

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN*

*La costruzione delle obbligazioni di mezzi versus le obbligazioni
di risultato nella dottrina tradizionale ***

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. - 2. Il concetto di obbligazioni di mezzi e di risultato e le sue critiche. - 3. Il campo di applicazione. - 4. Criteri per distinguere le prestazioni di mezzi e di risultato. - 5. Il regime giuridico delle obbligazioni di mezzi: le funzioni della colpa e dell'onere della prova. - 5.1. Prima funzione: la colpa come criterio di compimento. - 5.2. Seconda funzione: la colpa come criterio di imputazione dell'inadempimento. - 5.3. L'onere della prova.

1. *Considerazioni preliminari*

Fra le molte e svariate aree dove è possibile rintracciare una maggiore influenza degli studi dottrinali nella giurisprudenza, è nell'ambito delle obbligazioni di mezzi dove è possibile veder emergere con grande chiarezza le interazioni. Per questa ragione e perché si tratta di una materia strettamente collegata al campo di ricerca “contratto di fornitura di servizi” che caratterizza la mia traiettoria fin dai suoi inizi (non per niente è stato l'argomento della tesi che mi ha permesso di conseguire il grado di Dottore), è stata scelta per condurre il lavoro di ricerca realizzato nel progetto di ricerca che dirigo come ricercatrice principale, dal titolo “*Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nei provvedimenti giudiziari dell'ordinamento civile, penale e del lavoro*”.

* *Cattedratica di Diritto civile nell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Studio realizzato nell'ambito del Progetto di Ricerca I+D+i DER2016-74971-P “Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nei provvedimenti giudiziari dell'ordinamento civile, penale e del lavoro”.*

A questi due motivi, se ne aggiunge un terzo che è, senza alcun dubbio, anche quello che valorizza maggiormente lo studio realizzato: la sua attualità. Di sicuro, la categoria di obbligazioni di mezzi e di risultato, inesistente nei codici, è stata una creazione della dottrina che ha fatto versare, a suo tempo, abbondanti fiumi di inchiostro. Tuttavia, è vero anche, che dopo essere stata oggetto di discussioni e analisi, è rimasta in letargo per qualche anno, una volta raggiunta una sorta di unanimità (o almeno tranquillità) a livello di dottrina. Sono due i fattori che “fanno tornare di moda” le obbligazioni di mezzi e di risultato, mettendole in mostra, questa volta con un chiaro intento: trasformarle in uno strumento in grado di permettere agli operatori del diritto di dare risposte ai conflitti in merito alla responsabilità civile professionale che stavano letteralmente sommergendo i nostri Tribunali.

Prima di tutto, la giurisprudenza ha ripreso tale distinzione e se ne serve per, soprattutto in materia di responsabilità medica e, in misura minore, in quella di altri professionisti (soprattutto avvocati e procuratori), far ricadere in una o nell'altra categoria, le conseguenze giuridiche derivanti dall'inadempimento (se, in effetti, è riscontrabile). La curva delle azioni che rivendicano la responsabilità nei confronti dei professionisti è in forte crescita, perché il cliente, che adesso è il consumatore, non ha più timore di affrontare un giudizio contro il fornitore di un servizio che considera difettoso. Vista l'assenza nei codici di un quadro giuridico *ad hoc* e la paralisi del legislatore nazionale, e tenuto conto che gli obblighi professionali sono obbligazioni di fare, i Tribunali hanno individuato nelle tesi elaborate nella dottrina in materia di obbligazioni di mezzi e di risultato (i criteri per distinguerle, la funzione della colpa e l'onere della prova) uno strumento utilissimo per ravvisare se, in effetti, vi è inadempimento nonché quali siano le conseguenze giuridiche derivanti.

Sebbene il fattore descritto in precedenza sia sufficiente per destare l'interesse del giurista, negli ultimi anni è avvenuto un secondo fatto: il diritto contrattuale europeo ha rispolverato la categoria delle obbligazioni di fare e l'ha inclusa, con maggiore o minore fortuna, in diverse proposte o bozze di una normativa riguardante i contratti di servizi.

La ricerca svolta si colloca in questo scenario e il primo frutto è il presente contributo, pubblicato nella Rivista di una delle due Università italiane, partner del nostro progetto, l'Università degli studi di Camerino, grazie all'invito del professor Rocco Favale, che fa parte

del gruppo di lavoro. Così, nel presente lavoro, vengono esposte, in modo critico, le principali linee sulle quali si regge la dottrina tradizionale in merito alle obbligazioni di mezzi e di risultato, dottrina che, con piccole modifiche, viene accolta dai Tribunali nelle controversie relative alla responsabilità civile professionale e dagli autori di svariati testi europei che propongono norme per disciplinare il contratto di fornitura di servizi in modo uniforme in Europa.

2. *Il concetto di obbligazioni di mezzi e di risultato e le sue critiche*

Sebbene si siano voluti vedere dei precedenti nel diritto romano¹ e nel cosiddetto diritto intermedio o precedente alla codificazione², la verità è che, in quanto categoria giuridica, i primi riferimenti alle obbligazioni di mezzi e di risultato, sottotipi delle obbligazioni di fare, figurano nella dottrina francese poiché è stato Demogue³ il primo autore a utilizzare detta terminologia. È universalmente noto, di fatto è un “classico” tra i civilisti che, d'accordo con i postulati del suo “inventore”, esistono obbligazioni di fare nelle quali il debitore si impegna a raggiungere o a conseguire un risultato, rispetto a quelle in cui il suo obbligo si concentra nell'adoptare misure che mirino a produrre, in genere, un risultato concreto. La suddetta distinzione è stata largamente accolta nella dottrina spagnola e in quella italiana⁴ anche se, in nessuno dei codici civili (proprio come nella maggior parte dei codici

¹ B. MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer*, in *Revista de derecho privado*, 1976, pp. 467 ss., spec. 479, afferma che nel diritto romano vi era la distinzione tra obbligazioni *stricti iuris*, ovvero quelle in cui il debitore poteva liberarsi solamente attraverso la dimostrazione del caso fortuito e le obbligazioni *bona fidei*, o come le chiamava Gaio, l'obbligazione di *fides et diligentia praestare*, nelle quali il debitore non prometteva un risultato ma di agire in buona fede, per cui, per stabilire un suo possibile inadempimento, era necessario determinare se il debitore avesse agito o meno in buona fede. Sono diversi gli autori che hanno scomodato addirittura il diritto romano per scoprire le origini di quelle che oggi vengono chiamate obbligazioni di mezzi e di risultato. Nella dottrina francese, MAZEAUD, YUNC, E FROSSARD, tra gli altri, o l'italiano MENGONI. V. J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, in *Anuario de derecho civil*, vol. 45, N. 2, 1992, p. 651 ss., nota 28.

² M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 255, ritiene che prima di Demogue, senza denominarle o definirle come facciamo noi oggi, esistono dei riferimenti nella dottrina tedesca. F. JORDANO FRAGA, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, pp. 29 ss., spec. 38, sostiene che, prima di Demogue che ha fatto luce sulla distinzione, in modo concettuale, G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1918, I, p. 209 ss.

