². L'indagine qui svolta tenta di offrire una soluzione a tale problematica evidenziando come entro la responsabilità contrattuale vada distinta la violazione del risultato-interesse per difetto totale o inesattezza della prestazione (colpa lieve o lievissima), dalle violazioni che lo riguardano direttamente (dolo o colpa grave del debitore). In queste ipotesi è da ritenere che si realizzi una sovrapposizione delle regole probatorie proprie della responsabilità extracontrattuale in ambito contrattuale³⁸³.

³⁸¹ Cfr. Cass., 6.7.2010, n. 15857, in *Ragiusan*, 2011, 321-322, 162. A commento di tale decisione pare appropriato segnalare il riferimento in essa contenuto, implicitamente, all'art. 2236 c.c. Il punto che resta delicato sia sul piano sostanziale che su quello processuale è la distribuzione dell'onere probatorio rispetto ai processi causali alternativi a quello dedotto in obbligazione onde verificare se siano o meno ascrivibili al debitore (ipotesi che rientrerebbero a nostro avviso nelle figure del dolo e della colpa grave).

³⁸² Cfr. Cass., 13.7.2010 n. 16381, in *Ragiusan*, 2011, 321-322, 162; la Corte dichiara di rifarsi, in ragione della domanda attorea, all'art. 2043 c.c., ed esclude la responsabilità «non essendo possibile dimostrare la esistenza al momento della radiografia» della patologia e dunque la connessione causale tra omissione ed evento dannoso. Cfr. Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Dir. famiglia*, 2010, 3, 1182, per la quale: «Se dall'intervento eseguito senza il consenso del paziente deriva un danno alla salute, non imputabile alla scorretta esecuzione, il medico è tenuto al risarcimento solo ove il paziente provi il nesso di derivazione causale tra l'esecuzione dell'intervento e la condotta omissiva, cioè provi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporvisi». Cfr. anche Cass., 12.2.2010, n. 3353, in *Ragiusan*, 2010, 315-316, 164, meno chiara sul punto dell'onere della prova, che riconosce la responsabilità del medico per il rilascio di un certificato di buona salute avvenuto senza l'applicazione della diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c.; ancora, Cass., 11.5.2009 n. 10743, *ivi*, 2009, 307-308, 204, che riconduce il caso alla responsabilità extracontrattuale ed afferma che secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico, grava sul danneggiato (Cass., 23.2.2000, n. 2044; Cass., 18.4.2005, n. 7997). T. Arezzo 10.2.2010, ribadisce la distribuzione dell'onere probatorio fissato in materia contrattuale dalla sentenza delle Sez. Unite. Altrettanto fa il T. Venezia, sez. III, 9.2.2009, in *Giur. di Merito*, 2009, 5, 1280.

³⁸³ A dire il vero ciò consegue all'applicazione in ambito contrattuale, per il legame che presentano con l'interesse cui rivolta la prestazione, del dolo e della colpa extracontrattuali.

La questione è connessa alla collocazione da assegnare ai processi o sequenze causali alternativi e diversi da quelle dedotte in obbligazione³⁸⁴, nonché ai comportamenti dolosi o gravemente colposi del debitore idonei pregiudicare l'interesse del creditore.

32. Onere della prova e causa ignota

Il contenuto dell'art. 1218 c.c., che indica nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile il *thema probandum*, a carico del debitore, lascia aperti molti dubbi interpretativi.

Alcuni Autori hanno offerto dell'imputabilità una nozione soggettiva; altri una nozione oggettiva³⁸⁵. Quanti hanno proposto una nozione soggettiva si sono comunque divisi tra coloro per i quali sarebbe sufficiente al debitore fornire la prova della diligenza (nel conservare la possibilità), e coloro, tra questi molte pronunce della Cassazione, per i quali spetterebbe al debitore indicare l'evento specifico che ha determinato l'impossibilità³⁸⁶.

