

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE



## FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

### *Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione*

DOTTORATO DI RICERCA IN

*L'OBBLIGAZIONE E IL RAPPORTO GIURIDICO E LA LORO TUTELA  
PROCESSUALE*

CICLO XXII

## LA RESPONSABILITÀ DA CONTATTO SOCIALE

S.S.D. IUS / 01

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giovanni Di Giandomenico

Firma

Tutor: Chiar.mo Prof. Massimo Nuzzo

Firma

Dottorando: Dott. Antonino Santoro

Firma

*A Mariatina, Gina e Cosimo*

*Premessa e campo d'indagine*

## CAPITOLO 1

### I CONFINI MOBILI DELLA RESPONSABILITA': IL CONTATTO SOCIALE NELL'ELABORAZIONE DELLA DOTTRINA

- 1. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: dalla opportunità di distinguere alla individuazione di una zona grigia di confine*
- 2. L'esistenza di una obbligazione come criterio distintivo: il concetto di obbligazione come rapporto complesso e la teoria degli obblighi di protezione nell'elaborazione della dottrina tedesca*
- 3. La teoria degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano*
- 4. L'obbligazione senza prestazione: la responsabilità per violazione dell'affidamento e il contatto sociale nel sistema delle fonti*
- 5. Le critiche alla figura*
- 6. Obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto*
- 7. Obbligazione senza prestazione e danno meramente patrimoniale*
- 8. Gli obblighi di protezione verso terzi: dal contratto con effetti protettivi per il terzo all'obbligazione senza prestazione*

## CAPITOLO 2

## **LA RESPONSABILITA' DA CONTATTO SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA**

- 1. La responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria*
  - 1.1. ...dal sottosistema della responsabilità alla storica sentenza 589/1999*
  - 1.2. Luci e ombre dell'arresto del 1999*
  - 1.3. L'evoluzione giurisprudenziale successiva e la sentenza delle Sezioni Unite 577/2008*
  - 1.4. Le ricadute applicative della sentenza delle Sezioni Unite 577/2008*
- 2. La responsabilità dell'insegnante per le lesioni dell'alunno*
- 3. La responsabilità della P.A. come responsabilità da contatto*
  - 3.1. La responsabilità contrattuale da contatto come tutela complementare nei confronti della P.A.*
  - 3.2. Rapporti con la responsabilità precontrattuale della P.A.*
- 4. Nuove fattispecie ricondotte recentemente alla teoria del contatto sociale dalla giurisprudenza*

### **CAPITOLO 3**

## **ANALISI CRITICA DELLA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE**

- 1. Alcune precisazioni*
- 2. Critica alla teoria del contatto sociale*

## **BIBLIOGRAFIA**

*Premessa e campo d'indagine*

Il presente lavoro si propone l'obiettivo di indagare una figura giuridica che, già conosciuta nella elaborazione dottrinarina da tempo, di recente ha trovato riconoscimento anche in giurisprudenza: il rapporto obbligatorio derivante da contatto sociale qualificato.

Il fascino indubbio di tale istituto deriva da ciò, che esso raccoglie, secondo la tesi che ne sostiene le ragioni, una serie di ipotesi di danno che si collocano a metà strada tra il contratto e il torto, cioè in quella che è stata felicemente definita come la zona grigia tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale.

Come si avrà modo di specificare, i confini tra i due tipi di responsabilità si presentano, alla luce anche della recente elaborazione giurisprudenziale, assolutamente mobili e permeabili atteso che una congerie di ipotesi tradizionalmente ricondotte all'alveo della responsabilità ex Art. 2043 sembrano oggi essere attratte alla sfera della responsabilità contrattuale, più precisamente definita, come si vedrà, responsabilità da inadempimento di obbligazioni ex Art. 1218 c.c..

Il contatto sociale si presenta come lo strumento attraverso il quale la giurisprudenza opera tale traslazione, avendo come scopo ultimo più o meno dichiarato l'applicazione al soggetto che chiede tutela della più favorevole disciplina della responsabilità contrattuale.

Le ipotesi in cui si è messo in evidenza il contatto tra sfere giuridiche di soggetti determinati corrispondono a fattispecie in cui, pur mancando un contratto, non sembra potersi ritenere del tutto inesistente un rapporto tra i soggetti secondo il paradigma extracontrattuale della "responsabilità del passante".

E allora, ferma l'assenza del contratto, la riconduzione di tali fattispecie all'illecito aquiliano appare a molti insoddisfacente in considerazione della rilevanza del contatto sociale come fonte di affidamento nella professionalità dell'altro; tale affidamento porterebbe in dote il sorgere di un rapporto obbligatorio alla cui violazione non potrebbe che applicarsi la responsabilità contrattuale, meglio ri-definita come responsabilità da inadempimento di obbligazioni derivanti non solo da contratto ma da ogni fatto o atto idoneo secondo la onnicomprensiva definizione dell'Art. 1173 c.c..

Se questo è il campo di indagine, si dovrà provvedere in primis a individuare il campo di applicazione rispettivamente attribuito a ciascun tipo di responsabilità ripercorrendo quella che autorevole dottrina<sup>1</sup> ha definito come "la parabola della responsabilità civile", e a evidenziare i principi sui quali si fonda la distinzione tra i due tipi di responsabilità, non senza dare spazio a quelle voci dottrinali che tendono a sminuire la *summa divisio* all'interno della responsabilità civile nel tentativo di ricondurre a una struttura unitaria le pur innegabili differenze di regolamentazione.

Nel procedere in questo quadro, non si potrà fare a meno di indagare da vicino il contenuto del rapporto obbligatorio secondo le più recenti acquisizioni dottrinali, posto che dalla ricostruzione del nucleo dell'obbligazione dipende l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale piuttosto che dell'illecito aquiliano.

Si dovrà allora dar conto degli sforzi profusi in questa direzione dai teorici tedeschi, che hanno portato alla elaborazione dei cd. *obblighi di protezione* (*Schutzpflichten*) producendo il passaggio da una concezione dell'obbligazione come rapporto semplice dal contenuto circoscritto dall'ampiezza della prestazione a una concezione del rapporto

---

<sup>1</sup> F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643 ss.

obbligatorio come realtà complessa in cui convergono altresì obblighi di salvaguardia di interessi diversi dalla prestazione; l'elaborazione di obblighi di derivazione legale e tuttavia accessori all'esecuzione del contratto costituisce la pietra angolare su cui poggia tutta la teorica del contatto sociale, posto che, in definitiva, il passaggio ulteriore consiste nel valutare la possibilità di configurare obblighi di protezione totalmente avulsi da una preesistente obbligazione *ex contractu*.

I risultati cui è giunta la dottrina tedesca, come si vedrà ampiamente nel prosieguo, devono ritenersi storicamente giustificati all'interno dell'ordinamento tedesco dalle carenze del BGB (ante riforma) in materia di inadempimento delle obbligazioni e dall'assenza di una clausola generale a presidio del principio *alterum non laedere*.

La dottrina italiana non ha mancato di porre attenzione alla ricostruzione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso e alla teoria degli obblighi di protezione, spingendosi fino alla analisi in chiave sistematica del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione: in particolare, un importante Autore ha ripreso e sviluppato una precedente celebre elaborazione in materia di responsabilità precontrattuale, che aveva già messo in evidenza la possibilità di ritenere configurato un rapporto obbligatorio pur in assenza dell'obbligo di prestazione<sup>2</sup>, e si è chiesta se tale modello, distaccato dall'area del diritto dove è stato in principio elaborato, possa “essere adottato per dare veste giuridica a vicende diverse da quella precontrattuale ma suscettibili di essere risolte nella stessa forma giuridica”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.; da ultimo, nel senso della riconducibilità della responsabilità precontrattuale allo schema dell'art. 1218, F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 91.

<sup>3</sup> Il riferimento è principalmente a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147



Non sono mancate le forti critiche di altra parte della dottrina, che, come si avrà modo di specificare, ha ritenuto in ultima analisi inutile oltre che decettiva la elaborazione della obbligazione senza prestazione in relazione a una situazione di contatto sociale qualificato.

A rinvigorire un dibattito mai sopito ci ha pensato la giurisprudenza, che ha dapprima chiuso le porte alla teoria dell'obbligazione senza prestazione; tuttavia, di recente, con la storica sentenza n. 589/1999 i giudici di legittimità hanno accolto in modo risoluto la teoria in parola ricostruendo, come si dirà ampiamente, la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria come responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato<sup>4</sup>.

Successivamente, la giurisprudenza individuato altre ipotesi di danno collocate nella zona grigia tra contratto e torto, attraendole all'area della responsabilità contrattuale in virtù del contatto sociale tra sfere giuridiche: tale relazione qualificata è stata "isolata" in fattispecie come la responsabilità dell'insegnante per le autolesioni dell'alunno<sup>5</sup> o nel

---

ss. ; ID., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p. 443 ss., che ha sviluppato la categoria coniata dal Larenz (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munchen, 1982, p. 122 ss.); ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

<sup>4</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661, in cui si esprimono perplessità in ordine alle notevoli potenzialità espansive del nuovo indirizzo.

<sup>5</sup> Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giur. It.*, 2003, p. 446 ss. e in *Foro it.*, 2002, I, p. 2636, 2002, I, p. 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; Cass. 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 491, con nota di I. CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*; Cass. 6 giugno 2005, n. 12966, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 335; Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1081; Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce cit., n. 303.

particolare rapporto procedimentale che viene a instaurarsi tra il privato e la Pubblica Amministrazione di tal che la responsabilità per lesione di interessi legittimi a carico di quest'ultima andrebbe, secondo una giurisprudenza amministrativa a dire il vero ancora minoritaria<sup>6</sup>, qualificata come responsabilità contrattuale.

Monolitico rimane invece l'orientamento giurisprudenziale che inquadra la responsabilità precontrattuale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, contrapponendosi ancora oggi alle autorevoli voci dottrinali di cui si è parlato.

Non si può escludere, tuttavia, un superamento delle perplessità ancora fortemente avvertite in queste fattispecie dalla giurisprudenza, posto che in alcune recentissime decisioni la teoria del contatto sociale qualificato ha ricevuto anche l'autorevole avallo delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>78</sup>.

Di tutte queste fattispecie e dei percorsi pretori alla base delle soluzioni apprestate si dovrà dar conto nel prosieguo della trattazione, così come si cercherà di proseguire la navigazione verso nuovi lidi per verificare la possibilità di individuare nuove ipotesi di danno da contatto sociale qualificato.

Alla fine del percorso, i tempi saranno maturi per delineare in modo rigoroso i caratteri che la relazione deve presentare per assurgere a fonte di obbligazioni e per

---

<sup>6</sup> Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, col. 78 con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale*; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, e Tar Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Foro it.*, 2002, III, col. 1 e 3, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*.

<sup>7</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, nonché p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 77, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*.

trarre delle conclusioni sulla portata e sulla utilità della teoria della obbligazione da contatto sociale qualificato nell'ambito dell'ordinamento interno.

## **CAPITOLO 1**

### **I CONFINI MOBILI DELLA RESPONSABILITA': IL CONTATTO SOCIALE NELL'ELABORAZIONE DELLA DOTTRINA**

## ***1. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: dalla opportunità di distinguere alla individuazione di una zona grigia di confine***

Si è già accennato, in sede di premessa, all'importanza che assume ai fini dell'indagine presente la demarcazione del confine tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale. Occorre ora precisare che, prima di verificare dove si collocano rispetto a tale confine le ipotesi di contatto sociale qualificato, è necessario illustrare le acquisizioni dottrinali e pretorie relative ai criteri distintivi utilizzati per tracciare il confine in parola.

Come noto, il tema della responsabilità e il problema della sua unità strutturale è stato al centro di un ampio e ancora non sopito dibattito dottrinale; a contendersi il campo essenzialmente la posizione di coloro i quali valorizzano le convergenze tra le due forme di responsabilità conosciute nel nostro ordinamento propugnando *de iure condendo* un superamento della distinzione anche sotto il profilo della disciplina, attesa la *reductio ad unum* delle diverse forme di responsabilità sotto il profilo strutturale<sup>9</sup>; dall'altro lato, invece, coloro i quali, partendo dal dato positivo incontrovertibile della

---

<sup>9</sup> Sul tema si veda F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 784 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss; P. RESCIGNO, *Obbligazioni, (diritto privato). Nozioni generali*, voce dell'*Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 206; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991 p. 17 ss; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1081 ss.; si veda però, più di recente, ID., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 13 ss.

diversa disciplina prevista *de iure condito*, rimangono agganciati alla tradizione continuando a ritenere strutturalmente divergenti l'illecito aquiliano rispetto al danno contrattuale<sup>10</sup>.

Al centro del dibattito<sup>11</sup> si pone il ruolo attribuito alla colpa nell'inadempimento ai fini della configurazione della responsabilità contrattuale: se appare indiscutibile che l'illecito aquiliano postuli la rimproverabilità quantomeno a titolo di colpa per il fatto dannoso, non così scontata è la posizione della colpa all'interno della dinamica dell'inadempimento contrattuale.