³ *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925.

⁴ Rispetto alla dottrina italiana, è obbligatorio citare l'opera di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1954, I, p. 185 ss., per via della sua influenza nella dottrina spagnola. Per esempio, F. JORDANO FRAGA, segue Mengoni, nel suo studio in materia di responsabilità contrattuale, quando si riferisce alle obbligazioni di mezzi e di risultato; anche in *La responsabilidad contractual*,

europei), viene fatto riferimento a questo tipo di obbligazioni. Tuttavia, nei testi più recenti, che ancora non hanno ottenuto il rango normativo, elaborati nell'ambito del diritto contrattuale europeo, vengono citate come strumenti per valutare la responsabilità dei fornitori di servizi.

Di conseguenza, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è una pura e semplice costruzione dottrinale, che ha avuto (e ha) un evidente impatto sulla giurisprudenza. Benché attualmente esista un atteggiamento pacifico nella dottrina in merito alla sua accettazione, ciò non significa che non si siano sollevate delle voci critiche rispetto all'opportunità, alla necessità o ai contenuti della tesi francese sulle obbligazioni di fare.

Alcuni autori⁵ hanno sostenuto che la differenza tra obbligazioni di mezzi e di risultato è completamente falsa, quindi, in realtà, qualsiasi obbligazione punta ad ottenere un risultato che si colloca nella finalità o nell'interesse del creditore a stabilire una determinata obbligazione con il debitore. Pertanto, da questo punto di vista, esistono solamente obbligazioni di risultato, poiché il conseguimento dell'interesse del creditore è il motivo dell'origine dell'obbligazione e il suo mancato raggiungimento frustra le sue speranze.

Detto questo, anche se qualsiasi prestazione tende naturalmente verso un risultato, che corrisponde all'interesse finale del creditore, pensando a questo approccio così riduttivo, si può arrivare alla conclusione, di negare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, perché sono tutte riconducibili a quest'ultima categoria.

Per confutare questa tesi bisogna partire dal fatto che l'elemento distintivo non consiste tanto nella presenza o meno del risultato, ma che esso si trovi all'interno del contesto dell'obbligazione (*in obligatione*), o, al contrario, anche se presente, resti fuori dall'obbligazione. Da questa prospettiva, possiamo affermare che nelle obbligazioni di risultato l'interesse del creditore di conseguire un risultato forma parte del contenuto della prestazione, viceversa, le

Madrid, 1987, p. 38 o nella trattazione specifica sulle obbligazioni di mezzi e di risultato, in *Obligaciones de medio y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, in *Anuario de Derecho civil*, 1991, fascicolo I, p. 5 ss. Tra gli altri, possiamo trovare riferimenti alle obbligazioni di mezzi e di risultato in F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, t. II, Milano, 1993, pp. 70-75, e anche nel vol. 2, t. I, pp. 11-15; A. DI MAJO, *Obbligazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 23; A. TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil II*, traduzione della quindicesima edizione italiana, con note e concordanze al Diritto spagnolo di Luis Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, pp. 8-10.

⁵ G. MARTON, *Obligation de résultat et obligation de moyens*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1935, p. 7 ss., è stato il massimo esponente della tesi negazionista del distinguo tra obbligazioni di mezzi e di risultato in virtù del fatto che sono entrambe riconducibili alla categoria delle obbligazioni di risultato.

obbligazioni di mezzi si caratterizzano per l'interesse del creditore a ottenere un risultato concreto, per quanto sia presente come motore dell'origine dell'obbligazione, rimane all'esterno del contesto dell'obbligazione. Di conseguenza, la prestazione, oggetto dell'obbligazione di mezzi, è rappresentata dall'impiego di un agire diligente, che potrà avere o meno come frutto un certo risultato il quale, potrà addirittura frustrare le aspettative del creditore se tale risultato non fosse quello atteso o auspicato. Detto questo, per quel che concerne il meccanismo dell'obbligazione, verrà considerata adempiuta quando il debitore avrà eseguito esattamente la prestazione dovuta, che, in questo caso, consiste in un *facere* o in una diligenza e non per la realizzazione del risultato⁶.

Da un diverso punto di vista, altri autori insistono nella falsità e inutilità della suddetta distinzione, sostenendo che esistono solamente obbligazioni di attività poiché ritengono che, sia nelle obbligazioni di mezzi che nelle obbligazioni di risultato, sia necessaria da parte del debitore l'esecuzione di un *facere* o di una diligenza, che pertanto, non è una caratteristica esclusiva delle obbligazioni di mezzi. A prescindere dal fatto che in tutte le obbligazioni, sia di mezzi che di risultato, il debitore deve dotarsi dei mezzi sia per eseguire un'attività diligente sia per ottenere un risultato concreto⁷.

Sostenere che qualsiasi tipo di comportamento non sia sufficiente per considerare avvenuto l'adempimento dell'obbligazione, sia di mezzi che di risultato, non porta, per forza di cose, come conseguenza, a ricondurre entrambi i tipi di obbligazioni in un'unica categoria o tipo, ovvero quella di mezzi o di attività. Nelle obbligazioni di risultato, senza dubbio, è necessario che il debitore, inoltre, adotti un comportamento diligente, anche se il grado di diligenza necessario è sufficiente solo per ottenere il risultato dovuto. Il parametro per misurare la diligenza del comportamento viene definito, quindi, al momento di accertare l'esistenza del risultato; di modo che, se si ottiene, si presume *iure et de iure* che il debitore ha portato a termine la sua attività con diligenza. In caso contrario, la mancata realizzazione del

⁶ F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medio y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente)*, cit., pp. 15-17, seguendo il pensiero di Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., e *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, sulla relatività del binomio fine-risultato e sulla sua applicazione alle obbligazioni di mezzi e di risultato come criterio illuminante del suo significato.

⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 259 s.; F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 18; A. PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1972, p. 334 ss., specificamente la citazione è alle pp. 335-336.

risultato implica la presunzione *iuris tantum* che il debitore ha svolto la sua attività senza usare la dovuta diligenza, e potrà liberarsi dall'obbligo, solo, se dimostra la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore. Pertanto, nelle obbligazioni di risultato, la diligenza come parametro per stabilire l'adempimento della prestazione deve ritenersi esclusa, dal contesto dell'obbligazione; l'adempimento dell'obbligazione avviene se il debitore ottiene il risultato, non a prescindere dalla diligenza usata, ma con la presunzione che tale diligenza sia stata utilizzata, poiché quella dovuta non è altro che quella sufficiente per il raggiungimento del risultato. Solamente nel caso in cui il risultato atteso (o dovuto) non dovesse essere raggiunto il debitore potrà considerarsi liberato se dimostra la sussistenza del caso fortuito o della forza maggiore, con esclusione di colpa in quanto non è stato possibile prevedere l'evento futuro e incerto che ha causato tale inadempienza.

Come sottolineato, nelle obbligazioni di mezzi la diligenza si considera *in obligatione*, e forma parte di ciò che è dovuto dal debitore, per cui, per valutarne l'adempimento, è necessario analizzare il grado di diligenza richiesta secondo i parametri previsti dalle norme che risiedono nelle circostanze di persona, di tempo e di luogo.