Se si ragiona sulle implicazioni della differenziazione, esse dovrebbero ravvisarsi in ciò, che, seguendo la seconda tesi, a differenza della prima, resterebbe a carico del debitore il rischio della così detta causa ignota. Si tratta di riflettere su questa affermazione, chiedendosi che senso possa avere lasciare a carico del debitore, che abbia agito diligentemente, in termini di responsabilità, eventi a lui, senz'altro non imputabili (posto che egli ha agito con "provata" diligenza, tanto nel perseguire il risultato quanto in ipotesi, se di questo ha fornito la prova, nel conservare la possibilità della prestazione³⁸⁷, e dunque ha fatto tutto quanto previsto in contratto perché alla sua condotta seguisse "normalmente" il risultato sperato. Parrebbe doversi concludere che tra applicazione della diligenza e impossibilità non imputabile ad eseguire la prestazione, *tertium non datur*³⁸⁸.

³⁸⁴ Sul tema v. *supra* il § precedente.

³⁸⁵ Il problema del criterio in base al quale si valuta l'imputabilità va tenuto distinto rispetto al tema che concerne la nozione di impossibilità. Sul punto cfr. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 119 ss.

³⁸⁶ Cfr. la ricostruzione delle posizioni sostenute in dottrina ed in giurisprudenza rispetto al concetto di causa non imputabile, anche in rapporto al diverso concetto di caso fortuito, compiuta da MENGONI, *ivi*, 122 ss., che richiama in nota una giurisprudenza risalente.

³⁸⁷ Si rinvia a quanto già detto sulla differente natura (o grado) della diligenza, allorché essa è regola da rispettare per conservare la possibilità della prestazione o piuttosto è tutt'uno con la prestazione stessa in vista del risultato (*culpa levis*). La prima è infatti quella ordinaria e non coincide con un dovere di condotta (prestazione) predeterminato.

³⁸⁸ Si è detto infatti come sia fondamentale ricostruire adeguatamente il contenuto contrattuale e verificare quale sia il nesso causale, e per così dire la percentuale di realizzabi-

Abbiamo infatti chiarito come dovere di conseguire il risultato tramite la prestazione e dovere di conservare la possibilità di quest'ultima si saldano perfettamente tra loro e non può chiedersi altro al debitore salvo riversare su di lui ingiustificatamente le conseguenze degli eventi fortuiti che operano nella sfera del creditore. L'eventualità è che entrino in gioco sequenze causali differenti da quelle dedotte in obbligazione, capaci ora di affermare la responsabilità nonostante l'esecuzione della prestazione, ora di negarla nonostante la mancanza della medesima.

La questione assume ricadute importanti inoltre qualora si prenda atto che l'impossibilità della prestazione non imputabile lascia sempre esente da responsabilità il debitore, soprattutto quando si tratta di eventi estranei, non tanto al dovere di comportamento, ma alla sua sfera giuridica. Sarebbe improprio che la certezza o meno del risultato scalzasse il principio cardine di distribuzione del rischio fino al punto di addossare al debitore non solo la perdita della controprestazione ma anche la responsabilità. Si tratta di ipotesi di impossibilità che attengono non tanto alla prestazione in sé e per sé, quanto al risultato-interesse.

Introducendo tali problematiche ha senso discutere della necessità di identificare da un lato il fatto che ha generato l'impossibilità della prestazione dall'altro il pregiudizio del risultato, ed ancora verificare la sua sfera di incidenza, stabilendo se si tratti di quella posta sotto il controllo del debitore o sotto il controllo del creditore. Nel secondo caso il debitore avrà diritto al compenso per "l'opera" prestata ed, a maggior ragione, dovrà ritenersi esente da responsabilità. Differente è il caso in cui l'impossibilità sia imputabile al creditore. Qui il regime del rischio dell'obbligazione si intreccia, come si è detto, non solo con il regime proprietario ma anche con quello della responsabilità extracontrattuale. Così se il comportamento che genera l'impossibilità incide sulla sfera del creditore, il dato non altera le conseguenze sulla obbligazione prodotte dall'impossibilità a lui non imputabile che colpisca la sua area di pertinenza; se invece investe la sfera del debitore (persona o mezzi da questi destinati all'obbligazione), chiama in causa la responsabilità extracontrattuale del soggetto attivo, sollevando il dubbio se tra i danni da imputare a quest'ultimo si possano collocare anche quelli deri-