Coloro i quali sostengono che anche in quest'ultima ipotesi occorre che l'inadempimento sia colpevole per poter ritenere responsabile ex art. 1218 c.c. il debitore non possono che rilevare l'identità del ruolo della colpa rispetto ai due tipi di responsabilità e, di conseguenza, ritenerle sostanzialmente e strutturalmente assimilabili: la colpa funge da criterio di imputazione del fatto illecito così come dell'inadempimento.

Tuttavia prevalente appare l'opinione contraria, che proprio sulla colpa fonda la distinzione in parola: se è vero che nell'illecito ex art. 2043 la colpa si pone in posizione centrale in quanto criterio di imputazione dell'illecito, ciò non può sostenersi per l'inadempimento contrattuale, laddove invece la colpa svolge un ruolo secondario atteso che l'inadempimento è fatto *ex se* sufficiente per l'ascrizione della responsabilità mentre

---

<sup>10</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*3, Milano, 2006, p. 449.

<sup>11</sup> Su tale dibattito si veda la lucida ricostruzione fatta da C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Giuffrè, 1993, p. 11 ss..

“la colpa è solo un criterio – neanche ormai unico – di imputazione (della causa) dell'impossibilità”<sup>12</sup>.

Tale conclusione deve ritenersi altresì rafforzata dagli ultimi approdi giurisprudenziali, che hanno portato al definitivo superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell'ambito della responsabilità contrattuale<sup>13</sup>.

Sebbene si riconosca dalla gran parte degli Autori la necessità di tenere separate le due forme di responsabilità, l'individuazione del criterio discriminante non è stata impresa agevole: il criterio tradizionale basato sulla diversa natura del diritto leso<sup>14</sup> non è apparso soddisfacente a seguito della celebre sentenza delle Sezioni Unite sul caso Meroni, in cui si aprì la strada nel nostro ordinamento alla tutela aquiliana del credito o del contratto<sup>15</sup> cioè all'affermazione della responsabilità extracontrattuale in capo al terzo estraneo al rapporto obbligatorio o contrattuale che tuttavia cagioni l'impossibilità dell'adempimento o concorra a determinare l'inadempimento del debitore<sup>16 17</sup>.

---

<sup>12</sup> In questi termini, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p. 449, il quale aggiunge che “la colpa dunque non è un criterio di imputazione della responsabilità contrattuale ma criterio di esclusione della rilevanza dell'impossibilità come limite della (oltre il quale si esclude la) responsabilità e, prima ancora, come causa di estinzione dell'obbligazione (art. 1256)”.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. Fondamentali, a riguardo, sono ancora oggi le considerazioni di L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 366 ss.

<sup>14</sup> Tale criterio prevedeva che alla lesione di un diritto assoluto conseguisse la responsabilità aquiliana mentre dalla lesione di un diritto relativo derivasse la responsabilità contrattuale.

<sup>15</sup> Cass. Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giust. it.*, 1971, I, 1, p. 680, con nota di G. VISINTINI, e in *Foro it.*, 1971, I, P. 1284, con nota di A.C. JEMOLO, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, il quale manifesta preoccupazioni per il rischio di una proliferazione di soggetti che possono affermarsi lesi; si trattava del caso di un sinistro stradale in cui era rimasto ucciso Luigi Meroni, calciatore del Torino, società di calcio cui la Cassazione riconobbe la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno aquiliano nei confronti del responsabile del sinistro.

<sup>16</sup> F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 292 ss.; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 137 ss; ID, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 899 ss.

Come autorevolmente rilevato in dottrina<sup>18</sup>, tale criterio distintivo<sup>19</sup> può ritenersi ancora valido solo a condizione che si effettuino delle necessarie precisazioni: l'affermazione di una responsabilità extracontrattuale per lesione del credito effettuata dalle Sezioni Unite nel caso Meroni sembra porsi irrimediabilmente in contrasto con il criterio tradizionale secondo cui la lesione del credito dà luogo a responsabilità contrattuale; in realtà tale contrasto sembra risolversi se solo si considera che dalla lesione del credito discende la responsabilità contrattuale solo nel caso in cui essa sia determinata dal debitore, *id est* nel caso di inadempimento.

Viceversa, l'art. 1218 esclude la responsabilità del debitore quando l'inadempimento o il ritardo sia dovuto a impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile; ebbene, tale norma lascia aperta la questione se soggetti terzi rispetto al debitore possano essere ritenuti responsabili quando dal loro comportamento derivi l'impossibilità della prestazione del debitore.

In altri termini, l'impossibilità della prestazione può derivare non solo da forza maggiore o caso fortuito, ipotesi classiche, ma anche dal comportamento del terzo estraneo al rapporto obbligatorio, nel qual caso la lesione del credito posta in essere dal terzo determina un danno risarcibile ex art. 2043 c.c..

---

<sup>17</sup> Va altresì menzionata, per l'autorevolezza della fonte, la tesi di F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* 1912, II, p. 744, che riduceva ad unità le due forme di responsabilità nell'ambito del principio generale *alterum non laedere*.

<sup>18</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, intervento all'Incontro di studio sul tema "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno" organizzato dal C.S.M. - Roma, 29-30/05/2008, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>19</sup> Una variante della tesi in esame fonda la distinzione sulla natura dell'interesse tutelato: la responsabilità ex art. 2043 tutelerebbe l'integrità delle situazioni soggettive mentre la responsabilità contrattuale sarebbe a presidio dell'interesse alla prestazione.

La tesi dominante<sup>20</sup> fonda la necessità di distinguere le due forme di responsabilità sulla loro differenza strutturale: mentre la responsabilità contrattuale discende dalla violazione di un *obbligo preesistente*, l'illecito aquiliano è sanzione di un "danno che consegua da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo"<sup>21</sup>.

Da ciò deriva che mentre l'illecito aquiliano sorge dalle ceneri della situazione soggettiva lesa (la cui individuazione diventa necessaria nella fattispecie di danno<sup>22</sup>) attraverso i requisiti della colpa del fatto e dell'ingiustizia del danno, la responsabilità contrattuale invece sorge per la mera violazione dell'obbligazione preesistente prescindendo totalmente dall'ingiustizia del danno e dalla colpa dell'inadempimento.

E allora mentre nel caso di danno ex art. 2043 l'obbligazione (risarcitoria) nasce solo con la lesione, essendo in precedenza assente qualunque legame o contatto tra danneggiato e danneggiante così da atteggiarsi alla stregua di una responsabilità del passante, nel caso di inadempimento contrattuale si assiste al fenomeno della *perpetuatio obligationis* cioè alla sostituzione dell'obbligazione preesistente con l'obbligazione risarcitoria.

A ben vedere, questa conclusione appare come il diretto corollario delle precisazioni effettuate a proposito del riconoscimento pretorio della tutela aquiliana del credito: ai fini della responsabilità contrattuale non basta la lesione del credito, ma occorre che tale lesione sia posta in essere in presenza di un obbligo preesistente gravante sul soggetto responsabile, che in definitiva non può che essere il solo debitore; qualora invece tale

---

<sup>20</sup> Per una recentissima analisi si veda, G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, ESI, 2009, p. 17 ss.

<sup>21</sup> In questi termini, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*3, Milano, 2006, p. 455.

<sup>22</sup> Per l'analisi del problema del danno meramente patrimoniale si rinvia al prosieguo della trattazione.



obbligo preesistente manchi, come avviene nel caso della lesione del credito da parte di terzi, allora la responsabilità seguirà la strada maestra della *Lex Aquilia*.

La tesi in parola ha trovato un definitivo riconoscimento anche da parte delle Sezioni Unite della Cassazione in una fondamentale decisione che si dovrà successivamente analizzare a fondo in materia di responsabilità della banca per il pagamento di assegni non trasferibili al non legittimato ex art. 43 L. Assegno<sup>23</sup>; i giudici di legittimità, infatti, dopo aver precisato che la responsabilità contrattuale si configura non solo nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto ma “anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall' inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte” di tal che la qualificazione "contrattuale” deve ritenersi una *sineddoche* (quella figura retorica che consiste nell'indicare una parte per il tutto) , giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire”, aggiungono che “la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*

<sup>24</sup> Sotto il profilo comparatistico, si rileva (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 544) che anche nei sistemi di *common law*, ispirati alla rigida separazione tra contratto e torto

Sotto il profilo più strettamente operativo, occorre però evidenziare che la giurisprudenza ha da tempo affermato la possibilità del *concorso* tra i due tipi di responsabilità nel caso di violazione contemporanea di un obbligo preesistente e di una situazione giuridica soggettiva, come nei casi in cui alla violazione di un obbligo contrattuale si accompagni anche un danno all'integrità fisica o ai beni di uno dei contraenti, con ciò riducendo fortemente il problema della distinzione tra le responsabilità<sup>25</sup>.

Tuttavia si è acutamente osservato<sup>26</sup> che la questione del concorso tra titoli di responsabilità, in verità, dovrebbe porsi solo nel caso di violazione di obblighi di protezione e non già allorchè la violazione riguardi l'obbligo alla prestazione, nel qual caso l'unica disciplina applicabile sarebbe quella contrattuale.

Sulla base di tale distinzione, su cui peraltro si lamenta la scarsa attenzione della letteratura, si ritiene che nel caso di lesione dell'integrità fisica del paziente, essendo

---

cui consegue l'applicazione della disciplina del torto a tutto ciò che non sia riconducibile al primo in ossequio al principio della "*privity of contract*" e della "*consideration*", tali *long established doctrines* non possono più ritenersi ostacolo insuperabile e che anche "la *common law* sembra abbandonare una delle rigidità strutturali, secondo cui non può esservi obbligazione e perciò responsabilità contrattuale senza contratto cioè senza consenso e, forse ancora di più, senza *consideration*". Con riguardo ai sistemi di *civil law*, il quadro sarà tracciato nel prosieguo della trattazione.

<sup>25</sup> L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 672, «[I]a regola del concorso e del cumulo sembra eliminare alla radice molte perplessità: difatti, dove non giunge la disciplina della responsabilità contrattuale non di rado giunge la disciplina della responsabilità extracontrattuale». Sul problema del concorso tra le due forme tradizionali di responsabilità, C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; ID., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. cit.*, 555. Il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si converte in concorso di azioni. R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, *op. cit.*, 158; A. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963, 249.

<sup>26</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. cit.*, p. 115.

conseguenza di un inadempimento del medico dell'obbligo di prestazione, non si dovrebbe applicare la regola del concorso<sup>27</sup>.

Al di là delle ipotesi di concorso, posizionare una fattispecie di danno da una parte o dall'altra del confine tra contratto e torto comporta le note conseguenze in termini di disciplina.

Questo problema si pone, come si vedrà, proprio per le ipotesi di contatto sociale qualificato oggetto della presente analisi, in cui il danno, pur verificandosi in assenza di un vincolo contrattuale, trasmigra nell'area della responsabilità contrattuale attraverso l'individuazione di un rapporto obbligatorio derivante da una fonte diversa sia dal contratto che dall'illecito.

Ancorché si voglia sostenere le ragioni della unità strutturale della responsabilità civile, è innegabile il dato positivo relativo al differente regime cui sono sottoposte le due forme di responsabilità quanto al termine di prescrizione, il regime dei danni risarcibili, la distribuzione dell'onere della prova, i criteri di imputabilità con particolare riferimento al predetto problema della colpa.

---

<sup>27</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 371.

## *2. L'esistenza di una obbligazione come criterio distintivo: il concetto di obbligazione come rapporto complesso e la teoria degli obblighi di protezione nell'elaborazione della dottrina tedesca*

Come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, dottrina e giurisprudenza dominanti individuano il criterio distintivo idoneo a tracciare la frontiera tra contratto e torto nella presenza di una obbligazione preesistente rispetto alla lesione.

In questo quadro è evidente la rilevanza che assume ai fini del problema della natura giuridica della responsabilità la nozione di obbligazione; non vi è chi non veda come l'ampiezza del contenuto di tale concetto influenzi in modo determinante anche l'ampiezza del campo di applicazione della relativa responsabilità per inadempimento.

Non a caso si è affermato<sup>28</sup> che se il concetto di obbligazione si riduce alla sola prestazione, così come riteneva la dottrina classica di derivazione romanistica, tutto quanto non può rientrare in quest'ultima diventa prerogativa della responsabilità extracontrattuale, per cui il problema si riduce alla analitica valutazione della prestazione pattuita; ma se la struttura del rapporto obbligatorio si candida ad arricchirsi di obblighi diversi da quello rivolto a soddisfare un bisogno di beni o servizi, allora

---

<sup>28</sup> Per una approfondita analisi del concetto di obbligazione nel diritto romano e nel diritto tedesco si rimanda a L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, CEDAM, 2007, p. 20 ss, secondo il quale, invece, “non è sostenibile la diffusa convinzione per la quale sino a circa un secolo e mezzo fa, nella comune cultura giuridica, l'obbligazione era intesa come figura del diritto privato volta esclusivamente a soddisfare un'aspettativa e cioè volta ad esaudire l'interesse alla prestazione” e aggiunge che “certamente nel diritto romano il rapporto obbligatorio è visto ancora come relazione semplice, ma ciò non può significare, come pure è stato detto, che a quell'epoca mancassero fattispecie in cui l'obbligazione si faceva carico di tutelare l'integrità del creditore e delle cose che gli appartengono; si può dire piuttosto che il pensiero giuridico dell'epoca non era ancora pervenuto ad *isolare* all'interno di quella figura la presenza di interessi *altri* da quello rivolto a conseguire il vantaggio pattuito”; sull'evoluzione della *obligatio* romana si veda M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979, XXIX.

l'area della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione tenderà a invadere anche aree diverse dalla lesione del mero interesse alla prestazione.