Infine, è stata messa in dubbio la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato utilizzando come pretesto la penuria della stessa, nel cercare di limitare a due sole categorie la classificazione, quando è possibile osservare situazioni intermedie⁸, o, persino, delle sfumature all'interno di ciascuna categoria. Vero è che le obbligazioni in quanto tali possono avere un contenuto assai eterogeneo, perché l'autonomia della volontà (nel rispetto dei limiti dell'art. 155 c.c.) legittima le parti a dotare la prestazione di un contenuto multiplo o diverso, che invece rimarrebbe ingessato qualora si limitasse alle due tipologie esposte. Così, per esempio, nelle obbligazioni di mezzi è opportuno suddividere in diversi tipi, a seconda che si pretenda dal debitore una minore diligenza o, al contrario, un alto grado di diligenza. In questo senso è necessario che le parti manifestino chiaramente la diligenza richiesta o in ogni caso, la tolleranza di fronte a possibili negligenze del debitore, espressamente, visto che, in

⁸ Per quel che riguarda le situazioni intermedie, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y resultado*, Barcellona, 1993, p. 34, segue DERRIDA e LEGIER, autori che differenziano un *tertius genus* caratterizzato dalle cosiddette obbligazioni di risultato attenuato. Tali obbligazioni si contraddistinguono perché «da colpa del debitore inadempiente è presunta, tuttavia per superare tale presunzione, per il debitore è sufficiente fornire la prova della diligenza (assenza di colpa), mentre non è richiesta quella del caso fortuito».

caso contrario, verrebbero applicati i criteri di esigibilità della diligenza media del buon padre di famiglia o del buon professionista, nel caso in cui il fornitore sia un professionista. Anche nelle obbligazioni di risultato è possibile distinguere diverse tipologie, a seconda che siano ordinarie (il debitore si libera nel caso in cui riesca a provare la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore) o assolute (quelle in cui la responsabilità del debitore non cessa nemmeno nei casi di caso fortuito o forza maggiore, identificate come obbligazioni generiche di dare una cosa prima di ulteriori indicazioni). Di conseguenza, è possibile rilevare diversi sottotipi e generi ibridi che mettono in discussione la netta distinzione trattata e considerarla povera o incompleta.

L'ipotesi su cui si basa quest'ultima opinione sulla mancanza di differenziazione, potremmo dire, che "ricade sul suo stesso peso". Infatti sostenere che la categoria delle obbligazioni di mezzi non esiste perché la diligenza richiesta non è identica in tutti i casi, equivale a ignorare la funzione dell'autonomia della volontà nel diritto e, ancor più in concreto, nel diritto privato. Il fatto che sia possibile, in virtù dell'autonomia della volontà, definire obbligazioni di mezzi quelle nelle quali la diligenza richiesta sia maggiore o minore della media, non significa che le obbligazioni di mezzi siano prive di un'identità propria. Infatti tale concetto non smentisce né mette in dubbio il senso delle obbligazioni di mezzi il cui carattere distintivo non corrisponde al grado di diligenza richiesta, ma piuttosto al contenuto della prestazione dovuta che si limita a un comportamento diligente, indipendentemente dalla diligenza richiesta.

Riguardo alle obbligazioni di risultato, la classificazione in assolute e ordinarie, è ancor più, discutibile o criticabile. L'affermazione precedente parte da un postulato, a mio giudizio, falso: la categoria delle obbligazioni di mezzi e di risultato è applicabile a tutti i tipi di obbligazioni in una qualsiasi delle tre varianti: di fare, di non fare o di dare. Riteniamo (e lo sosteniamo nel paragrafo successivo ai cui postulati mi ricollego) che la categoria delle obbligazioni di mezzi e di risultato si applica solo ed esclusivamente alle obbligazioni di fare, ragion per cui la distinzione tra obbligazioni di risultato ordinarie e assolute diventa inutile, nella misura in cui si basa sull'universalità della distinzione.

Tuttavia, tutti questi contributi, più o meno fondati e condivisibili, hanno come conseguenza positiva l'ammissione che le obbligazioni di mezzi e di risultato, benché siano

categorie differenziabili, non sono compartimenti stagni, visto che esistono anche casi ibridi o ambigui nei quali risulti più complesso lo studio o la determinazione di quale sia l'obbligazione di mezzi o quale quella di risultato. Di fatto, è esattamente ciò che è accaduto nella giurisprudenza dove le posizioni intermedie godono di maggior popolarità, di modo che il contorno tra entrambe le categorie risulti, attualmente alquanto sfocato.

3. *Il campo di applicazione*

In realtà, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nasce nella dottrina in un ambito puramente contrattuale⁹. Ciò nonostante, a suo tempo, nella dottrina tradizionale è stata presa in considerazione la possibilità di ampliarla alle obbligazioni derivanti da atti o da omissioni illeciti da cui deriva l'obbligo di indennizzare o riparare il danno causato. E, persino, anche nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, si è già discusso sull'utilità di ampliarle a uno qualsiasi dei tre tipi di obbligazioni (di dare, fare o non fare) o se al contrario, rimanga una dicotomia valida solamente per le obbligazioni di fare.

Questa tesi ha un precedente in un settore della dottrina francese¹⁰ che ha accolto la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato definendola una classificazione superiore, che prevale sulla divisione delle obbligazioni in contrattuali ed extracontrattuali in base alla loro causa od origine. Su tale impostazione si fonda l'idea che la succitata distinzione presupponga uno sdoppiamento del regime giuridico della responsabilità del debitore e dei criteri di imputazione; quindi, senza dubbio, la diligenza richiesta, la prova dell'adempimento e l'esonero da responsabilità in caso di sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, sono, evidentemente, diverse in base al tipo di obbligazione in questione. Tali considerazioni sono necessarie per trasferire la dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, nel campo della responsabilità extracontrattuale. Così, per esempio, Mazeud rileva un certo

⁹ Così ha inteso il padre di tale distinzione. In generale, la dottrina francese, ha accolto la distinzione al fine di risolvere questioni inerenti la responsabilità contrattuale e la relativa prova. V. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 32. Per un esame più dettagliato della dottrina francese, M.V. ARROYO MATTEUCCI, *Breve comentario sobre obligaciones determinadas o de resultado y obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios en la legislación y doctrina francesas*, in *Ars Boni et Aequi*, 2012, N. 2, p. 289 ss.

¹⁰ Fondamentalmente H. MAZEAUD, *Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, pp. 1 ss., spec. 24 e 34, così come anche J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 1965, p. 60 ss.

parallelismo tra la responsabilità extracontrattuale del custode della cosa e quella dei minori e degli apprendisti. Il custode della cosa risponde dei danni causati, salvo che dimostri la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, a differenza dei genitori e degli artigiani che rispondono, viceversa, per i fatti illeciti dei minori e degli apprendisti a meno che non provino di non avere potuto impedirlo. Il primo caso potrebbe essere paragonato al debitore di una obbligazione di risultato, mentre il secondo al debitore di un'obbligazione di mezzi¹¹. Lo schema precedente ha una sua analogia con il diritto spagnolo, specificamente, con i regimi di responsabilità civile che dipende dal fatto proprio (art. 1902 c.c.) o dal fatto altrui (art. 1903 ss. c.c.)¹².