lità del risultato, in ragione della prestazione dedotta, previsto al momento del sorgere della obbligazione, e ipotizzato come valido anche nella fase successiva seppure in ragione di una valutazione (elastica) secondo buona fede. Sull'improponibilità di una terza via si fonda in definitiva la tesi di D'Amico.

vanti dal mancato compenso. Problema al quale ci sembra corretto offrire risposta positiva.

Riconosciuto il ruolo rivestito dall'impossibilità della prestazione e del risultato rispetto al rischio della controprestazione, deve ritenersi sufficiente, a nostro avviso, che il debitore dimostri, oltre alla propria diligenza, l'esistenza di un processo causale a lui non imputabile soggettivamente o ascrivibile alla sfera del creditore, piuttosto che alla propria, che abbia compromesso o la prestazione o il risultato-interesse; non sembra invece che occorra imporgli di individuare con ulteriore precisione il fatto che ha causato l'impossibilità o il pregiudizio. Va preso atto, infatti, che un evento di cui non è identificabile l'origine, ha tuttavia un ambito preciso di incidenza. Se questo è di pertinenza del debitore, per es. si tratta di evento non imputabile che ha impedito la condotta o l'applicazione della diligenza, egli perderà in genere e con le precisazioni di cui ci siamo già occupati, il diritto al compenso; se ha inciso sulla sfera del creditore nonostante l'esecuzione della prestazione, lo lascerà fermo.

Se si ritiene che la rilevanza pratica della distinzione tradizionale tra obbligazioni di mezzi e di risultato attenga alla maggiore implicazione che riceve la sfera giuridica del creditore nelle prime piuttosto che nelle seconde, può qui ravvisarsi una ricaduta importante sul piano processuale e probatorio. Nel caso delle obbligazioni professionali, è più semplice che il debitore dimostri la non appartenenza dell'evento alla propria sfera di controllo e l'ordinario verificarsi di esso nella sfera della controparte. Diversamente, nelle obbligazioni tradizionalmente definite di risultato, la limitata presenza di un substrato riferibile al creditore rende estremamente remota l'eventualità che sussista una impossibilità del risultato-interesse che derivi da sequenze ascrivibili alla sfera di appartenenza del soggetto attivo e rende quindi più facile ricondurre il difetto ad una inesattezza della prestazione.

Soprattutto quando è in gioco la compromissione del risultato-interesse successiva all'esecuzione della prestazione, essa può discendere dall'inesattezza dell'adempimento, che si colga *ex post*, ovvero può derivare da sequenze ascrivibili al creditore. Si noti che anche nelle obbligazioni così dette di risultato, nonostante la stringente vincolatività, il pregiudizio dell'interesse del creditore, ad esecuzione avvenuta, rende necessaria un'attività complessa del soggetto attivo, di denuncia dei difetti, onde assicurare la delimitazione dell'ambito di confronto tra le parti ed escludere che il debitore sia coinvolto dalle vicende attinenti alla sfera del soggetto attivo. In definitiva l'allegazione a carico del creditore del difetto è segno della possibilità di un con-

trollo in ordine alla compatibilità tra il primo e la violazione delle regole di condotta poste a carico del debitore. Senza una quantomeno astratta compatibilità deve infatti escludersi una responsabilità del debitore.