La concezione di matrice romanistica della *obligatio* come rapporto semplice fondato sul mero interesse alla prestazione è stata oggetto di profonda revisione ad opera della dottrina tedesca all'inizio del secolo scorso<sup>29</sup>: quest'ultima, partendo dalla constatazione delle lacune del BGB in tema di inadempimento, dall'assenza di una clausola generale a presidio dell'illecito aquiliano<sup>30</sup> e delle debolezze della disciplina sulla responsabilità dei padroni o committenti per fatto dei dipendenti, ha elaborato la distinzione tra *interesse alla prestazione e interesse alla protezione*, cioè interesse della persona a non subire pregiudizio al proprio corpo e ai propri beni nel corso e a causa dell'attuazione del rapporto obbligatorio.

Tale fondamentale intuizione comporta la totale revisione della tradizionale concezione elementare del rapporto obbligatorio, sostituita dalla emergente constatazione che, al contrario, l'obbligazione si presenta come rapporto complesso in cui, accanto all'interesse alla prestazione, gravitano una serie di doveri accessori di informazione, salvaguardia ecc, che vengono raggruppati nella categoria dei cd. obblighi di protezione (*Schutzpflichten*).

La conseguenza evidente è allora quella di ritenere che la violazione di tali obblighi accessori alla prestazione debba essere attratta, al pari della lesione dell'interesse alla

---

<sup>29</sup> La teoria degli obblighi di protezione ha avuto un parallelo sviluppo anche in Francia, dove si cominciò a parlare di *obligation de sécurité* a seguito di una importante sentenza della Corte di Cassazione francese del 1911 in tema di responsabilità del vettore per i danni ai passeggeri. Nei sistemi di *common law*, similmente, il *contract* si considera comprensivo dei cd. *duties of care* dei beni e dell'integrità della controparte contrattuale.

<sup>30</sup> Il sistema tedesco dell'illecito aquiliano si basa sul principio dell'*Enumerationsprinzip*, secondo il quale solo alcuni beni (vita, corpo, salute, proprietà e libertà) sono protetti in via extracontrattuale; ciò determina una fondamentale differenza con i sistemi italiano (art. 2043 c.c.) e francese (art. 1382 code civil), basati invece su clausole generali.

prestazione, nell'area della responsabilità contrattuale; come efficacemente si osserva<sup>31</sup>, “i beni della vita, dell'integrità, della proprietà, tutelati primariamente sul piano della responsabilità aquiliana, vengono attratti al diritto dei contratti allorché l'esigenza di proteggerli è sorta a causa del rapporto obbligatorio”.

Più precisamente, la teoria degli obblighi di protezione, elaborata da Heinrich Stoll<sup>32</sup>, deriva il suo fondamento dalle intuizioni di Hermann Staub<sup>33</sup>, il quale elaborò la figura delle *violazioni positive del contratto* per colmare le lacune del BGB in tema di inadempimento.

Il BGB, fino alla recente riforma del 2001, non prevedeva una clausola generale in tema di inadempimento simile al nostro art. 1218 c.c. ma consentiva al giudice di effettuare un accertamento solo con riferimento alla impossibilità della prestazione o al ritardo nell'adempimento, di tal che le ipotesi di *inesatto adempimento* non erano contemplate dalla disciplina sulla responsabilità per inadempimento; attraverso l'interpretazione analogica di varie norme del BGB (in particolare il § 286 sulla mora), Staub ricondusse al regime della responsabilità tali ipotesi qualificandole come violazioni positive del contratto.

In tale ultima figura furono ricondotti sia l'adempimento inesatto che l'inadempimento dei cd. *doveri accessori* alla prestazione.

---

<sup>31</sup> L. LAMBO, *Obblighi di protezione, op. ult. cit.*, p. 41, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

<sup>32</sup> H. STOLL, *Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288; il termine era stato suggerito da H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929. Si vedano inoltre F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711.

<sup>33</sup> H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902 (opera pubblicata in forma monografica nel 1904 e tradotta in italiano da G. VARANESE, col titolo *Le violazioni positive del contratto*, ESI, 2001).

Le fondamentali intuizioni di Staub vennero successivamente riprese da Stoll, il quale, nel tentativo di dare al problema in esame una soluzione più adeguata, propose di abbandonare la categoria delle violazioni positive del contratto nonché, più in generale, l'approccio basato sull'analisi del comportamento (negativo o positivo) nella fase attuativa del contratto.

L'analisi di Stoll non era limitata al solo tema dell'inadempimento del contratto ma affrontava il più ampio problema dell'inadempimento del rapporto obbligatorio e si basava sul tipo di interesse violato.

Il risultato di tale nuova impostazione è la *distinzione tra interesse alla prestazione e interesse alla protezione* e l'elaborazione della categoria degli *obblighi di protezione* paralleli all'obbligo della prestazione nell'ambito del rapporto obbligatorio, da cui deriva la nuova concezione dell'obbligazione come rapporto complesso.

Si deve altresì considerare che il pensiero di Stoll riprende la celeberrima elaborazione della *culpa in contrahendo* di Rudolf von Jhering<sup>34</sup>, il quale aveva già in precedenza individuato nella fase delle trattative degli obblighi di salvaguardia in capo a ciascuno dei contraenti, ad esempio l'obbligo di verificare la presenza di tutti i requisiti per la stipula del contratto.

Il famoso modello della responsabilità precontrattuale di Jhering<sup>35</sup>, a ben vedere, individuava già una prima rilevante fattispecie portatrice di obblighi di protezione.

---

<sup>34</sup> R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, p. 1861, tradotto in italiano da F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Jovene, Napoli, 2005.

<sup>35</sup> Il modello di Jhering sulla *culpa in contrahendo* considerava inadeguata la disciplina della responsabilità extracontrattuale al rimprovero per il danno subito dal contraente che confida nella serietà delle trattative individuando in sostanza degli obblighi di protezione posti a tutela dell'affidamento dei soggetti partecipanti alla trattativa. Nella dottrina tedesca si vedano inoltre B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, edizione italiana cura di Fadda e Bensa, II, Torino, 1925, p. 187 ss.; K. BALLERSTEDT, *Sulla*

Partendo da tale modello, la riflessione di Stoll ha avuto il merito indiscutibile di riuscire nel tentativo di costruzione di una categoria generale in cui ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui potessero individuarsi obblighi di protezione della sfera giuridica altrui in qualche modo simili a quelli isolati da Jhering nella fattispecie delle trattative precontrattuali.

La teoria degli obblighi di protezione ha avuto grande successo in Germania nel momento in cui se ne sono intuite le potenzialità anche con riferimento alla disciplina dell'illecito aquiliano; infatti, il BGB, per la sua impronta fortemente liberale, non contemplava una clausola generale simile al nostro art. 2043 c.c. in ordine al

---

*responsabilità per la colpa in contrahendo nella conclusione di contratto da parte del rappresentante*, AcP 151 (1950/1), p. 501 ss.).

Tale modello venne fortemente utilizzato dalla dottrina e giurisprudenza tedesca per ricondurre alla responsabilità contrattuale ipotesi di danno altrimenti prive di tutela aquiliana attraverso la qualificazione in termini di *culpa in contraendo* in presenza del mero dato dell'affidamento ingenerato in capo al danneggiato.

Si deve infatti considerare che il BGB, come già accennato, conteneva una disciplina della responsabilità aquiliana incentrata sulla tipizzazione degli illeciti, così da non contemplare le fattispecie di *danno meramente patrimoniale*.

In questo quadro la figura della *culpa in contrahendo* servì per sfuggire a tale limite angusto: l'individuazione di un affidamento in capo a uno dei soggetti del rapporto consentiva di ricondurre il danno meramente patrimoniale eventualmente subito all'ambito della responsabilità precontrattuale.

Si pensi al danno da prodotti difettosi, nel qual caso l'affidamento si faceva derivare dall'offerta sul mercato di un prodotto con determinate caratteristiche di tal che la relazione tra consumatore e produttore veniva considerata precontrattuale, ancorché il danno riguardasse magari beni diversi da quelli coinvolti nell'acquisto (di "situazioni soggettive collaterali" rispetto all'interesse propriamente tutelato dalla responsabilità precontrattuale parla C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. cit.*, p. 473); si pensi ancora alla responsabilità da informazioni non veritiere fornite da un professionista, fattispecie su cui si dovrà tornare per un'analisi approfondita attesa la collocazione ambigua tra contratto e torto, in cui il danno si faceva derivare dall'affidamento nella professionalità dell'informatore.

La particolare applicazione del modello della responsabilità precontrattuale in Germania è stato oggetto di studio da parte della dottrina italiana (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. cit.*, p. 458, che riprende e sviluppa le fondamentali intuizioni del Suo Maestro L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.), la quale, da un lato, rileva come ciò si sia tradotto in un abuso di tale figura, i cui connotati sono stati estesi dalla giurisprudenza tedesca anche a fattispecie in cui in verità nessuna trattativa contrattuale poteva essere rintracciata, e, dall'altro, sostiene che l'area della responsabilità precontrattuale andrebbe propriamente circoscritta solo alle fattispecie in cui è possibile rilevare l'esistenza di trattative contrattuali e ricondotta all'area della responsabilità contrattuale.

Partendo da tali considerazioni, tale dottrina sostiene che, a ben vedere, piuttosto che considerare la *culpa in contrahendo* come categoria generale cui ricondurre attraverso inaccettabili forzature ipotesi di danno in cui manchi una trattativa, occorre rilevare che la responsabilità in caso di trattative precontrattuali si basa in realtà sulla violazione dell'affidamento, così come già previsto dalla nota elaborazione di Larenz, su cui ci si soffermerà in seguito.



risarcimento del danno ingiusto cagionato da fatto o atto doloso o colposo ma si basava sulla tipizzazione di tre grandi ipotesi di illeciti; in questo quadro, ritenuto assolutamente inadeguato dalla dottrina, la teoria degli obblighi di protezione è servita al fondamentale scopo di attrarre all'area della responsabilità contrattuale<sup>36</sup> ipotesi di danno che altrimenti non avrebbero potuto essere risarcite in base alla insoddisfacente disciplina dell'illecito aquiliano<sup>37</sup>.

Si è tuttavia rilevato<sup>38</sup> che il rapporto di protezione, già *in nuce* individuato da Jhering, ha rischiato di perdere la sua autonomia nella concezione di Stoll, secondo il quale gli obblighi di protezione erano accessori all'obbligo di prestazione e quindi non potevano essere pensati se non in connessione con questo.

L'autonomia del rapporto di protezione viene riguadagnata anche grazie al fondamentale contributo di H. Dolle<sup>39</sup>, il quale negli anni '40 del secolo scorso propose una lettura ampliata degli obblighi di protezione che consentisse di estendere la responsabilità contrattuale anche a quelle ipotesi di "*contatto sociale*" diverse dalle trattative precontrattuali e contrassegnate dalla presenza di un affidamento tra i soggetti in contatto.

---

<sup>36</sup> Con riferimento alla disciplina applicata, si è rilevato (F. BENATTI, Osservazioni in tema di «doveri di protezione», op. ult. cit., p. 1344) che la dottrina tedesca, così come quella francese, in considerazione del carattere essenzialmente negativo degli obblighi in parola, applicava ai medesimi una disciplina dell'onere della prova mutuata in sostanza dall'illecito aquiliano, così riducendo le distanze da quest'ultimo: si riteneva infatti che spettasse al danneggiato dare la prova della colpa del danneggiante.

<sup>37</sup> Sul problema del risarcimento dei cd. danni meramente patrimoniali si rinvia al prosieguo della trattazione.

<sup>38</sup> La constatazione è di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, op. cit., p. 550, il quale evidenzia che la vicenda dottrinale che porta alla elaborazione della figura dell'obbligazione senza prestazione decreta nei sistemi di *civil law* il superamento della rigida dicotomia contratto-torto come criterio distintivo tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale. Come accennato, l'Autore evidenzia segnali in tal senso anche nei sistemi di *common law*.

<sup>39</sup> H. DOLLE, *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen.* 1943, p. 67 ss..

Come si vedrà, la tematica ha avuto ulteriore impulso grazie al pensiero del Larenz<sup>40</sup>, il quale ha elaborato la tesi generale dell'affidamento come fonte di obbligazioni e la figura dell'*obbligazione senza obbligo primario di prestazione*, figura centrale nel presente lavoro in grado di raccogliere le fattispecie esaminate di obblighi di protezione avulsi da un precedente contratto derivanti dall'affidamento nella professionalità di un soggetto determinato.