Altri autori, che difendono l'analogia tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in quanto ritengono che lo schema in entrambi i tipi di responsabilità sia identico e differenziabile solamente ai fini dei termini di prescrizione, vorrebbero evitare che il rifiuto di applicare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato al di fuori dell'ambito contrattuale, possa diventare un fattore che spezzi l'unione di entrambi i tipi di responsabilità. Questa è la ragione per cui si sentono legittimati ad affermare che, anche nel campo delle obbligazioni extracontrattuali, è possibile la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹³.

Non condivido nessuna delle due tesi formulate per i motivi che, qui di seguito, farò valere.

Prima di tutto, perché non è opportuno né necessario forzare in modo più o meno artificioso o persino, trovando un qualche fondamento legale, la dicotomia applicabile alle obbligazioni contrattuali di fare, a quelle extracontrattuali con l'argomentazione che, trattandosi di una distinzione assoluta in diritto, o, addirittura superiore, sia opportuno e necessario trasferirla a qualsiasi tipo di obbligazione, come sostenevano i già citati autori della dottrina francese. Ci rifiutiamo di ammettere il carattere universale della distinzione, fino al

¹¹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 33; J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 651 ss., spec. 692.

¹² J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 693; L. PASCUAL ESTEVILL, *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, vol. I, Parte Generale, Barcellona, 1989, p. 55 s.

¹³ M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 260. Sull'unità tra la responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, v. il capitolo IX dell'opera precedente, e in modo più approfondito, *Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1993.

punto di pretendere che si definisca come una classificazione con tale trascendenza da incidere sul regime generale di responsabilità e di prova di tutte le obbligazioni. Tale tesi trova una giustificazione solamente nella dottrina francese per via dell'ampia accettazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato in questo paese, utile per superare l'apparente contraddizione che esiste tra gli artt. 1147 e 1137 *code civil*. Opportunità indiscutibile, anche se l'utilitarismo non deve diventare uno strumento per predicare un'universalità artefatta.

In secondo luogo, perché non condividiamo il ragionamento sostenuto da una parte della dottrina spagnola, che, alla luce dell'unione dei due regimi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), considera come conseguenza di ciò che qualsiasi distinzione che possa far riferimento alle obbligazioni contrattuali (per esempio quella relativa alle obbligazioni di mezzi e di risultato) necessariamente deve essere anche applicata alle obbligazioni extracontrattuali. Infatti, in caso contrario, romperebbe l'unitarietà¹⁴. Il disappunto deriva, non dal presupposto (non discuto sul fatto che tutti e due i tipi di responsabilità possano ottenere o meno un trattamento unitario) che accetto, ma dalle conseguenze che, in merito al campo di applicazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, si pretende dedurre. Il fatto che la dicotomia tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato coinvolga solamente le obbligazioni che hanno un'origine contrattuale, non impedisce l'unitarietà di trattamento delle obbligazioni contrattuali o extracontrattuali per quanto riguarda il loro regime di responsabilità, poiché la difesa della loro unitarietà non implica l'identità assoluta di entrambe le obbligazioni che, indubbiamente, proprio per la loro origine, possono essere distinte.

Infine, perché l'obbligazione risarcitoria che si richiama agli articoli 1902 ss. c.c., vista alla luce della distinzione obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, si dovrebbe classificare, senza problemi, nella categoria delle obbligazioni di risultato perché il suo scopo non è altro che risarcire il danno causato. Di conseguenza, l'adempimento avverrà solamente

¹⁴ La tesi dell'unità viene adottata da un settore importante della dottrina specialistica. Così, oltre alla già citata opera di M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*; ID., *La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1991, p. 443; P. ESTEVILL, *La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual*, in *La Legge*, 1991/4, p. 1158 ss.; R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

quando questo accada, indipendentemente dai mezzi che il debitore-dante causa del danno utilizzi a tal fine. È impensabile presumere che, siccome il debitore usa tutta la diligenza possibile per il risarcimento del danno, e questo non viene risarcito, l'obbligazione venga considerata adempiuta, anche perché, preso alla lettera, l'art. 1902 c.c. dice, esattamente il contrario. Possiamo affermare che, dalla norma succitata, si evince che il risultato (il risarcimento del danno) rientra nell'attività che il debitore deve al suo creditore, per cui il suo adempimento, consiste, per forza di cose, nel suo compimento. Da un altro punto di vista, e rientrando già nel campo della responsabilità extracontrattuale, come esposto nei paragrafi precedenti, si è cercato un parallelismo tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato e la responsabilità per fatto proprio-responsabilità per fatto altrui. Coloro che sostengono tale parallelismo considerano come di risultato, l'obbligazione risarcitoria che deriva dall'art. 1902 c.c., nella misura in cui, la responsabilità è inevitabile, una volta soddisfatti i requisiti della norma menzionata. In sintonia con tale affermazione, violata, a causa di un soggetto tramite condotte attive od omissive, l'obbligazione generale di non recare danno (*alterum non laedere*), e a condizione che il colpevole sia il dante causa, nasce l'obbligazione di risultato di risarcire la vittima. Viceversa, nel campo della responsabilità per fatto altrui, dimostrato dal soggetto ai sensi dell'art. 1903 c.c. che ha usato «la diligenza del buon padre di famiglia per prevenire il danno» (in altre parole, che sono stati impiegati i mezzi necessari per controllare i soggetti di cui sono responsabili), non dovrebbe esistere nessuna obbligazione risarcitoria. Questo presunto parallelismo è, a mio parere, artificioso e costituisce solamente un tentativo di introdurre “con la forza” una classificazione creata per le obbligazioni chiaramente contrattuali in un campo estraneo. È risaputo che nel nostro ordinamento giuridico la responsabilità extracontrattuale viene concepita sulla colpa dell'agente, con un campo d'azione diverso, a seconda che la responsabilità sia per fatto proprio o altrui. Quando l'attore viene chiamato a rispondere delle proprie azioni, ai sensi dell'art. 1902 c.c., la colpa consiste nel non aver previsto le conseguenze della sua attività; viceversa, quando il soggetto è responsabile dell'attività altrui, la colpa consiste nell'omissione rispetto all'obbligo di vigilanza derivante dal rapporto che lo lega al soggetto di cui è responsabile (la cosiddetta *culpa in vigilando*). In verità, non è obbligatorio né necessario fare riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi o di risultato nei termini espressi, poiché esiste soltanto

un'obbligazione, quella di risarcire il danno cagionato, sempre che sussistano i requisiti stabiliti per legge. Fra questi, la colpa, sebbene in forma diversa, a seconda che la responsabilità sia per fatto proprio o per fatto altrui.

Altra cosa, e solamente dopo aver delimitato la distinzione alle obbligazioni contrattuali, sarebbe rimettere in questione se, tra le obbligazioni contrattuali, l'ambito di applicazione si estende a tutte, qualsiasi esse siano (dare, fare o non fare) o solamente alle obbligazioni di fare.