Va comunque considerato che il pregiudizio alle ragioni ed interessi, dedotti in obbligazione, facenti capo al creditore, può discendere da comportamenti od omissioni imputabili al debitore, circostanze che rientrano nel concetto di dolo o colpa grave. In ordine a tali profili vi è un problema di carattere sostanziale e di carattere processuale. La loro stessa denominazione ci pare induca a ritenere che deve trattarsi di comportamenti od omissioni che chiaramente sono diretti ed in grado di pregiudicare il creditore. Sul piano processuale potrebbe allora ammettersi che essi siano allegati e dimostrati dal creditore. Essi sono comunque differenti dall'inesecuzione o dall'esecuzione della prestazione conciliandosi la loro esistenza con entrambe le eventualità.

Merita infine di essere analizzata l'impostazione processualistica e probatoria della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Molti studiosi, anche recentemente, la interpretano infatti, rinnovandone l'importanza ed il senso non puramente descrittivo, in modo da collegarla alla distribuzione dell'onere probatorio. Vi è chi, pur non dubitando della presenza, anche nelle obbligazioni di mezzi, di un risultato, conclude per la possibilità del debitore di andare esente da responsabilità provando la propria diligenza, mentre il debitore di risultato dovrebbe provare, specificamente, l'evento non imputabile che ha pregiudicato il risultato³⁸⁹.

Tale differenza dovrebbe a sua volta connettersi con la diversa relazione causale instaurata nelle così dette obbligazioni di mezzi, rispetto alle altre. Nelle prime il nesso di causalità tra prestazione e risultato sarebbe "incerto" o "aleatorio"³⁹⁰. La prova della prestazione diligente dovrebbe dunque essere sufficiente a mandare esente il debitore da responsabilità; in quelle di risultato, invece, la certezza assunta fin dall'origine di realizzarlo, renderebbe necessario identificare la causa specifica che ha

³⁸⁹ Cfr. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., 174. A dire la verità non è del tutto chiaro se la questione sia per lo studioso solo di ordine probatorio. La differenza probatoria discende per l'Autore dal legame necessario che esisterebbe tra prestazione professionale di *routine* e guarigione o esito positivo, tanto da escludere *a priori* che possa esserci l'una senza l'altro, e da precludere altresì al debitore di provare che, appurata la mancanza del risultato, vi sia stata esatta esecuzione della prestazione. Cfr. chiaramente in questo senso Id., *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 146 s.

³⁹⁰ Cfr. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., 174.

reso impossibile conseguirlo³⁹¹. La figura delle obbligazioni dette di mezzi, e il regime di favore di carattere probatorio ad esse riservato, sarebbero in grado di spiegare l'art. 2236 c.c., o quanto meno l'applicazione che esso riceve in giurisprudenza, seppure diversamente spiegata³⁹². Deve ritenersi che in esse, poiché la prestazione non è affatto – in ragione delle difficoltà tecniche – collegata con certezza al conseguimento del risultato, a fronte della prova, fornita dal cliente, del difetto di esso, il professionista potrà addurre e provare l'esecuzione diligente della prestazione, lasciando quindi a carico della controparte il rischio dell'eventualità che non sia dimostrabile l'evento specifico che ha escluso la possibilità di raggiungere il risultato.

Si ribadisce in tal modo la posizione di favore riservata al professionista, almeno nelle obbligazioni non routinarie, vista la maggiore facilità di liberarsi dall'onere di provare l'assenza di responsabilità.

Alla tesi in questione, nonostante l'indubbio interesse che presenta, può opporsi come utilizzare un criterio causale "incerto" per mettere in rapporto prestazione e risultato-interesse all'atto del sorgere dell'obbligazione, non dovrebbe introdurre variazioni di ordine probatorio, semplicemente impone all'interprete di applicare, nella valutazione della fase esecutiva, lo stesso parametro assunto in principio. Quanto stabilito in contratto deve infatti considerarsi la "legge" fondamentale di valutazione della responsabilità in sede di esecuzione.