La teoria degli obblighi di protezione è stata fortemente criticata da altra parte della dottrina tedesca negli anni '70 del secolo scorso<sup>41</sup>: in particolare, si è negato che vi fosse un fondamento giuridico per gli obblighi di protezione e si è parlato invece di *obblighi del traffico* come nuova categoria di obblighi posti a presidio dei beni e della integrità fisica del contraente, alla cui violazione però si faceva seguire la responsabilità da illecito aquiliano<sup>42</sup>.

La riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, intervenuta nel 2002, ha tuttavia positivizzato le acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali relative alla *culpa in contrahendo* e alla teoria degli obblighi di protezione e ha previsto, tra l'altro, una nuova disciplina dell'inadempimento.

Tale riforma<sup>43</sup> ha rivoluzionato il sistema dell'inadempimento inserendo nel BGB una clausola generale contenuta nel § 280 secondo cui “se il debitore viola un dovere

---

<sup>40</sup> K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen, 1987, p. 104 ss.

<sup>41</sup> Si veda in tal senso, U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschen Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 862 ss..

<sup>42</sup> Sul punto si veda anche C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss..

<sup>43</sup> Sulla riforma del BGB, D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 e ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.; C. W. CANARIS, *La*

derivante dal rapporto obbligatorio, il creditore può chiedere il risarcimento dei danni che ne derivano” e aggiunge che “ciò è escluso nel caso in cui la violazione non sia imputabile al debitore”.

Dunque la nuova norma generale ricollega la responsabilità per i danni cagionati al creditore alla mera violazione di un obbligo (*Pflichtverletzung*), che diventa evidentemente il fulcro dell'intero sistema del diritto delle obbligazioni; alla violazione dell'obbligo, in tutte le sue possibili specificazioni, consegue il diritto al risarcimento del danno in capo al creditore.

Il contenuto dell'obbligazione è disciplinato dal nuovo § 241 del BGB che, al 1° comma, dispone che “in forza del rapporto obbligatorio il creditore ha il diritto di esigere dal debitore una prestazione. La prestazione può anche consistere in un non fare” e al 2° comma aggiunge che “il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte”, così codificando la categoria dei doveri di protezione la cui violazione, in precedenza, in dottrina e in giurisprudenza veniva qualificata in termini di violazioni positive del contratto.

La sanzione per la violazione dei doveri di cui al § 241 comma 2 è data ora dal risarcimento del danno in luogo della prestazione (§ 282 BGB), previo decorso del termine fissato dal creditore per l'adempimento tardivo e se quest'ultimo non ha più interesse alla prestazione.

---

*riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, traduzione italiana a cura di DE CRISTOFARO, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004; E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./Europa*, 2001, p. 761 e ss..

L'ampiezza della formula adottata dalla legge di modernizzazione consente di far rientrare nella nozione di "obblighi" sia gli obblighi precontrattuali sia gli obblighi di protezione primari e secondari e, dunque, espressamente accoglie l'idea del rapporto obbligatorio come rapporto complesso (*Organismus*).

Dal combinato disposto delle norme indicate deriva un nuovo concetto di inadempimento, che dunque si configura sia in caso di mancanza della prestazione principale, sia in caso di violazione dei doveri di protezione della controparte.

Va altresì rilevato che la dottrina italiana ha evidenziato che la sistemazione data dalla legge tedesca di modernizzazione del diritto delle obbligazioni alla categoria dei doveri di protezione preclude ormai la qualificazione di tali doveri in termini di obbligazioni "accessorie", atteso che in realtà "l'obbligo di rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte" vive di vita propria e, se inadempito, costituisce una autonoma fonte di responsabilità e risarcimento, indipendentemente dalla sorte della eventuale obbligazione principale<sup>44</sup>.

Importante ai fini della nostra indagine è rilevare che la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni conferma anche l'opinione di gran parte della dottrina tedesca in ordine a ciò, che la "fonte" degli obblighi di protezione deve riconoscersi nella legge sicchè una eventuale violazione dei medesimi determina responsabilità per inadempimento indipendentemente dalla stipula di un contratto valido.

Tale rilievo sembra derivare dal § 311 del riformato BGB, che regola le fonti delle obbligazioni: dopo avere stabilito al 1° comma che "per la nascita di un'obbligazione per mezzo di un negozio giuridico, così come per modificazione del suo contenuto, è

---

<sup>44</sup> In tal senso, D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, op. ult. cit., p. 810.

necessario un contratto tra i soggetti del rapporto, se la legge non prevede diversamente”, al 2° comma prevede che “un’obbligazione avente ad oggetto i doveri di cui al secondo comma del § 241 sorge anche attraverso: 1) l’avvio di trattative contrattuali; 2) la preparazione di un contratto durante la qualifica parte in considerazione di eventuali rapporti negoziali, consente alla controparte di incidere su suoi diritti, beni o interessi; 3) analoghi contatti sociali”.

Quest’ultima disposizione si palesa particolarmente rilevante atteso che positivizza non solo le acquisizioni dottrinali e pretorie intorno alla *culpa in contrahendo*<sup>45</sup>, così da introdurre nel BGB una norma corrispondente all’art. 1337 c.c., ma accoglie altresì l’idea del contatto sociale quale fonte di obbligazioni, così consolidando definitivamente nell’ordinamento tedesco la teoria del contatto sociale qualificato.

### ***3. La teoria degli obblighi di protezione nell’ordinamento italiano***

Diversamente da quanto avvenuto nell’ordinamento tedesco, la teoria degli obblighi di protezione non ha avuto unanime consenso in Italia, né nella dottrina italiana<sup>46</sup> né, tantomeno, in giurisprudenza.

---

<sup>45</sup> Rileva M. LEHMANN, *Culpa in contrahendo: Germania*, relazione al convegno *Problemi attuali della responsabilità e dell’illecito in Italia e in Germania*, Catania 6-7 ottobre 2006, su [www.unict.it](http://www.unict.it), che la riforma del BGB offre ancora una concezione ampia della *culpa in contrahendo*, cioè che “deve valutarsi positivamente fintanto che la disciplina codicistica tedesca continui a presentare evidenti lacune in materia di responsabilità per fatto illecito (nessun risarcimento ma semplice ristoro dei danni patrimoniali ai sensi del § 823 comma 1 BGB; possibilità di esclusione di responsabilità dell’imprenditore per comportamento colposo dei propri commessi ai sensi del § 831 BGB)”.

<sup>46</sup> I primi in Italia ad occuparsi degli obblighi di protezione sono stati E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96; L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di*

La dottrina ha affrontato il problema della configurabilità nel nostro ordinamento degli obblighi di protezione nell'ambito del più generale dibattito sulla portata delle "clausole generali", la cui importanza era stata sottovalutata subito dopo l'emanazione del c.c..

Il ravvivato interesse intorno alle clausole della correttezza, della diligenza e della buona fede ha prodotto un importante confronto all'interno della letteratura, cui si può solo accennare in questa sede, e ha messo in luce il loro ruolo e i reciproci rapporti nell'ambito della teoria dell'obbligazione.

In questo quadro, la tesi dottrinale tradizionale riconduce le lesioni di interessi altrì<sup>47</sup> rispetto a quelli dedotti in obbligazione e avvenute in occasione della esecuzione del rapporto contrattuale all'illecito aquiliano, in virtù della illustrata differenza di disciplina che esso riceve nel nostro ordinamento attraverso la previsione dell'art. 2043 (e 2049) c.c. e della ritenuta primazia di tale disciplina con riferimento alle ipotesi di danno in questione.

---

«mezzi». (*Studio critico*), *op. ult. cit.*, p. 366; nonché, più specificamente, F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, *op. ult. cit.*, p. 1342; Id., *Doveri di protezione*, *op. ult. cit.*, p. 221; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 55; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI.

<sup>47</sup> Occorre, infatti, distinguere gli obblighi di protezione in parola, che si riferiscono a interessi diversi (es beni, integrità fisica) rispetto all'interesse alla prestazione e lesi in occasione del contatto derivante dal rapporto obbligatorio, dagli altri obblighi accessori alla prestazione, cioè strumentali alla prestazione stessa e che dunque senza dubbio rientrano nel concetto di adempimento.

Tale distinzione tuttavia non appare in G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 1999, p. 86 ss., la quale riferisce che "un comportamento che viola gli obblighi di protezione che si presentano come accessori e strumentali all'esecuzione della prestazione principale, va anch'esso qualificato come inadempimento e fonte di responsabilità c.d. contrattuale", suddividendo tali obblighi in quattro categorie: "a) doveri di avviso o di comunicazione, indicati anche genericamente come obblighi di informazione accessori a prestazioni di natura diversa; b) obblighi di custodia o di conservazione, ovviamente distinti da quelli in cui l'obbligo di custodia è oggetto della prestazione principale; c) obblighi di salvataggio; d) obblighi di sicurezza":

Si osserva<sup>48</sup> infatti che la elaborazione degli obblighi di protezione allo scopo di estendere la tutela contrattuale ad interessi che non hanno formato oggetto dell'obbligazione e che perciò sarebbero protetti *ex lege Aquilia* non avrebbe senso nel nostro ordinamento attesa l'esistenza di una clausola generale come l'art. 2043 c.c. cosicché l'art. 1175 c.c., se inteso come fonte di un dovere generale di protezione, sarebbe ridotto a una inutile duplicazione di quella norma.

Infatti rispetto a siffatte lesioni le parti del rapporto obbligatorio si troverebbero in posizione di reciproca estraneità, sicché l'unica disciplina applicabile sarebbe quella della responsabilità aquiliana.

Tale opinione esclude la possibilità di assimilazione tra interesse alla prestazione e interesse alla protezione sotto il profilo della disciplina applicabile: si afferma che “tutto ciò che fuoriesce dall'ambito della prestazione dovuta è appannaggio della responsabilità extracontrattuale”<sup>49</sup>.

Si osserva inoltre che “la responsabilità contrattuale non si preoccupa di tutelare la integrità di beni o diritti nominati. Sono eccettuati naturalmente le ipotesi in cui

---

<sup>48</sup> S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 159 ss.. Così F. GIADINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del Contratto*, a cura di E. Del Prato (il volume raccoglie i contributi del seminario, tenutosi i giorni 3 e 4 maggio 2002 nell'Università di Macerata, riguardante il tema «Itinerari europei della responsabilità civile»), Milano, 2003, p. 15.

Nello stesso senso, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, P. 185, secondo il quale «[l]'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174). Diversi sono gli interessi della vita di relazione messi a rischio nel contatto sociale: dalla sicurezza della circolazione automobilistica alla lealtà della competizione economica alla correttezza e serietà delle trattative contrattuali. A protezione di essi s'impongono agli operatori *doveri di condotta* che possono essere non generici - bensì calibrati sulle specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco -, ma non per questo diventano *obbligazioni*. E la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale».

<sup>49</sup> Così F. GIADINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, *op. ult. cit.*, p. 15..

contratti vengono preordinati alla tutela di interessi alla integrità (di beni o di diritti su beni)''<sup>50</sup>.

In questa prospettiva la teoria degli obblighi di protezione trova giustificazione solo nell'ordinamento tedesco per le ragioni già esaminate, mentre si tradurrebbe in una superfetazione nel nostro ordinamento.

Tale opinione sembra accolta anche da una parte della giurisprudenza<sup>51</sup>, la quale continua ad applicare la disciplina della responsabilità extracontrattuale, in particolare i regimi degli artt. 2043 o 2049 o 2051 c.c., alle lesioni di interessi diversi da quello alla prestazione, come le lesioni ai beni o alla persona del contraente verificatesi in occasione dell'attuazione del rapporto obbligatorio<sup>52</sup>.

Contraria alla opportunità di attribuire un ruolo autonomo nel nostro ordinamento agli obblighi di protezione si mostra anche altra autorevole voce della dottrina<sup>53</sup>, che risolve il problema all'interno del rapporto obbligatorio, di cui rifiuta una ricostruzione in termini complessi, allargando la nozione di "prestazione" al di là del bene o vantaggio oggetto dell'obbligazione.

Secondo tale impostazione, a ben vedere al debitore si richiede non semplicemente un comportamento improntato a correttezza ma un comportamento diligente, cioè

---

<sup>50</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 84.

<sup>51</sup> *Ex multis* Cass, 14 giugno 1999, n. 5880, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1022 ss., con nota di G. PEDRAZZI; Cass. 15 novembre 1996, n. 10015, in *Foro it.*, Rep., 1996, voce *Responsabilità Civile*, n. 201; Cass. 16 maggio 2006, n. 11375, in *Foro it.*, Rep. 2006, I, p. 2014.

<sup>52</sup> Per l'analisi della giurisprudenza si rinvia al prosieguo della trattazione. Tra le altre, si vedano Cass 22 novembre 1993, n. 11503 in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 550; nonché Cass . 16 gennaio 1997, n. 387 in *Foro it.*, Rep., 1997, voce *Contratto in genere*, n. 529; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488; ma in tal senso già Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 74, di cui è stato redattore lo stesso Mengoni. Come si vedrà, le più recenti pronunce della Suprema Corte aprono però il campo alla teoria degli obblighi di protezione anche nel nostro ordinamento, sia tra le parti del medesimo sia nei confronti di terzi rispetto al contratto.