Da un punto di vista tecnico non esiste nessun ostacolo per applicare la distinzione a tutte le obbligazioni di origine contrattuale. Così, le obbligazioni di dare e di non fare vengono integrate nella categoria delle obbligazioni di risultato (il debitore di un'obbligazione di dare adempie solamente quando consegna il dovuto, indipendentemente, al fine dell'adempimento, dai mezzi utilizzati per eseguire la consegna della cosa; allo stesso modo, il debitore obbligato a una prestazione di non fare, adempie solamente quando di fatto non realizza l'attività coinvolta, indipendentemente dai mezzi utilizzati per garantire la mancata esecuzione)¹⁵. Solamente nelle obbligazioni il cui contenuto consiste nel compiere un'attività, è possibile distinguere tra obbligazioni di risultato o di mezzi, qualora il raggiungimento di un risultato come prodotto dell'attività dovuta, formi o meno parte della prestazione.

In quest'ottica, non è possibile valutare nessuna giustificazione pratica per trasferire la distinzione all'ambito delle obbligazioni di dare e non fare, dal momento che non ne scaturisce nessuna conseguenza giuridica poiché non esistono obbligazioni di dare o di non fare di mezzi. Così, principalmente la dottrina, che senza mettere in dubbio l'ammissibilità della dicotomia alle obbligazioni di dare e di non fare, *de facto* affronta la distinzione obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato a seguito della trattazione delle obbligazioni di fare, come una delle sue possibili classificazioni¹⁶.

¹⁵ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 48, 49, 94 e 95; F. LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 691, oltre a citazioni bibliografiche nelle note 122 e 123 relative all'unanimità della dottrina nel ritenere le obbligazioni di dare e di non fare come obbligazioni di risultato.

¹⁶ B. MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer*, cit., pp. 474-476.

4. *Criteri per distinguere le prestazioni di mezzi e di risultato*

Una volta stabilito che il nostro campo di applicazione risiede nelle obbligazioni di origine contrattuale la cui prestazione è di fare, è opportuno, qui di seguito, esaminare quale sia il criterio (o i criteri) che ci consentono di collocarla in una o nell'altra categoria.

In considerazione della sua natura contrattuale, la volontà delle parti diventa il primo criterio del quale deve avvalersi l'interprete per definire l'obbligazione di fare. Solamente nel caso in cui tale volontà non sia stata chiaramente manifestata, l'interprete potrà ricorrere ad altri criteri che lo aiutino nel suo compito. Contrariamente a quanto sostenuto da qualche autore, non esiste, per lo meno, nel diritto spagnolo, nessuna presunzione che ci inviti a dedurre che, in caso di dubbio, l'obbligazione deve essere ritenuta di risultato, poiché si presume che sia la principale, mentre l'obbligazione di mezzi rappresenta l'eccezione.

Nel momento in cui si comincia ad entrare nei criteri "residui" o di "secondo livello", la natura dell'obbligazione diventa una chiave importante per distinguere il tipo di obbligazione di fare quando non sia possibile desumerlo dalla volontà esplicita o tacita dei contraenti. Per definire la natura dell'obbligazione l'interprete deve collocarsi su un piano astratto che, per stabilire tale natura, ha bisogno di indici o sintomi aggiuntivi.

Uno degli indici consiste nella presenza o meno del fattore *alea* nella prestazione. Da notare che le obbligazioni di mezzi si caratterizzano per la casualità del risultato al quale, ovviamente, tende qualsiasi prestazione, ma che, a causa della presenza dell'*alea*, rimane naturalmente al di fuori della cerchia dell'obbligazione. Un classico esempio di obbligazione nella quale sia presente l'*alea* è quello del contratto di fornitura di servizi sanitari. Nella maggioranza dei casi, il medico non può garantire la guarigione del malato, ragion per cui il risultato sperato, previsto e, sulla base del quale si svolge la sua attività, malgrado sia presente, resta fuori dalla prestazione dovuta. Infatti tale prestazione consiste nello svolgimento di un'attività o di un *facere* diligente, in linea con le regole dell'arte medica, ma in cui, anche quando viene eseguita secondo le tecniche e le conoscenze che corrispondono alla malattia, non sempre la guarigione del paziente è il risultato della cura. Detto questo, sarebbe semplicistico affermare che in qualsiasi atto medico sia presente l'*alea*, o almeno, sia presente con la medesima intensità. Anche se è la cosa più comune, non possiamo concludere che

esistano prestazioni mediche specifiche, associate alla medicina soddisfattiva o volontaria, nella quale esiste un collegamento più profondo tra il risultato e il *facere* che permette che vengano classificate come obbligazioni di risultato o, meglio ancora, in un terzo genere di obbligazioni a cavallo tra quelle di mezzi e quelle di risultato. Tale soluzione, di fronte all'impossibilità in molti casi, di far rientrare un particolare rapporto giuridico in categorie prestabilite, e inventarne una terza, non è una novità, senza dubbio ricorrente nell'argomentazione giuridica. In questo caso, la terza categoria delle obbligazioni di fare viene formulata da quegli autori che negano la dicotomia e viene ripresa dalla giurisprudenza, giustamente, con uno scopo diverso: mantenerla. In tal senso, la giurisprudenza in una fase ormai superata, allude alle obbligazioni che si trovano "a cavallo tra le obbligazioni di mezzi e di risultato" con un chiaro riferimento alla responsabilità medica negli interventi di chirurgia estetica o con scopi non curativi, per giustificare la quasi oggettivazione della responsabilità. Attualmente, la giurisprudenza riprende la tesi dell'obbligazione di mezzi come caratteristica della prestazione sanitaria, poiché la presenza dell'*alea* la porta, inevitabilmente, in questa categoria¹⁷.

Continuando con il ragionamento, e senza disdegnare il valore del carattere aleatorio come indice di cui tener conto per definire la natura della prestazione¹⁸, la volontà delle parti rimarrà sempre al sicuro qualora il loro desiderio sia quello di includere il risultato come contenuto della prestazione dovuta, anche se tale prestazione risulta macchiata dal fattore del carattere aleatorio. La presenza dell'*alea* come fattore determinante per l'esistenza di un'obbligazione di mezzi, così come, viceversa, la sua assenza come fattore tipico dell'obbligazione di risultato, è un tema abbondantemente trattato dalla dottrina¹⁹. In realtà, Il carattere aleatorio non è un fattore presente solamente nelle obbligazioni di mezzi, visto che, nelle obbligazioni di risultato, il debitore può essere liberato nelle ipotesi di caso fortuito

¹⁷ L. GÓMEZ RUFÍAN, *Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia*, in *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 32, 2016-II, p. 185 ss., in concreto la citazione è alle pp. 196-198.

¹⁸ Per J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 700 ss., e F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 10 e 11, si tratta di un segnale indicativo della natura della prestazione, ovvero un criterio sussidiario della volontà delle parti. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 41 s., e P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, 1982, p. 414, preferiscono considerarlo come un criterio illuminante della volontà delle parti qualora questa non sia stata manifestata in modo adeguato.