Ciò non modifica e non può modificare il trattamento processuale del debitore. Nel caso dunque in cui in obbligazione venga dedotto un nesso di causalità puramente probabilistico, tale nesso opererà anche nel momento in cui deve essere verificata la responsabilità del debitore. Sarà per ciò stesso più probabile che non si realizzi il risultato, nonostante l'esecuzione della prestazione. L'assenza del risultato potrà certamente coesistere con l'esecuzione della prestazione e questo consentirà senz'altro al debitore di andare esente da responsabilità, ma anche in queste ipotesi occorrerà provare o l'esatta esecuzione della prestazione o una sua impossibilità non

³⁹¹ Cfr. D'AMICO, *ivi*, *passim* ed anche 161 s.

³⁹² La soluzione applicata alle c.d. obbligazioni di *routine* non sarebbe da spiegare nei termini dell'utilizzazione di una presunzione semplice, né tanto meno sarebbe corretto parlarne come di una presunzione di colpa. Le regole su tale genere di obbligazioni deriverebbero dalla certezza del legame causale tra prestazione e risultato che ne accentuerebbe la vincolatività, con le conseguenze sull'onere probatorio indicate anche nel testo. La distinzione avrebbe dunque una sua rilevanza teorica e pratica ma non sarebbero identificabili *a priori* le obbligazioni che entrano nell'una o nell'altra categoria.

imputabile. Ancora potrebbe provarsi, ma è cosa differente, che l'interesse è stato pregiudicato da sequenze causali che hanno o avrebbero anche in caso di esatta esecuzione della prestazione, con certezza, o con elevata probabilità, compromesso l'evento. Se la prestazione esatta è mancata è da ritenere che debba essere provata dal debitore una incidenza di eventi estranei che abbiano pregiudicato il risultato.

Nelle obbligazioni in cui il nesso causale tra prestazione e risultato assume maggiore certezza, sarà meno frequente che manchi il risultato ma ciò ugualmente non sposta la distribuzione ed il contenuto dell'onere probatorio. Anche qui ci pare da ammettere che il debitore possa provare l'esatta esecuzione della prestazione senza che ciò presenti alcunché di contraddittorio rispetto all'assenza del risultato e senza che debba presumersi da questo una sua responsabilità se non, come si è detto, sempre che le circostanze lo consentano, nei termini di una presunzione semplice. Quest'ultima peraltro, accolta la soluzione che pone sempre in capo al debitore l'onere di dimostrare l'adempimento o l'impossibilità della prestazione, avrebbe un ruolo sostanzialmente inutile (in entrambi i casi summenzionati, ovvero tanto quando sia certo il conseguimento del risultato, tanto quando invece esso sia incerto, il soggetto passivo avrebbe su di sé il carico probatorio)³⁹³.

La verità è che il dovere di prestazione non esaurisce l'intero contenuto dell'obbligazione e le vicende "regolate" entro quest'ultima, con i loro i risvolti processuali, possono essere ulteriori sia nell'uno (certezza del risultato-interesse), che nell'altro caso (mera probabilità). Alle eventualità fin qui considerate devono aggiungersi quelle relative alle sequenze causali ricon-

³⁹³ Va detto che la tesi in questione, fondata come è sulla differente certezza che esisterebbe tra prestazione e risultato-interesse nelle obbligazioni (così ridefinite) di mezzi rispetto alle obbligazioni di risultato, potrebbe essere ribaltata negli esiti. Infatti una volta appurato che l'esattezza della prestazione corrisponde al conseguimento necessario del risultato-interesse, la mancata realizzazione di esso può far presumere, in presenza di esattezza della prestazione, l'esistenza di una causa estranea, laddove se vi è incertezza del legame, l'assenza del risultato-interesse è circostanza del tutto muta che potrebbe consentire al debitore di dimostrare di avere eseguito esattamente la prestazione, o anche assicurargli di andare esente da responsabilità nonostante l'inesatta esecuzione di essa o sua assenza totale. In verità la certezza o probabilità del risultato non incidono sul dato per cui in entrambi i casi il debitore dovrà provare di avere eseguito esattamente la prestazione o la sua impossibilità. Fermo restando, anche quando la prestazione sia mancata, la prova dell'impossibilità del risultato-interesse per sequenze ascrivibili al creditore che abbiano inciso negativamente su di esso con certezza o anche con probabilità, senza che occorra, ci parrebbe (ma il condizionale è d'obbligo), nel caso in cui la prestazione non sia stata osservata, addurre e provare una probabilità che l'interesse sia stato pregiudicato indipendentemente da questa maggiore della probabilità ipotizzata e dedotta all'atto del sorgere dell'obbligazione.