<sup>53</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Giuffrè, 1993, p. 93-94; per una critica a tale impostazione si rinvia a L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, *op. ult. cit.*, p. 114 ss.



diretto ad evitare il danno al creditore; un siffatto comportamento però “fa parte integrante della prestazione dovuta senza che si debbano costruire artificiosamente altri obblighi del debitore”.

In tal senso anche altra autorevole voce<sup>54</sup>, secondo cui gli obblighi di protezione “così come gli obblighi accessori appaiono come momenti nei quali si specifica la prestazione principale”.

Un’analoga impostazione ritiene che la prestazione dedotta in obbligazione assorba e comprenda, in virtù del *dovere di diligenza* nell’esecuzione della medesima ex art. 1176 c.c.<sup>55</sup>, altresì doveri di protezione della complessiva sfera giuridica della controparte, i quali perderebbero ogni autonomia nel rapporto obbligatorio.

La conseguenza, sotto il profilo applicativo, è che la tutela risarcitoria è circoscritta dall’individuazione in via interpretativa della portata della prestazione (e del suo adempimento), oltre la quale non è possibile attribuire rilievo ad obblighi ulteriori<sup>56</sup>.

Tuttavia, sempre maggiori consensi riscuote in dottrina la tesi opposta che, valorizzando le norme costituzionali di cui agli artt. 2, 4, 36, 37 e 41 Cost., riconosce cittadinanza autonoma agli obblighi di protezione nel nostro ordinamento, così accogliendo la concezione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso.

Tra i sostenitori di questa tesi non è però pacifico il fondamento degli obblighi di protezione: accanto alla opinione maggioritaria che rinviene tale fondamento nel

---

<sup>54</sup> U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, op. ult. cit., I, p. 26 ss; per una critica a tale tesi, si veda C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 123 ss.

<sup>55</sup> In tal senso anche U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, op. ult. cit., p. 151 s.s.

<sup>56</sup> Intesi come obblighi autonomi dalla prestazione, invece, gli obblighi di protezione consentirebbero di ritenere contrattuale la responsabilità per danni a interessi diversi da quelli dedotti in contratto indipendentemente dalla soddisfazione dell’interesse alla prestazione.

principio di correttezza ex art. 1175 c.c.<sup>57</sup> o nel principio di buona fede integrativa di cui all'art. 1375 c.c.<sup>58</sup>.

Si sono *in primis* messe in luce le debolezze dell'impostazione basata sulla diligenza: si è efficacemente rilevato che "la preoccupazione della dottrina che riconduce gli obblighi di protezione alla diligenza sembra essere quella di evitare un'attenuazione dell'impegno, richiesto al debitore, di salvaguardare la sfera giuridica dell'altra parte del rapporto obbligatorio, confinandolo entro la soglia dell'apprezzabile sacrificio che segna il limite della solidarietà contrattuale"<sup>59</sup>.

Si aggiunge che la diligenza non può avere valenza integrativa della prestazione prevista dal contratto e che essa riguarda solo il comportamento del debitore, diversamente dagli obblighi di protezione, che invece sono reciproci.

*Ma il profilo che più da vicino riguarda il presente lavoro consiste in ciò, che la tesi che fonda nella diligenza gli obblighi di protezione paga un dazio importante al necessario collegamento con la prestazione, sicchè essa deve escludere la configurabilità non solo di obblighi di protezione verso terzi<sup>60</sup>, ma anche di obblighi di protezione senza prestazione derivanti da contatto sociale.*

---

<sup>57</sup> In tal senso, da ultimo, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, op. ult. cit., p. 103 ss..

<sup>58</sup> Si riportano gli esempi dell'avventore che rimanga ferito al labbro nel sorseggiare una bevanda al bar o del cliente che dopo aver bevuto, inavvertitamente rompa il bicchiere; da tali esempi si argomenta che mentre l'obbligo di diligenza graverebbe sul solo debitore in quanto attinente allo svolgimento della prestazione, gli obblighi di protezione sarebbero reciproci e dunque fondati sulla buona fede. In tal senso L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (Studio critico), op. ult. cit., p. 309; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, op. ult. cit., p. 1351. Sulla sostanziale equiparazione delle nozioni di correttezza e buona fede, C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, op. ult. cit., p. 86; L. NANNI, *La buona fede contrattuale, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano, Padova, 1988, p. 145 ss.. Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 65, i precetti enunciati dagli artt. 1175 e 1375 c.c. assolverebbero, invece, distinte funzioni: la correttezza imporrebbe all'obbligato solo doveri di segno negativo, mentre la buona fede, in senso opposto, solo doveri di carattere positivo.

<sup>59</sup> Così P. FAVA, *Le obbligazioni*, I, Giuffrè, 2008, p. 421.

<sup>60</sup> Il problema della protezione dei terzi sarà affrontato nel prosieguo della trattazione; va tuttavia già da ora precisato che la dottrina è divisa sul fondamento degli obblighi di protezione verso terzi, poiché

L'opinione<sup>61</sup> secondo la quale gli obblighi in parola deriverebbero il loro fondamento dall'art. 1175 c.c. sostiene che tale norma, interpretata come espressione del principio costituzionale di solidarietà, svolge, in relazione al rischio di danno causato nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, una funzione corrispondente a quella del principio del *neminem laedere* ex art. 2043.

In questa prospettiva, si rileva che il c.c. prevede all'interno della disciplina dei singoli contratti tipici una serie di ipotesi normative in cui emergono obblighi di protezione e di tutela di interessi altri rispetto alla mera prestazione del tipo contrattuale.

Esempi in tal senso vengono individuati nell'art. 2087 in materia di contratto di lavoro, nell'art. 1681 in materia di trasporto di persone, nella disciplina della locazione (artt. 1575, 1576, 1580): si tratta di norme da cui emerge che il contenuto dell'obbligazione non può essere ridotto alla mera prestazione caratteristica del contratto ma implica una serie di obblighi di tutela dell'altrui sfera giuridica nell'attuazione del rapporto, alla cui lesione consegue la responsabilità per inadempimento al pari di quanto accade a seguito della lesione dell'interesse alla prestazione primaria<sup>62</sup>.

La tesi in esame conclude che le norme richiamate non sono altro che una specificazione del generale *principio di correttezza* di cui all'art. 1175 c.c., che invece troverebbe applicazione diretta nelle altre fattispecie non specificamente disciplinate.

---

all'opinione che li riconduce alla stessa fonte degli obblighi di protezione tra le parti (buona fede) si contrappone la tesi che, contestando la possibilità di una integrazione del contratto mediante buona fede anche con riferimento alla protezione di terzi, ricorre alla figura del contratto con effetti protettivi verso terzi.

<sup>61</sup> L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, op. ult. cit., p. 103 ss..

<sup>62</sup> La tesi tradizionale, invece, vede nelle suddette norme, che altrimenti si rivelerebbero inutili, delle eccezioni al principio dell'applicazione dell'illecito aquiliano con riferimento alle lesioni di interessi altri rispetto alla prestazione; la giurisprudenza pare ancora una volta avallare tale opinione, applicando anche nei casi di violazione di queste disposizioni la responsabilità extracontrattuale.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, riconduce gli obblighi di protezione alla *funzione integrativa della buona fede*, attraverso cui sorgono in capo alle parti del rapporto doveri di protezione di interessi diversi da quelli relativi alla prestazione.

Con ciò si riconosce alla buona fede integrativa un ruolo peculiare (*buona fede protettiva*<sup>63</sup>) con la conseguenza che il fondamento *legale* degli obblighi in parola li rende assolutamente autonomi rispetto alla prestazione, superando i limiti sopra evidenziati alla loro configurabilità.

Sotto il profilo applicativo, il guadagno più importante di tale impostazione consiste in ciò, che, come accennato, intesi come obblighi autonomi dalla prestazione gli obblighi di protezione consentirebbero di ritenere contrattuale la responsabilità per danni a interessi diversi da quelli dedotti in contratto indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse alla prestazione; né la tutela sarebbe esclusa dall'eventuale caducazione del contratto, attesa ancora la derivazione legale e l'autonomia dei doveri in parola.

Altra autorevole dottrina<sup>64</sup> rinviene la necessità di tenere separati gli obblighi di protezione dall'area della responsabilità aquiliana sul rilievo che, mentre quest'ultima presuppone l'assenza di qualunque relazione tra i soggetti e dunque si traduce in un mero dovere di astensione dalla lesione, gli obblighi di protezione consistono in un vero

---

<sup>63</sup> Sull'esatta portata della buona fede si sofferma F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, II, *Le obbligazioni*, 2007, p. 98, che rileva come "nell'accezione tradizionale la buona fede integrativa può far sorgere obblighi integrativi, di informazione o protezione, ma sempre a condizione che siano accessori o strumentali rispetto alla prestazione principale, ossia volti a salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio. (...). La buona fede integrativa quale fonte di obblighi di protezione, quindi, si differenzia dal significato tradizionale di buona fede integrativa come sopra esplicito, assumendo un'accezione più ampia che impone doveri comportamentali non finalizzati alla realizzazione dell'interesse dedotto in contratto, bensì funzionalizzati alla protezione di interessi diversi ed ulteriori. Per meglio chiarire, la buona fede non assolve nella specie alla funzione di integrazione in senso stretto di una lacuna del contratto, poiché di lacuna vera e propria non può trattarsi laddove i comportamenti imposti siano finalizzati alla tutela di interessi diversi da quelli tutelati dal contratto".

<sup>64</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. ult. cit., p. 457.

e proprio obbligo positivo di comportamento la cui violazione darebbe luogo a responsabilità per inadempimento degli obblighi medesimi.

Tale dottrina ha inteso compiere un passo ulteriore, come più avanti si dirà, verificando la configurabilità anche nel nostro ordinamento l'esistenza di obblighi di protezione avulsi da alcun obbligo di prestazione: si tratta della figura dell'*obbligazione senza prestazione*, figura di matrice tedesca che postula il definitivo distacco dell'obbligo di protezione, derivante dall'affidamento, rispetto all'obbligo di prestazione, così suggellando i guadagni della più moderna teoria dell'obbligazione.

Con riferimento alla disciplina, anche in Italia la tesi che attribuisce cittadinanza ai doveri di protezione ritiene applicabile alla violazione di tali doveri la responsabilità contrattuale, pervenendo in realtà al *concorso dei titoli di responsabilità* con possibilità per il danneggiato di avvalersi del regime più favorevole.

Autorevole dottrina ha evidenziato che dalla teoria degli obblighi di protezione deriverebbe un altro importante vantaggio: la possibilità di esercitare i rimedi contrattuali (eccezione di inadempimento, recesso, risoluzione del contratto), anche promuovendo azioni cautelari, a tutela dell'interesse salvaguardato dal dovere di protezione ancor prima che si sia verificato un danno, ciò che non sarebbe consentito qualora l'unica tutela fosse quella ex art. 2043<sup>65</sup>.

L'opinione favorevole alla configurabilità dei doveri di protezione ha tuttavia riconosciuto i pericoli di abuso di tale categoria e ha inteso circoscriverne i confini attraverso una interpretazione "correttiva" o "restrittiva"; la dottrina ha infatti espresso

---

<sup>65</sup> Così F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, op. ult. cit., p. 1363.

preoccupazione in ordine alla eccessiva dilatazione degli obblighi in parola e alla consequenziale eccessiva “contrattualizzazione” della responsabilità aquiliana, di tal che, al fine di evitare tale pericolo, la responsabilità per inadempimento dovrebbe applicarsi in caso di violazione degli obblighi in esame solo allorché si accerti una relazione di causalità necessaria e non di mera occasionalità tra il danno ai beni o alla integrità del contraente e l’esecuzione del contratto<sup>66</sup>.

#### ***4. L’obbligazione senza prestazione nell’ordinamento italiano: la responsabilità per violazione dell’affidamento e il contatto sociale nel sistema delle fonti***

Come si è già accennato, una autorevole dottrina<sup>67</sup> italiana ha approfondito lo studio della teoria degli obblighi di protezione proponendo l’utilizzazione anche nel nostro ordinamento di una nuova e discussa figura di matrice tedesca: l’obbligazione senza prestazione.

Tale figura, elaborata dal Larenz<sup>68</sup> in Germania, costituisce l’approdo più avanzato delle riflessioni sul tema degli obblighi di protezione in quanto idonea a raccogliere le fattispecie esaminate di obblighi di protezione avulsi da un precedente contratto derivanti dall’affidamento nella professionalità di un soggetto determinato.

---

<sup>66</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (Studio critico), *op. ult. cit.*, p. 369.

<sup>67</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. cit.*, p. 457; ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

<sup>68</sup> K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen, 1987, p. 104 ss..