¹⁹ C. VATIER FUENSALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, Palma di Maiorca, 1980, p. 59; L. PASCUAL ESTEVILL, *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, vol. I, cit., p. 58 s.; J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, 1985, p. 139; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993, p. 453, tra gli altri.

o di forza maggiore. Come abbiamo visto in precedenza, la differenza consiste nel fatto che nelle obbligazioni di mezzi «l'alea è tale che la sua incidenza nel raggiungimento del risultato non permette di identificare una presunzione di colpa del debitore»²⁰.

Un altro indizio dell'esistenza di un'obbligazione di mezzi consiste nella posizione attiva del creditore²¹. In questo modo si osserva che da questo tipo di obbligazioni emerge un dovere di collaborazione da parte del beneficiario della prestazione, che non resta passivo, così come succede nelle obbligazioni di risultato, durante l'esecuzione del *facere*. Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi il creditore collabora, in misura più o meno rilevante, con il debitore, di modo che in alcuni il *facere* non può avere luogo senza tale collaborazione. È persino possibile che il debitore venga esonerato da responsabilità se il creditore non presta la collaborazione attiva necessaria per l'esecuzione della prestazione. Infatti, è inutile che il medico curi il malato in modo adeguato, se quest'ultimo non prende le medicine o non segue le indicazioni del dottore; o l'avvocato, che ha bisogno anche, della collaborazione del suo cliente per adempiere alla sua obbligazione di consulenza e/o difesa.

Da un altro punto di vista appare evidente il ruolo attivo del debitore delle obbligazioni di mezzi, inteso non come un dovere di cooperazione, ma come “un'accettazione dei rischi”²² da parte del creditore che non compare nell'obbligazioni di risultato. In tal senso, si precisa che, se il creditore accetta determinati rischi derivanti dal *facere* del suo debitore, in modo che tale accettazione implichi la realizzazione di un'attività in relazione alla prestazione dovuta, l'obbligazione deve essere classificata come un'obbligazione di mezzi.

Mi sembra più appropriato parlare di “dovere di collaborazione”, termine mutuato dal diritto anglosassone (*duty of mitigation*) e che si sta introducendo anche nel diritto europeo perché presente in diversi testi relativi a proposte di regolamentazione del diritto contrattuale, piuttosto che di posizione attiva del debitore. È necessario chiarire che il ruolo attivo del creditore (inteso come dovere di collaborazione) non è altro che un indizio dell'esistenza di

²⁰ B. MORENO QUESADA, *Problemática de las obligaciones de hacer*, cit., p. 475 s.

²¹ P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., p. 420 s.

²² J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 703, seguendo l'esempio degli autori francesi citati nella nota 150. In maniera analoga, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 43, segue RODIERE.

un'obbligazione di mezzi, ma che, in nessun caso, può indicare un criterio assoluto e deve essere integrato con altre circostanze, come il carattere aleatorio, gli usi o l'equità.

Un altro segnale caratteristico delle obbligazioni di mezzi e da prendere in considerazione per identificarle, consiste nell'assunzione dei rischi da parte del creditore che accetta tutti quelli che potrebbero impedire il raggiungimento del risultato desiderato²³. Conseguenza logica della struttura di questo tipo di obbligazioni in cui il risultato, seppur presente in qualità di interesse finale, resta fuori dal contenuto dell'obbligazione. Tale assunzione dei rischi, sempre che si tratti di rischi "normali", intesi come tali quelli così classificati dalla *lex artis ad hoc*, presuppone che il debitore sia liberato dalla responsabilità dei danni derivati dal rischio assunto dal creditore. *Stricto sensu*, risponderà dei danni sproporzionati, anche quando non sarà possibile provare la colpa, poiché tale sproporzione o eccesso agisce come elemento da cui si desume la negligenza.

La dottrina ha indicato anche altri segnali che possono servire come strumento per l'interprete al momento di identificare il tipo di obbligazione assunta dal debitore. Per esempio, la presenza di dipendenza o indipendenza tecnica del fornitore²⁴; indizio questo, a mio parere, di una debolezza enorme. In tal senso, chi lo propone sostiene che nelle obbligazioni di risultato il debitore gode di una maggior indipendenza tecnica rispetto alle obbligazioni di mezzi, caratterizzate dalla dipendenza del fornitore. Tale modo di interpretare le obbligazioni di mezzi e di risultato collegate al contratto di locazione di servizi, nel primo caso, e a quello di costruzione, nel secondo per quanto non sia scorretta (anche se non condivisa), può portare a conclusioni totalmente inopportune come quella precedente, se condotte fino all'ultimo estremo in modo assoluto. Tanto più quando si parte da concetti, ormai al giorno d'oggi superati, come considerare il contratto di locazione di servizi la forma giuridica atta a incanalare la fornitura di servizi per conto terzi, definiti dal criterio di dipendenza o *nota*. Inoltre, nel campo delle libere professioni, caratterizzate dalla loro indipendenza tecnica, quando i professionisti forniscono servizi per conto proprio, le obbligazioni contratte con i loro clienti generalmente sono obbligazioni di mezzi, argomento che fa venir meno la premessa su cui si basa questa affermazione.

²³ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., p. 44 s.

²⁴ F. JORDANO FRAGA, *Obligación de medios y de resultado*, cit., p. 11.

Altre indicazioni, come la maggiore o minore concretizzazione o determinazione della prestazione (più concreta, obbligazioni di risultato, meno precisa, obbligazioni di mezzi), il carattere gratuito o no²⁵, rappresentano deboli indizi che rivelano la presenza di un'obbligazione di mezzi o di risultato, con scarsa rilevanza giuridica, ragion per cui non mi soffermerò nell'analizzarle.

5. *Il regime giuridico delle obbligazioni di mezzi. Le funzioni della colpa e dell'onere della prova*

5.1. *Prima funzione della colpa: la colpa come criterio di adempimento*

L'adempimento delle obbligazioni di mezzi, così come per le rimanenti obbligazioni, presuppone l'esatta esecuzione della prestazione dovuta da parte del debitore (art. 1157 c.c.)²⁶. Detto questo, così come nelle obbligazioni di risultato la determinazione della prestazione, può essere chiaramente verificata dal creditore, viceversa, nelle obbligazioni di mezzi stabilire se l'obbligazione sia stata adempiuta o no presenta una serie di difficoltà che in altri tipi di obbligazioni non sono previste. Quindi l'interprete dovrà per forza di cose ricorrere a un parametro di *facere* diligente con la finalità di, nel confronto tra diligenza usata dal debitore con la diligenza-modello o diligenza richiesta, poter concludere se, in effetti, l'obbligazione sia stata adempiuta dal debitore. È così perché nelle obbligazioni di mezzi non viene stabilito un parallelismo interesse-adempimento che, mentre è contenuto in altre obbligazioni la cui causa si colloca nell'interesse finale, inteso come la speranza che tale attività porti a un risultato concreto, resta fuori dall'obbligazione. Per questa ragione, sosteniamo che un'obbligazione di mezzi si adempie solo quando si esegue la prestazione dovuta e non quando venga soddisfatto l'interesse finale del creditore, circostanza che non sempre si verifica.