ducibili chiaramente (dolo o colpa grave) al debitore, rispetto alle quali le cose variano significativamente, nonché quelle relative alle sequenze causali ascrivibili alla sfera del creditore, quando entrambe abbiano pregiudicato l'interesse a prescindere dal dovere di prestazione. Entrambe non entrano a pieno titolo nel concetto di impossibilità della prestazione. Possono coesistere con la sua esatta esecuzione come con la sua inesecuzione o inesattezza. Le prime (dolo e colpa grave) ci sembra debbano ritenersi oggetto di prova a carico del creditore, le seconde a carico del debitore.

Quanto alla possibilità di applicare la distinzione mezzi/risultato per interpretare l'art. 2236 c.c., come la tesi, da cui le presenti riflessioni hanno preso le mosse, sostiene, sembra difficile che detta norma, il cui contenuto è certamente sostanziale, possa essere chiamata a fondare una differenza nel trattamento processuale e probatorio di alcune obbligazioni³⁹⁴. Per di

³⁹⁴ Cfr. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 176 ss. secondo il quale, in giurisprudenza, si «assume ad un mutamento di funzione dell'art. 2236 c.c. (...). Tale norma appare utilizzata per operare una sorta di distinzione delle prestazioni professionali mediche (o meglio, di alcune prestazioni mediche, in particolare quelle *chirurgiche*) in due aree (...). Nei casi in cui la prestazione medica possa considerarsi tale da non implicare la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (prestazione c.d. *routinaria*), la obbligazione del professionista viene *trattata alla stregua* di una obbligazione "di risultato" (piuttosto che come una obbligazione "di mezzi" per la quale il debitore risponde anche per colpa lieve)». In parziale disaccordo con l'impostazione giurisprudenziale, l'Autore ritiene che «il diverso trattamento riservato ad alcune prestazioni mediche (considerate sostanzialmente quali obbligazioni "di risultato") deriva dal fatto che "la loro esecuzione presenta, in concreto, un alto grado di vincolatività, dovendosi il risultato stesso valutare alla stregua di regole tecniche molto specifiche"». Lo studioso si avvale sul punto, delle parole di GABRIELLI A., *La responsabilità civile del professionista: generalità*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, a cura di Cendon, VI, Torino, 1998, 267, limitandosi a segnalare in corsivo i passi salienti dell'opinione richiamata. In definitiva: «Occorre (...) che il rapporto dialettico tra "vincolatività" e discrezionalità, esprimendosi nella preponderanza ora dell'uno ora dell'altro di tali caratteri, sia collocato sul terreno del nesso "causale" eventualmente ricostruibile tra un comportamento e un risultato». Così D'AMICO, *op. ult. cit.*, 185. Rispetto alla distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi, lo studioso chiarisce dunque ulteriormente che «ad es. l'obbligazione di costruire (e consegnare) il motore di un'autovettura ("*opus*")", sarà probabilmente da qualificare come obbligazione di "risultato" se ritratta di un tipo di motore *standard*, mentre sarà "di mezzi" se riguarda la progettazione e la *realizzazione* di un prototipo da montare su di un nuovo tipo di autovettura. Con la precisazione che, nel primo caso, il risultato dovuto non è comunque da identificare *nell'opus* [la diagnosi formulata dal medico, il *progetto* dell'ingegnere, ecc. (...)], ma piuttosto nella guarigione del malato, nella *realizzabilità* ed *eseguibilità* del progetto, ecc., in quanto questi appaiono ricollegabili con ragionevole sicurezza a un certo comportamento corrispondente alle *regole dell'arte*» (*ivi*, 190-192). Per una sintesi della tesi cfr. *ivi*, 210-213, ove sono tratte dallo studioso le sue conclusioni, e viene evidenziato il riflesso sostanziale, sul piano del fondamento della responsabilità, della differenza tra obbligazione di mezzi e di risultato, distinzione che dunque conserva per l'Autore una valenza non meramente descrittiva, ma teorico-pratica.