La riflessione della nostra dottrina parte dalla necessità di tenere separati gli obblighi di protezione dall'area della responsabilità aquiliana sul rilievo che, mentre quest'ultima presuppone l'assenza di qualunque relazione tra i soggetti e dunque si traduce in un mero dovere di astensione dalla lesione, gli obblighi in esame consistono in un veri e propri obblighi positivi di comportamento la cui violazione darebbe luogo a responsabilità per inadempimento degli obblighi medesimi.

Presupposto di tale elaborazione è, come già rilevato, l'accoglimento del modello di matrice tedesca della *responsabilità per violazione dell'affidamento* come categoria generale in cui vanno ricondotte le fattispecie in cui può fondatamente ritenersi che dal contatto tra soggetti sorga, pur in assenza di un contratto e in virtù delle particolare professionalità di uno dei soggetti, un affidamento che, in questa prospettiva, è fonte di obbligazioni, sicchè alla lesione si applica la disciplina della responsabilità per inadempimento.

Dunque la categoria generale sarebbe costituita dalla *responsabilità per violazione dell'affidamento*: in essa rientra certamente la *culpa in contrahendo*, circoscritta ai casi in cui siano in corso delle trattative contrattuali dirette alla stipulazione di un contratto; il passo successivo è verificare se e quali altre ipotesi possono farsi rientrare in tale area di responsabilità.

Ebbene, tali ipotesi ulteriori vengono individuate in quelle fattispecie in cui, al pari delle trattative precontrattuali su cui è costruito il modello della *culpa in contrahendo*, nonostante la mancanza di un obbligo di prestazione, "ugualmente devono dirsi presenti obblighi di protezione perché tra danneggiante e danneggiato si è instaurata previamente una situazione relazionale nella quale questi stanno l'uno di fronte all'altro alla maniera

di un debitore e un creditore, uscendo dall'estraneità che è presupposto della responsabilità aquiliana"<sup>69</sup>.

Si tratta di quelle fattispecie che si caratterizzano per la presenza di una *obbligazione senza obbligo primario di prestazione*, cioè "situazioni nelle quali, analogamente alla responsabilità precontrattuale, il danno si inquadra in un rapporto il cui contenuto, in assenza di un obbligo di prestazione, è costituito da obblighi di protezione.

Le principali situazioni ascrivibili alla categoria sono state individuate nella prestazione medica fornita all'interno di una struttura sanitaria organizzata, nel c.d. rapporto cornice dal quale nascono per l'intermediario finanziario obblighi di informazione nei confronti del cliente, il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione"<sup>70</sup>.

Ciò che si deve già da questo momento rilevare è che il tratto unificante di queste fattispecie va individuato nella relazione tra soggetti determinati, *il cd. contatto sociale*<sup>71</sup>, che sottrae i soggetti della relazione dal mero rapporto di reciproca estraneità (e di conseguenza rende inadeguata la disciplina della responsabilità extracontrattuale) cui si accompagna la particolare *professionalità* di uno di essi, idonea a far sorgere in capo all'altro soggetto un *affidamento*.

Si sostiene allora che dall'affidamento sorga un'obbligazione senza obbligo di prestazione e che alla violazione di tale obbligazione debba applicarsi la disciplina della

---

<sup>69</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, relazione all'Incontro di studio organizzato dal CSM sul tema: "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno", Roma, 29 - 30 maggio 2008, su [www.csm.it](http://www.csm.it); ID, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 467; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

<sup>70</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, *op. ult. cit.*.

<sup>71</sup> Il concetto di contatto sociale è stato elaborato, come già sottolineato, nel fondamentale contributo di H. DOLLE, *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen.* 1943, p. 67 ss..



responsabilità contrattuale intesa come responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da qualunque fonte derivanti.

Con riguardo al sistema delle fonti delle obbligazioni, la dottrina in parola valorizza l'art. 1173 c.c., che, evitando la quadripartizione romana delle fonti delle obbligazioni, ha voluto dare spazio anche a fonti diverse e atipiche purchè idonee "in conformità dell'ordinamento giuridico".

Proprio la formula aperta del 3° comma dell'art. 1173, norma spesso criticata perché di infelice formulazione e di difficile applicazione, consentirebbe di annoverare tra le fonti dell'obbligazione anche il contatto sociale qualificato<sup>72</sup>.

Occorre, da ultimo, precisare che proprio la dottrina<sup>73</sup> che ha approfondito e sviluppato in Italia gli studi intorno alla figura dell'obbligazione senza prestazione sembra invece negare rilievo primario al "contatto sociale" ritenendo in realtà prioritario il profilo relativo all'affidamento da cui in realtà sorgerebbe l'obbligazione in parola.

## ***5. Le critiche alla figura***

L'elaborazione esaminata non ha mancato di suscitare un forte interesse sia nella letteratura che nell'applicazione pretoria, così da divenire fonte di un inesauribile dibattito che tende continuamente a estendersi a nuove fattispecie.

---

<sup>72</sup> Sul punto, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, paragrafo 4.4., in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

<sup>73</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, op. ult. cit., p. 467; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

Le ragioni di un tale interesse vanno ricercate probabilmente nel suo carattere innovativo per il nostro ordinamento, basato secondo la gran parte degli Studiosi sulla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., che ha finito per dividere la dottrina tra coloro i quali attribuiscono validità alla tesi in esame e le riconoscono una utilità all'interno del sistema della responsabilità e della teoria dell'obbligazione e coloro<sup>74</sup> che, al contrario, negano tale ruolo ritenendo di poter risolvere diversamente i problemi legati alle fattispecie in cui viene in rilievo un affidamento.

In particolare, quanto alle critiche alla figura in esame, pare di poter affermare che uno spazio di valutazione in ordine alla portata e al ruolo dell'obbligazione senza prestazione intanto può ritagliarsi in quanto si accetti l'idea che il rapporto obbligatorio non può ridursi alla sola prestazione dedotta in esso ma si arricchisce, alla stregua di un nucleo complesso, di doveri di protezione di interessi altri rispetto alla prestazione.

Negare tale approdo della moderna letteratura significa escludere a priori ogni possibilità di ragionare intorno alla configurabilità di un'obbligazione avulsa dalla prestazione.

In una simile prospettiva sembra collocarsi una autorevole dottrina<sup>75</sup>, la quale muove da considerazioni di ordine sistematico relative alla "difficoltà di abbandonare il criterio secondo cui la responsabilità contrattuale presuppone un obbligo specifico di comportamento, finalizzato ad un risultato utile per colui che ne è il destinatario (prestazione). Potranno anche essere ragionevolmente larghe le maglie del *dare facere*

---

<sup>74</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 27; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 142 ss., 154 ss., p. 186; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali di conti*, Torino, 2003, p. 145; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335.

<sup>75</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, op. ult. cit., p. 27

*oportere* delle fonti ma quel che conta è che tale *dare facere oportere* sia comunque giuridicamente configurabile, perché ancorato ad un determinato rapporto che ne proietta l'esecuzione in termini di "dover essere". Al di là di ciò v'è l'ambito occupato dal torto aquiliano".

Tale dottrina<sup>76</sup> evidenzia le difficoltà di ricostruire una obbligazione priva del contenuto proprio dato dalla prestazione: in particolare, sul presupposto secondo cui l'area della responsabilità contrattuale coincide con "quel campo in cui si collocano situazioni soggettive diretta ad assicurare *prestazioni* e non solo "comportamenti" più o meno virtuosi verso soggetti o cerchia di soggetti determinati", si afferma che di conseguenza il dilemma riguarda proprio la qualificazione del contenuto dell'obbligo come di "mera protezione" ovvero come di "prestazione"; e si conclude che il dilemma in parola "dovrebbe essere risolto in favore della prestazione, siccome tale è pur sempre un comportamento ma orientato a fare ottenere un risultato favorevole a soggetti (o cerchia di soggetti) determinati e cioè di un obbligo funzionale alla soddisfazione di un diritto", come avviene nel caso della responsabilità della banca per inesatto pagamento dell'assegno ex art 43 L. Assegno e del medico dipendente della struttura sanitaria.

---

<sup>76</sup> A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, commento a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706 ss.; ID, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446; l'Autore esprime perplessità in ordine alla figura dell'obbligazione senza prestazione rinvenendo nelle fattispecie della responsabilità del medico e della responsabilità della banca per inesatto pagamento dell'assegno ex art 43 L. Assegno non già delle obbligazioni (di protezione) senza prestazione ma delle normali obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione vera e propria, giungendo a invertire i termini della questione e a sostenere che "in principio v'è una prestazione senza obbligazione".

A questi argomenti si replica (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 488) che, con riferimento alla responsabilità del medico, il paziente si attende un risultato utile dalla prestazione, ma dalla struttura e non dal medico, il quale opera come ausiliario ex art 1228 cc. e dunque è estraneo al rapporto obbligatorio.

Su tale scia si colloca anche un'altra dottrina<sup>77</sup>, che, nell'ambito di un approfondito studio sulla risarcibilità del danno meramente patrimoniale alla luce dell'alternativa tra contratto e torto, affronta il delicato problema dell'ammissibilità dell'obbligazione senza prestazione in quanto propedeutico alla possibilità che tale modello di obbligazione costituisca la risposta alla domanda di risarcimento per le pure perdite patrimoniali.

All'accoglimento del suindicato modello osta, in tale prospettiva, una serie di argomenti: *in primis* i doveri precontrattuali, dai quali, come è noto, l'intera teoria dell'obbligazione senza prestazione prende le mosse, sembrano tradursi in vere e proprie prestazioni e non già in meri doveri di protezione.

In secondo luogo, l'obbligazione senza prestazione, così come elaborata dai suoi fautori, si rivelerebbe come un'obbligazione in cui il legame (contatto) tra soggetti fa sorgere non un dovere di comportamento (attesa l'autonomia dalla prestazione) ma solo un *dovere di risarcire (praestare)*, riducendosi in sostanza alla stregua di un *criterio di imputazione del danno*: ciò appare inaccettabile in quanto, a parte le perplessità sulla possibilità che un dovere di *praestare* possa sussistere senza un legame con un ulteriore rapporto obbligatorio, l'obbligazione senza prestazione rischia di trasfigurare assumendo la sostanza di una sorta di *rapporto di garanzia*

Ma, ricostruita tale obbligazione in termini di mero *dovere secondario di risarcire* autonomo da un dovere di prestazione, sarebbe insussistente il rischio specifico di danno determinato dall'esistenza del rapporto obbligatorio, *id est* il rischio che l'interesse creditorio non venga soddisfatto.

---

<sup>77</sup> M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, op. ult. cit., p. 142 ss., p. 154 ss..

Alla luce di tali considerazioni, tale dottrina rifiuta l'idea che il rapporto obbligatorio tolleri l'assenza del dovere primario di prestazione.

Non lontano dalle precedenti prospettazioni si colloca altra dottrina<sup>78</sup> che, respinta l'impostazione basata sul contratto di fatto, ritiene che debba parlarsi, con particolare riguardo alla posizione del medico dipendente, di obbligazione *ex lege* ai sensi della previsione generale di cui all'art. 1173 c.c. poiché "l'assunzione in cura da parte dell'ospedale e l'assegnazione del paziente a una certa *equipe* medico-sanitaria sono i *fatti* che instaurano, per legge, il rapporto di cura medica"; tuttavia tale rapporto *ex lege* avrebbe natura schiettamente contrattuale articolandosi in una serie di prestazioni e di obblighi specifici (lealtà reciproca, diligenza e perizia professionali, informazioni prima e durante il trattamento sanitario e perfino dopo la fine delle terapie).

In altri termini, si è di fronte a "una serie di obbligazioni dunque tra soggetti determinati e di contenuto specifico, dirette a soddisfare un interesse predefinito, non l'interesse generico a non subire lesioni nella sfera dei propri diritti. Sotto l'aspetto degli obblighi e delle prestazioni, cioè, non sono rinvenibili differenze di rilievo rispetto all'ipotesi in cui il rapporto nasca da un vero e proprio accordo negoziale diretto tra medico e paziente".

Va inoltre evidenziato il duplice rilievo effettuato da attenta dottrina<sup>79</sup>, la quale, dopo aver sottolineato le incongruenze nell'elaborazione giurisprudenziale della figura

---

<sup>78</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno resp.*, 2009, 7, p. 703 ss.; ID., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 332.

<sup>79</sup> L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, *op. ult. cit.*, p. 357.

della obbligazione senza prestazione derivanti dall'utilizzazione non proprio lineare dei concetti (distinti) di obbligo di protezione e obbligazione senza prestazione, sostiene che tale elaborazione sconta "l'errore della dottrina di non aver chiarito il legame tra obblighi di protezione, contratto con effetti protettivi verso terzi e rapporto obbligatorio senza prestazione; di aver proposto quest'ultimo come un modello che ha una vita propria, quasi che fosse distinto dalla categoria degli obblighi di protezione; e, inoltre, di aver dato molto peso alla qualificazione professionale e al contatto sociale, i quali, come è noto, sono elementi di cui si sostanzia anche la teoria dei rapporti contrattuali di fatto"; da tale malinteso significato del concetto di obbligazione senza prestazione sarebbe nato, secondo la dottrina in parola, il concetto di responsabilità da contatto sociale, definita "costruzione (...) foriera di equivoci e squilibri nel sistema giuridico, perché porta a sovrapporre la categoria dei cd. rapporti contrattuali di fatto alla teoria degli obblighi di protezione, e inoltre ad estendere il regime della responsabilità contrattuale a fattispecie di danno che sono e rimangono decisamente di natura extracontrattuale".