Da ciò deriva la rilevanza della colpa nelle obbligazioni di mezzi, in una prima funzione come criterio di adempimento dell'obbligazione. Se la colpa è parte del contenuto della prestazione dovuta, l'assenza di colpa nell'esecuzione del *facere* determina l'inadempimento

²⁵ J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 704.

²⁶ «Un debito non potrà essere considerato estinto fino a quando non si sia completamente consegnata la cosa o eseguita la prestazione oggetto dell'obbligazione».

dell'obbligazione con le conseguenze giuridiche derivanti²⁷. Tutto ciò ci porta a constatare la funzione della colpa come criterio di adempimento delle obbligazioni di mezzi che deve essere presente, inevitabilmente, perché si realizzi l'adempimento dell'obbligazione.

La commisurazione del grado della colpa esigibile si trova nell'art. 1104 c.c.²⁸, e rinvia al modello della “diligenza media”, noto a tutti.

5.2. *Seconda funzione: la colpa come criterio di imputazione dell'inadempimento*

Una volta accertato l'inadempimento dell'obbligazione di mezzi, affinché il soggetto sia obbligato al risarcimento del danno originato dallo stesso è necessario, oltretutto, che l'inadempimento sia imputabile al debitore. Sulla base del regime generale di responsabilità per inadempimento, il debitore viene esonerato se dovessero sussistere il caso fortuito o la forza maggiore, ai sensi dell'art. 1105 c.c.²⁹.

I caratteri di “imprevedibilità” e “inevitabilità” previsti dal testo di legge, affinché, il fatto che impedisce l'adempimento esoneri da responsabilità il debitore oggettivamente inadempiente, ci porta una volta di più a parlare della colpa, non come criterio di adempimento nelle obbligazioni di mezzi, ma con un'altra funzione che consiste nel chiarire se il soggetto è liberato dalla responsabilità in caso di sussistenza di caso fortuito o di forza maggiore. Il giudizio soggettivo che ciò comporta ci guida, nuovamente, all'art. 1101 c.c., sede del parametro necessario a stabilire quando il debitore non è colpevole, o in altre parole, malgrado abbia usato la diligenza richiesta (ovvero quella stabilita o la diligenza media), non

²⁷ Il tema dell'adempimento-inadempimento dell'obbligazione di mezzi viene trattato in modo molto opportuno dal professore Jordano Fraga, nei suoi lavori. In particolare, in *Obligaciones de medios y de resultado*, cit. un testo fondamentale, a nostro parere, per lo studio della presente materia, grazie ai diversi contributi contenuti, non solo personali, ma anche nel merito del supporto della dottrina, fondamentalmente dell'opera di Mengoni, e i molteplici riferimenti bibliografici. Il suddetto autore ritiene che la colpa nelle obbligazioni di mezzi abbia una doppia funzione: in primo luogo, è un criterio di adempimento delle obbligazioni, tema trattato nella presente relazione. Però, in secondo luogo, la colpa assolve anche una funzione, una volta concretizzatosi l'inadempimento dell'obbligazione, di criterio di imputazione dell'inadempimento, nell'ambito del giudizio di responsabilità del debitore. Mi riferirò a questa seconda funzione successivamente, per il momento basta lasciarlo annotato qui. Nello stesso senso A. CARRASCO PERERA, in *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, Madrid, 1989, p. 592.

²⁸ «La colpa o la negligenza del debitore consiste nell'omissione di diligenza richiesta dalla natura dell'obbligazione e corrisponde alle circostanze delle persone, di tempo e di luogo. Quando l'obbligazione non specifichi quale diligenza è necessario prestare per il suo adempimento, si esigerà quella che corrisponde alla diligenza del buon padre di famiglia».

²⁹ «Al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, e da quelli contenuti nell'obbligazione, nessuno potrà rispondere di quei casi che non siano stati previsti, o che, nel caso lo siano stati, fossero inevitabili».

ha potuto prevedere l'evento o il fatto che gli impedisce di compiere il proprio dovere, o, in ogni caso, non ha potuto evitarlo.

Questa seconda funzione della colpa nelle obbligazioni di mezzi non è tipica di questo tipo di obbligazioni ma può essere trasferita, allo stesso modo, alle obbligazioni di risultato, poiché il regime dell'art. 1105 c.c. è di applicazione generale³⁰.

5.3. *L'onere della prova*

Tra le diverse conseguenze giuridiche associate al fatto che un'obbligazione venga classificata come di mezzi o di risultato, la più rilevante è, senza alcun dubbio, quella che concerne gli effetti derivanti dall'applicazione delle norme relative all'onere della prova. In

³⁰ Così è come lo interpreta F. JORDANO FRAGA, in generale in tutti i suoi lavori inerenti lo studio della responsabilità contrattuale (a prescindere da quelli già citati, v. *La responsabilidad contractual (primer y último repaso)*, in *Anuario de derecho civil*, 1988, p. 817 ss.; ID., *Aspectos problemáticos de la responsabilidad del médico*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1985, p. 29 ss.; ID., *Responsabilidad médica. Responsabilidad personal y por hecho ajeno. Comentario a la St. del T.S. del 27 de septiembre de 1994*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Gennaio/Marzo, p. 231 ss.). Specificamente, in *La responsabilidad contractual*, cit., espone in modo dettagliato quella che sarebbe diventata, da lì in avanti, una costante nella sua traiettoria, vale a dire che il regime della responsabilità contrattuale concepito nel nostro codice civile è unitario e univoco, al di là del tipo di obbligazione violata. Così, nelle pagine 100 ss., ritiene che finché sussiste l'obbligazione, il debitore deve adempiere e cessa di rispondere solo quando dimostri che l'obbligazione è estinta per impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile. Rispetto alle obbligazioni di mezzi e di risultato, nella p. 172 ritiene che nemmeno nelle obbligazioni di mezzi, è sufficiente la colpa per stabilire l'adempimento definitivo; la colpa determina un inadempimento materiale (allo stesso modo in cui l'assenza di risultato per le obbligazioni di risultato). Per stabilire la responsabilità è necessario il giudizio di responsabilità a posteriori che presuppone il mancato o inesatto adempimento in conformità con gli articoli 1105, 1182 e 1184 c.c. Ciò nonostante, M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 271 ss., non la vede così. Per questo autore, la colpa non ha nessuna rilevanza nelle obbligazioni di risultato, in cui il debitore consegue l'adempimento del risultato, a prescindere dai mezzi utilizzati, e il debitore può essere liberato, da tale obbligo, solamente se dimostra la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, ovvero, un'impossibilità sopravvenuta. Viceversa, nelle obbligazioni di mezzi, a non avere rilevanza è l'insorgere di caso fortuito o forza maggiore, poiché il debitore adempie nel momento in cui svolge il *facere* con diligenza, se c'è diligenza c'è adempimento, in ogni caso, invece senza la diligenza, saremo sempre di fronte a un inadempimento imputabile (p. 288: «In sintesi, nelle obbligazioni di attività o di mezzi non esiste la figura dell'inadempimento non imputabile»). La conseguenza di tutto ciò è un doppio regime di responsabilità, a seconda che l'obbligazione appartenga a uno o all'altro tipo. In questo modo, dimostrata da parte del debitore l'assenza di colpa, non dovrà rispondere in nessun caso; al contrario nelle obbligazioni di risultato, il debitore deve dimostrare la sussistenza di caso fortuito o forza maggiore, e solo così potrà liberarsi dall'obbligo, nel caso in cui non abbia raggiunto il risultato previsto. Successivamente F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 35 ss., ribadisce la tesi precedentemente esposta in modo più dettagliato, rispetto alla dicotomia obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato, lasciando l'unitarietà di regime per entrambi i tipi di obbligazioni, al contrario di quanto invece espresso, tra gli altri, da M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit. Senza volermi ripetere in modo eccessivo, mi richiamo alle argomentazioni del professor Jordano Fraga, molte delle quali sono fedelmente riportate in questo lavoro. In merito alle obiezioni delle tesi di Yzquierdo Tolsada mi unisco a quanto detto in proposito, e in modo molto concreto, da F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado* cit., p. 36, nota 39 e p. 52, nota 55.