più si tratta di norma che suppone una incertezza non tanto e non solo in ordine al legame tra prestazione e interesse del creditore, quanto soprattutto all'interno della prestazione tra gli elementi che la compongono: è cioè la prestazione stessa a suppersi incerta.

Ultimo rilievo all'opinione esposta, è che lascia irrisolto, anzi, neppure considera, il problema costituito dal regime cui assoggettare il rischio della controprestazione nelle obbligazioni professionali.

Art. 2231 – Mancanza d'iscrizione

[1] Quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione.

[2] La cancellazione dall'albo o elenco risolve il contratto in corso, salvo il diritto del prestatore d'opera al rimborso delle spese incontrate e a un compenso adeguato all'utilità del lavoro compiuto.

Anche l'obbligazione secondaria di conservare la possibilità è, secondo la tesi in esame, delimitata dalla diligenza volta, in tal caso, ad evitare una impossibilità assoluta. Questa seconda obbligazione assumerebbe peraltro diversa connotazione a seconda che sia assunto l'impegno a conservare integra la possibilità della cosa (obbligazione *ex recepto* assunta da un imprenditore) nonché la sua consegna e restituzione, o invece un impegno di "mera" custodia propria di qualunque debitore. Nel secondo caso si tratterebbe di una obbligazione di mezzi, intesa come obbligazione fondata su di un rapporto di causalità incerto rispetto al soddisfacimento dell'interesse del creditore; nel primo tipo di obbligazione invece si istituirebbe una relazione causale certa rispetto a tale esito, con le ripercussioni probatorie già esaminate nel testo.

L'opinione sommamente qui proposta mette in evidenza come il dovere di conservare la possibilità riguardi la prestazione, non il risultato-interesse. Quest'ultimo corrisponde per un verso alla esatta esecuzione della prestazione (ovvero alla coincidenza tra momento programmatico ed attuativo), ma per altro verso conserva la sua connotazione naturalistico-psicologica. La realizzazione dell'interesse in quest'ultima accezione può mancare, pur essendo stata integrata una esatta esecuzione, o per causa del debitore – dolo o colpa grave – o per cause ascrivibili alla sfera del creditore. L'art. 2236 c.c. fa salvo il contenuto minimo dell'obbligazione da ravvisare anche laddove difetti in tutto o in parte la prestazione: quello di non pregiudicare l'interesse del creditore con comportamenti od omissioni che direttamente lo violino; qualora l'interesse del creditore non appaia al momento conseguibile in ragione dello sviluppo scientifico, attraverso la preventiva definizione in tutto o in parte della prestazione, il debitore che si sia comunque assunto un impegno in questo senso, è tenuto quanto meno a non pregiudicare detto interesse con comportamenti dolosi o gravemente colposi, cioè certamente idonei a comprometterlo. V. *infra* il commento all'art. 2236 c.c. In ultimo, la distinzione probatoria e processuale tra obbligazioni dette di mezzi ed obbligazioni di risultato compiuta da D'Amico, lascia fuori il problema del rischio rispetto alla impossibilità non imputabile.