Sul versante giurisprudenziale, come si vedrà ampiamente, occorre rilevare che ancorché la Suprema Corte abbia ormai aperto le porte del nostro ordinamento alla teoria del contatto sociale qualificando espressamente alcune fattispecie, tra cui in particolare la responsabilità del medico dipendente verso il paziente, in termini di responsabilità contrattuale da "contatto sociale", non altrettanto chiara appare la

posizione della giurisprudenza in ordine alla figura dell'obbligazione senza prestazione<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> L'esame delle pronunce di legittimità sul tema dimostra tali incertezze: nella storica sentenza 589/1999, come detto, dopo aver qualificato la responsabilità del medico dipendente verso il paziente come responsabilità contrattuale da contatto sociale, la Cassazione mostra di condividere la tesi che "ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale da' origine a responsabilità contrattuale".

Tuttavia non si è mancato di rilevare che a tali affermazioni la Corte ha fatto seguire in motivazione una ingiustificata sovrapposizione tra i concetti di obbligazione senza prestazione e i rapporti contrattuali di fatto, da cui invece la dottrina fa derivare una obbligazione piena (cioè di prestazione).

Nella giurisprudenza successiva, probabilmente anche a seguito delle riflessioni dottrinali sul punto, i Supremi Giudici sembrano rimeditare le affermazioni precedenti.

Ciò viene ribadito anche in una recente e importante sentenza (Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ.*, 2007, p. 967 ss., con nota di M. FACCIOLO, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*; e in *Danno e resp.*, 10, 2007, p. 980 con nota di V. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*; e in *Resp. civ.*, 2007, p. 1028 con nota di R. PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*) in cui i giudici di legittimità, dopo aver ripercorso le problematiche fondamentali in tema di responsabilità medica, sostengono che "la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria (...).

*Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi.*

In altri termini, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge: ad es. articolo 593 Cp, penale, 4003/78, Soccardo). In assenza di dette ipotesi di vincolo il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cassazione, 589/99). Si è esclusa la configurabilità in tale ipotesi della responsabilità aquiliana, rinvenendosi una responsabilità di tipo contrattuale, per non avere il soggetto fatto ciò cui era tenuto (v., in particolare la citata Cassazione, 589/99; Cassazione, 2144/88). La situazione descritta generalmente si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato), in particolare quando il relativo espletamento concerne beni costituzionalmente garantiti, come appunto per l'attività medica, che incide sul bene "salute" tutelato ex articolo 32 Costituzione. A tale stregua, la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi degli articoli 1218 ss. Cc (v. Cassazione, 9085/06; Cassazione, 11488/04; Cassazione, 3492/02; Cassazione, 589/99)".

Si dovrà, inoltre, tornare a meditare sugli stessi presupposti su cui si basa la tesi che valorizza l'affidamento fino a ritenere che possa assurgere a fonte di obbligazioni senza prestazione; occorrerà infatti chiedersi in quali casi è possibile parlare di affidamento e se esso può assurgere o meno al ruolo di fonte di obbligazioni, anche alla luce della lettera dell'art. 1173 c.c.; con riguardo alla struttura dell'obbligazione, si dovrà verificare se, pur ammettendo la categoria degli obblighi di protezione, è possibile ammettere un'obbligazione (di protezione) avulsa rispetto alla prestazione; da ultimo occorrerà valutare l'utilità di una ricostruzione che superi tutti i suddetti ostacoli.

## ***6. Obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto***

Lo studio della figura dell'obbligazione senza prestazione palesa la tendenza di parte della dottrina e della giurisprudenza a sovrapporre o accostare la medesima ai rapporti contrattuali di fatto, sulla base del presupposto comune del contatto sociale tra soggetti determinati.

---

Tali oscillazioni non hanno un significato meramente teorico-dogmatico bensì investono anche il contenuto e i limiti della responsabilità del professionista, come si vedrà più specificamente in seguito; infatti, allorché si ritenga che l'obbligazione da contatto sociale sia una mera obbligazione di protezione (senza prestazione), il professionista potrà essere chiamato a rispondere per *culpa in non facendo* (tuttavia, secondo C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 485, con riguardo alla responsabilità medica, il medico può essere chiamato a rispondere solo allorché l'intervento sia stato dannoso per il paziente; diversamente, la struttura può essere ritenuta responsabile anche per la mera inutilità dell'intervento. Questo profilo sarà ampiamente esaminato nel capitolo successivo); qualora invece si ritenga che dal contatto sociale sorga una obbligazione piena (cioè di prestazione), allora i confini della responsabilità del professionista si allargano fino a coincidere con quelli derivanti da un vero e proprio contratto d'opera.



Al fine di indagare il rapporto intercorrente tra gli istituti in parola, occorre ripercorrere brevemente la genesi e gli sviluppi più recenti della teoria dei rapporti contrattuali di fatto.

Tale teoria nasce in Germania negli anni quaranta da un famoso studio di G. Haupt<sup>81</sup>, in un momento storico in cui si faceva evidente la crisi del dogma della volontà e la conseguente tendenza alla oggettivizzazione del contratto, di tal che l'interesse collettivo rispecchiato dall'affidamento si riteneva predominante sulla necessità del consenso individuale per la conclusione del contratto.

La teoria in esame suddivide i rapporti contrattuali di fatto in tre categorie:  
a) i rapporti derivanti dall'offerta al pubblico di una prestazione o di un servizio di pubblico interesse (es. somministrazione di beni di consumo generale);

b) i rapporti derivanti dalla inserzione, non preceduta da un valido contratto, in una organizzazione comunitaria, atteso il rapporto fiduciario che si instaura tra gli aderenti e il conseguente affidamento nella cooperazione altrui (es. società di fatto, rapporto di lavoro di fatto)

c) i rapporti derivanti da contatto sociale tra soggetti in assenza di un valido contratto, in cui si fanno rientrare le trattative contrattuali, la mediazione, il rapporto medico-paziente ecc.

---

<sup>81</sup> G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Lipziger Studien*, Leipzig, 1941; S. SIMITIS, *Die Faktische Vertragsverhältnisse*, Frankfurt a. M., 1957; H. LEHMANN, *Das "faktische" Vertragsverhältnis*, in *Jherings Jahrbücher*, 90 (1943), p. 131. Nella dottrina italiana, C. A. FUNAJOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, p. 103; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, p. 151; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662; ID., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2006, p. 857 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, p. 40 ss.

I fautori della teoria dei rapporti contrattuali di fatto vedono in queste fattispecie un importante indice della non necessità del consenso per la formazione di un contratto: sulla base della constatazione che i traffici dell'economia moderna impongono sempre più l'adozione di contratti di massa e in generale sistemi di velocizzazione dello scambio che portano a svalutare il momento consensuale, ciò che veramente rilevarebbe è la valutazione sociale dei comportamenti in ordine alla creazione di un affidamento tra le parti del rapporto<sup>82</sup>.

Ancora una volta, la trasposizione nell'ordinamento italiano di una teoria di matrice tedesca ha suscitato un vivace dibattito dottrinale: i critici della teoria in esame hanno messo in evidenza da un lato la inutilità della categoria dei rapporti contrattuali di fatto, in quanto concepita come una sorta di area in cui si raccolgono fattispecie eterogenee tutte spiegabili in modo più o meno soddisfacente attraverso il ricorso a categorie tradizionali del nostro sistema ordinamentale (dichiarazione tacita di volontà, arricchimento senza causa, comportamento concludente)<sup>83</sup>; dall'altro lato, è apparso subito impossibile, proprio a cagione della eterogeneità delle fattispecie, la ricerca di un minimo comune denominatore sotto il profilo della struttura e, conseguentemente, della disciplina applicabile, di tal che la categoria dei rapporti contrattuali di fatto si rivelerebbe come un vuoto contenitore idoneo al massimo a evidenziare un preteso modo di formazione del contratto.

---

<sup>82</sup> Sul punto va ricordata la celebre disputa intercorsa tra illustri Autori della nostra dottrina: N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.; N. IRTI, «E' vero, ma...» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; nonché N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto, op. ult. cit.*, p. 43 ss.; ID, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.

<sup>83</sup> In tal senso, tra gli altri, S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 36 ss.

In particolare, con riguardo al problema del rapporto tra obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto, nell'ambito della suddivisione indicata è certamente l'ultima categoria a suscitare le maggiori perplessità: già ad un'analisi superficiale appare evidente il profilo comune costituito dal contatto tra sfere giuridiche da cui origina l'affidamento fonte di obbligazione.

Tuttavia la migliore dottrina ha rilevato come i due istituti debbano essere per il resto tenuti separati: laddove si ritenga che il contatto sociale sia idoneo a generare un contratto di fatto allora dovrebbe ritenersi esistente un vero e proprio obbligo di prestazione, soggetto alle normali regole che presiedono alla esecuzione di un contratto la cui peculiarità si esaurisce nel momento della formazione; al contrario, per i sostenitori della teoria della responsabilità da contatto sociale nelle fattispecie oggetto del presente lavoro il contatto sociale crea sì un affidamento tra i soggetti ma l'obbligazione ha ad oggetto la protezione della sfera giuridica altrui (cioè lo *status quo*) e non già una vera e propria prestazione.

Tuttavia non si è mancato di rilevare<sup>84</sup> che nella storica pronuncia n. 589/1999 la Suprema Corte, nel qualificare la responsabilità medica come responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e

---

<sup>84</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661, in cui si esprimono perplessità in ordine alle notevoli potenzialità espansive del nuovo indirizzo; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, secondo il quale è certamente discutibile l'equiparazione tra fatto (contatto) e contratto.

Considera il contatto sociale come fonte di rapporti contrattuali di fatto anche Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in tema di amministratore di fatto, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2299, con nota di M. SILVETTI; in *Giur. it.*, 2000, p. 770, con nota di R. GUIDOTTI; in *Corr. giur.*, 1999, con nota di PERRONE; e in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 167, con nota di N. ABRIANI.

torto", ha finito in motivazione per sovrapporre ingiustificatamente i concetti di obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto, così aderendo più o meno consapevolmente alla originaria formulazione della teoria dei rapporti contrattuali di fatto di matrice tedesca.

Ma è stato lo stesso teorico in Italia<sup>85</sup> dell'obbligazione senza prestazione a ribadire in modo risoluto la necessità di distinguere i due concetti nei termini di cui sopra qualificando come "spuria" la pur ricorrente contaminazione tra essi: in particolare appare inaccettabile l'inquadramento del rapporto precontrattuale tra i rapporti contrattuali di fatto atteso che la buona fede nella fase delle trattative si ritiene idonea a far sorgere non già un'obbligazione piena ma solo un'obbligazione di protezione senza obbligo primario di prestazione.

A nostro sommo parere, gli equivoci e le sovrapposizioni tra i concetti di obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto devono farsi risalire al più generale problema, che si dovrà successivamente esaminare, relativo alla possibilità che dal contatto sociale tra sfere giuridiche di soggetti diversi possa sorgere un vero e proprio obbligo di prestazione (nel qual caso la distanza dal contratto di fatto verrebbe

---

<sup>85</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. ult. cit., p. 487 ss. Sul punto anche M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, ESI, 2007, p. 66, secondo il quale l'equiparazione del contatto sociale al contratto di fatto è – oltre che erronea sul piano dogmatico – anche inutile ai fini della soluzione delle questioni pratiche in quanto essa non risolve il problema fondamentale consistente nell'individuazione dei requisiti e presupposti in base ai quali una relazione sociale tra più soggetti assurga al rango di rapporto contrattuale. L'Autore precisa che "discorrere di rapporti contrattuali di fatto ha senso essenzialmente al fine di applicare ad un determinato rapporto sociale – caratterizzato da un interesse economico e frequentemente corrispettivo tra due o più soggetti e non preceduto da una manifestazione esplicita di assenso negoziale – le regole della corrispondente fattispecie contrattuale, mentre la teoria dei doveri di protezione assolve alla in un certo senso più limitata funzione di collegare ad un determinato contatto sociale il sorgere di un'obbligazione caratterizzata *ex latere creditoris* dall'interesse alla salvaguardia della propria sfera giuridica, non di rado intesa sub specie di integrità fisica".

erosa) ovvero al più una obbligazione di protezione, anomala in quanto priva dell'obbligo primario di prestazione<sup>86</sup>.

### ***7. Obbligazione senza prestazione e danno meramente patrimoniale***

La teorica dell'obbligazione senza prestazione derivante da contatto sociale si intreccia anche con la complessa vicenda del danno meramente patrimoniale, su cui fiumi di inchiostro sono stati spesi dalla dottrina sia interna che europea.