tal senso si afferma che nelle obbligazioni di mezzi l'onere della prova della mancanza di diligenza spetta al creditore, mentre nelle obbligazioni di risultato, una volta realizzatosi, è compito del creditore provare la colpa.

Secondo la brillante tesi sostenuta dal professore Jordano Fraga³¹, non è vero che nelle obbligazioni di risultato, una volta dimostrato l'inadempimento, abbia luogo una presunzione di colpa del debitore che dovrà eliminarla, e nelle obbligazioni di mezzi sia il creditore, viceversa, colui che deve dimostrare la colpa del debitore affinché sorga l'obbligazione risarcitoria o riparatoria.

Senza dubbio, e anche se potrebbe sembrare l'opposto, in materia di onere della prova³² vengono applicate nell'uno o nell'altro caso le stesse norme, senza che si generi un dualismo di regimi. In tal senso, l'art. 217, 2 e 3 LEC³³ stabilisce l'onere di provare i fatti costitutivi del richiedente-creditore (l'esistenza dell'obbligazione, i danni causati, e, la cosa più importante, la prova dell'inadempimento, ovvero, la violazione dell'obbligo *ex art.* 1101 c.c.) mentre spetta, in compenso, al convenuto-debitore l'onere della prova degli elementi ostativi (la prova di caso fortuito e di forza maggiore *ex artt.* 1105 e 1182 ss. c.c.).

Da questo punto di vista possiamo affermare che nelle obbligazioni di mezzi spetta al creditore-attore dimostrare l'inadempimento della prestazione dovuta, prestazione che consiste nell'esecuzione di un *facere* diligente. Per cui la prova della colpa del debitore spetta al creditore, non perché vi sia un'inversione dell'onere della prova in relazione alle obbligazioni di risultato, ma, per essere *in obligatione*, la prestazione potrà essere considerata inadempita solo quando l'elemento di colpa o mancata diligenza risulti presente nell'esecuzione dell'attività. Viceversa, nelle obbligazioni di risultato, nelle quali la prestazione dovuta consiste nel raggiungimento di un risultato da parte del debitore, spetta al convenuto-creditore dimostrare l'inadempimento dell'obbligazione, ovvero, dimostrare che il risultato

³¹ *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 74-96.

³² Per citare le parole di Jordano Fraga, nota precedente, p. 75, sostenere l'onere della prova non implica l'obbligo di provare questo o quel punto; ma, in caso di mancata prova o prova imperfetta, è qui la parte della controversia che si farà carico del rischio che tale mancanza di prova potrebbe causare.

³³ «2. Spetta all'attore e al convenuto in via riconvenzionale l'onere della prova relativa alla certezza dei fatti da cui ordinariamente risulti, in base alle norme giuridiche applicabili, l'effetto giuridico corrispondente alle pretese dell'azione giudiziaria e della riconvenzione. 3. Compete al convenuto e all'attore convenuto l'onere della prova dei fatti che, in conformità con le leggi applicabili, impediscono, estinguono o indeboliscono l'efficacia giuridica dei fatti a cui fa riferimento il precedente paragrafo».

non è stato ottenuto secondo i termini stabiliti, senza la necessità di procedere a una qualche valutazione rispetto alla diligenza del debitore nell'esecuzione del *facere*, perché non rientra nella prestazione dovuta. In entrambi i casi, una volta provato l'inadempimento, al debitore non resta che dimostrare l'esistenza di un caso fortuito per essere liberato.

Dimostrato il non conseguimento del risultato dovuto, possiamo affermare che nelle obbligazioni di risultato non esiste ambiguità di regime, né inversione dell'onere della prova nelle obbligazioni di mezzi³⁴, né presunzione di colpa. Semplicemente, un unico regime in materia di prova, contenuto nei paragrafi 2 e 3 dell'art. 217 LEC con conseguenze diverse a seconda che venga applicato a obbligazioni con contenuti diversi. E nient'altro³⁵.

Abstract

This study summarizes the thesis built around the doctrine on the legal regime of obligations of means and results. A very topical issue, given that the case law provisions on professional civil liability and the proposals for the legal regime of the service contract developed with the aim of unifying European contract law are based around its postulates.

Cadice, novembre 2020.

³⁴ L. PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad profesional*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, gennaio-aprile 1991, p. 53.

³⁵ La dottrina francese non l'ha inteso così, perché, al contrario, ha ammesso un doppio regime di responsabilità, e di conseguenza di onere della prova, a seconda che sia un'obbligazione di mezzi o di risultato. Riprendendo le parole di A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y resultado*, cit., p. 143, «Per la dottrina e la giurisprudenza francesi la distinzione tra obbligazioni di mezzi (diligenza) e di risultato ha assunto il carattere di strumento esplicativo chiave della responsabilità contrattuale in generale e dell'onere della prova in particolare». Il motivo di questa grande eco, e potremmo dire, ambiguità del regime di responsabilità contrattuale creatasi in seguito alla distinzione dell'opera di Demorgue nel diritto francese, si basa sull'apparente contraddizione esistente nel *code civil*, tra gli artt. 1147 e 1137. Sulla dottrina e giurisprudenza francesi, in merito alla duplicità dei regimi e all'onere della prova, F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 81-84, così come le relative critiche e miglioramenti. Nel diritto spagnolo, M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., difende una duplicità di regime, sostenendo che, nelle obbligazioni di mezzi, una volta dimostrata da parte del creditore-attore la colpa del debitore-convenuto non esiste alcuna prova liberatoria, in merito alla sussistenza di caso fortuito o forza maggiore. Ci associamo, quindi, alla tesi difesa da Jordano Fraga perché più coerente con il sistema del c.c. spagnolo che, in nessun momento, delinea due diversi regimi di responsabilità contrattuale, ma piuttosto un unico regime applicabile a tutte le obbligazioni. Nello stesso modo, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y resultado*, cit., pp. 149-150; J.M. LOBATO GOMEZ *Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 725-734.