Il danno meramente patrimoniale<sup>87</sup> è concetto di non facile identificazione, tanto che autorevole dottrina<sup>88</sup> ne ha fornito una definizione in negativo ricomprendente “quei

---

<sup>86</sup> Optano per la prima delle alternative, tra gli altri, S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, *op.ult.cit.*, p. 40 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, *op.ult.cit.*, p. 451; M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno resp.*, 2009, 7, p. 703 ss.; ID., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 332; per la seconda cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, *op. ult. cit.*, p. 487 ss; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, *op. ult. cit.*, p. 157.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, *op.ult.cit.*, p. 34 ss.

<sup>87</sup> Il problema della risarcibilità del danno meramente patrimoniale trova soluzioni diverse nei vari ordinamenti, secondo la disciplina prevista in tema di responsabilità extracontrattuale; in linea generale, nei sistemi basati su una clausola generale (es. in Francia ex art. 1382 Code Civil) tale risarcimento non incontra ostacoli; nel sistema tedesco, basato sulla tipicità degli illeciti aquiliani, è escluso il risarcimento della pura perdita patrimoniale in base a tale disciplina, di tal che la dottrina e la giurisprudenza si è sforzata di far rientrare tali danni nell'area della responsabilità contrattuale; nei sistemi di *common law*, il problema si è posta più tardi (di particolare rilievo sono il caso statunitense *Ultrameres Corp. V. Touche, Niven & Co.*, 255 N.Y. 170 (1931) e quelli inglesi *Hedley Byrne v. Heller and Partners Ltd.*, in *Law Reports, Appeal Cases*, 1964, p. 465; nonché ivi, *Carparo v. Dickman*, 1990, p. 605) ed è stata risolta ammettendo il risarcimento solo in ipotesi ben definite (danno inferto intenzionalmente, induzione all'inadempimento, informazioni inesatte); il sistema italiano appare quello più ambiguo, come si vedrà, atteso che non c'è unanimità sull'interpretazione dell'art. 2043 come clausola generale. Sul punto si veda, A. DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 19 ss, il quale evidenzia come le differenze ordinamentali in ordine al risarcimento del danno meramente patrimoniale sono uno dei problemi sulla via dell'armonizzazione del diritto europeo della responsabilità; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.; ID.,

danni (patrimoniali) che non si ricollegano alla violazione di contratti o comunque di obblighi aventi titolo nella legge, a favore di soggetti – creditori – né a lesioni subite da beni protetti in via aquiliana”; esso viene individuato in quelle fattispecie in cui il danno economico è subito da un soggetto terzo rispetto al danneggiante in quanto non legato al medesimo da alcun vincolo (ciò che dovrebbe escludere la responsabilità contrattuale) e in cui nessuna situazione giuridica soggettiva può configurarsi in capo al danneggiato la cui violazione possa essere risarcita *ex lege Aquilia*.

L’ambiguità della categoria di danno ha suscitato forti perplessità: si è autorevolmente affermato<sup>89</sup> che essa trova una sua giustificazione nell’ordinamento tedesco, “come categoria comprensiva dei danni extracontrattuali che non si ricollegano alla lesione di nessuno dei diritti soggettivi (vita, corpo, salute, libertà, proprietà o altro diritto) enumerati dal § 823, comma 1, del BGB; ed altrettanto chiara è la ragione, in quel sistema, della fuga verso il contratto (con le relative “finzioni”) o della ricerca di un *tertium genus* (con le conseguenti forzature dogmatiche). Non altrettanto giustificabile appare il tentativo di trasferire la stessa categoria nel sistema italiano: ove il danno patrimoniale extracontrattuale è risarcibile solo se risulta suscettibile di essere qualificato “ingiusto”; se non lo è, un suo recupero attraverso la dilatazione dell’area contrattuale diviene improponibile”.

In concreto, le fattispecie sono eterogenee e spesso molto complesse: esse riguardano la complicità e l’induzione all’inadempimento (in cui si potrebbe inquadrare anche la doppia alienazione immobiliare nei casi in cui il secondo acquirente induca

---

Ritorno all’obbligazione senza prestazione, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 87 ss..

<sup>88</sup> A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297.

<sup>89</sup> F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 564.

all'inadempimento il venditore nei confronti del primo acquirente)<sup>90</sup>, i vari casi di danno da informazioni inesatte, la concessione abusiva di credito, ecc.

Con riferimento al problema del risarcimento del danno meramente patrimoniale, il dibattito, instauratosi a seguito della nota sentenza De Chirico<sup>91</sup>, vede da un lato la dottrina che, sulla base del tradizionale presupposto secondo cui sono risarcibili ex art. 2043 solo le lesioni che riguardino situazioni giuridiche soggettive (cui implicitamente rinvierebbe l'art. 2043 inteso come *norma* generale), esclude la possibilità di risarcire le pure perdite patrimoniale attese l'assenza di una situazione giuridica soggettiva da tutelare, non potendo esserne oggetto il "patrimonio" come tale dal momento che l'ordinamento tutela singolarmente interessi patrimoniali che ritiene meritevoli; dall'altro lato, i sostenitori dell'opinione opposta che, appoggiando la teorizzazione di un fantomatico diritto all'integrità del patrimonio o alla libertà negoziale (con una *fiction* che finisce per rinnegare il concetto stesso di danno meramente patrimoniale) o comunque proponendo un adattamento della clausola dell'ingiustizia alle peculiarità

---

<sup>90</sup> Tali fattispecie andrebbero distinte dalla lesione aquiliana dal credito, laddove non c'è complicità né induzione all'inadempimento.

<sup>91</sup> Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 1745 ss., con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*. Il caso ha coinvolto il celebre pittore Giorgio De Chirico, convenuto in giudizio dal terzo subacquirente di un quadro autenticato falsamente dal pittore stesso; in quel caso la Suprema Corte accolse l'idea della lesione di un diritto all'integrità del patrimonio, così da ritenere ingiusto il danno; la dottrina (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 109 ss. e p. 32; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss.) ha fortemente criticato tale "invenzione giudiziale" poiché di essa non vi è traccia nella disciplina legislativa e finisce per svuotare la clausola dell'ingiustizia prevista dall'art. 2043 ampliando a dismisura il campo dell'illecito aquiliano ex art. 2043, qualificato ormai come clausola generale; secondo l'Autore "sembra essere caduta così, nonostante la formale affermazione di un diritto all'integrità del patrimonio, la necessità della mediazione della norma di legge tra il danno come perdita patrimoniale e un interesse che la norma rende meritevole di tutela, risultando ormai sufficiente a tal fine la valutazione del giudice". Sul punto anche Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, p. 386, con nota di M. LIBERTINI.

della fattispecie attraverso tesi innovative in ordine ai criteri normativi di selezione degli interessi meritevoli di tutela<sup>92</sup>, ritiene tali perdite risarcibili ex art. 2043<sup>93 94</sup>.

All'interno del primo orientamento è possibile individuare una tesi diversa<sup>95</sup>, secondo cui l'inadeguatezza dell'art. 2043 a costituire la sede propria del risarcimento del danno meramente patrimoniale non esclude che tale sede possa individuarsi nell'area della responsabilità contrattuale<sup>96 97</sup>.

---

<sup>92</sup> In tal senso F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, op. ult. cit., p. 563 e ss, secondo il quale “la sperimentazione di tesi innovatrici in tema di ingiustizia del danno è, dunque, una necessità per chi non intenda seguire la via, artificiosa e contorta, di una “contrattualizzazione” delle responsabilità per tutti i danni (meramente) patrimoniali che non riescono a filtrare attraverso le maglie rigide della concezione tradizionale dell'ingiustizia del danno; ma non comporta di per sé una capitolazione all'anarchia giurisprudenziale, né rende inevitabile un disordinato e incontenibile dilagare delle pretese risarcitorie”.

<sup>93</sup> Tale tesi sembra, in linea generale, presupporre l'adesione all'orientamento (maggioritario dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999) che vede nell'art. 2043 una clausola generale, capace di attribuire al giudice il compito di selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti attraverso una valutazione comparativa, ciò che però rischia di sfociare in un potere latamente creativo.

<sup>94</sup> Ma, come efficacemente rileva M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, op. ult. cit., p. 69, a questa tesi resta il problema di selezionare i danni patrimoniali risarcibili secondo il criterio della causalità adeguata; sul punto F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, op. ult. cit., p. 561 ss., nel ricondurli all'area dell'illecito aquiliano, individua il criterio di selezione dei danni (meramente patrimoniali) risarcibili nell'affidamento incolpevole ingenerato nel danneggiato e circoscrive i soggetti lettimati all'azione risarcitoria attraverso il criterio del “destinatario ragionevolmente prevedibile” (così da evitare una incontrollata propagazione del danno in alcune ipotesi, come ad esempio la diffusione di false informazioni). Tale tesi è oggetto di critica da parte di nonché S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2008, p. 391 ss., secondo il quale essa non dimostra che l'affidamento sia esso stesso il bene protetto, come tale risarcibile in via aquiliana, sostenendo invece che l'affidamento presuppone la condizione dell'aspettativa (piuttosto che quella del diritto soggettivo) la quale rappresenta una delle cifre del diritto di credito; l'Autore conclude che “se, dunque, il danno meramente patrimoniale è un pregiudizio da lesione dell'affidamento, ne discende l'implicita conferma che la sua sede d'elezione è l'ambito contrattuale, in quanto il danno al patrimonio si caratterizza come l'epilogo di una vicenda di inadempimento di un'obbligazione ancorché non *ex contractu*”.

La tesi di Busnelli viene criticata anche dallo stesso C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile3*, op. ult. cit., p. 498 ss, che ne mette in luce le accennate forzature.

<sup>95</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile3*, op. ult. cit., p. 99 ss.; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2008, p. 316 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss.. Per un'analisi del problema della collocazione del danno meramente patrimoniale nella prospettiva del diritto europeo dei contratti si veda C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2008, p. 787 ss; nonché S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, op. ult. cit., p. 391 ss.

<sup>96</sup> C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile3*, op. ult. cit., p. 99 ss.. esamina varie ipotesi di danno meramente patrimoniale, riconducendole in sostanza alla disciplina della responsabilità contrattuale per ragioni



Secondo tale dottrina<sup>98</sup>, la responsabilità contrattuale è “il luogo giuridico del danno meramente patrimoniale” poiché “quando non vi è ingiustizia, pur ricorrendo il danno, non ci può essere responsabilità extracontrattuale; vi può essere responsabilità contrattuale, ma allora il danno dovrà essere conseguenza della violazione di un rapporto obbligatorio”: tale rapporto obbligatorio, nelle fattispecie in esame, si configura e trova la sua fonte nell’affidamento, la cui lesione dà luogo a un danno meramente patrimoniale.

La dottrina da ultimo menzionata sembra ricondurre *alcune* fattispecie di danno meramente patrimoniale alla figura dell’obbligazione senza prestazione<sup>99</sup>: il modello della responsabilità per inadempimento dell’ obbligazione senza prestazione derivante dall’affidamento riuscirebbe bene a spiegare il dipanarsi delle fattispecie in parola in quanto caratterizzate dalla presenza degli elementi dell’affidamento incolpevole in un soggetto professionale gravato da obblighi di protezione verso terzi.

Il riferimento è in sostanza ad alcune ipotesi di responsabilità da inesatte informazioni, tra cui la responsabilità dei revisori contabili verso terzi specifici (cioè

---

peculiari ad ogni singoli fattispecie (es. la complicità del terzo nell’inadempimento del debitore darebbe luogo a responsabilità contrattuale a causa dell’attrazione della condotta del terzo complice alla disciplina dell’inadempimento) ; per approfondimenti si rinvia all’opera citata.

<sup>97</sup> Lo sforzo di ricondurre alla responsabilità contrattuale le ipotesi di pure perdite patrimoniali si è manifestato anche mediante l’utilizzo della figura del contratto con effetti protettivi verso terzi, che successivamente si esaminerà.

Nella prassi si è fatto riferimento al contratto con effetti protettivi verso terzi nei casi in cui il danno meramente patrimoniale deriva al terzo dall’attuazione di un rapporto obbligatorio (contrattuale) tra altri soggetti; tuttavia, la figura del contratto con effetti protettivi verso terzi non riguarda solo la protezione del terzo dai danni meramente patrimoniali, ma anzi nasce (in Germania) con riferimento a lesioni di beni come l’integrità fisica o la proprietà; si deve inoltre già da ora segnalare come la figura in parola appare sostanzialmente inutile a quella parte della dottrina incline ad ammettere che l’obbligazione anche verso i terzi sorga dalla buona fede (affidamento) e possa configurarsi come obbligazione senza prestazione.

Sul punto, M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 15 ss..

<sup>98</sup> C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, op. ult. cit., p. 796.

<sup>99</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. ult. cit., p. 507 ss.; ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

coloro in vista del cui investimento la revisione è stata fatta), la responsabilità da prospetto e la responsabilità da intermediazione finanziaria, nonché alcune ipotesi di responsabilità del professionista legale<sup>100</sup>.

Le conseguenze immediate che si traggono da questa concezione del danno meramente patrimoniale sono ancora una volta uno spostamento del confine tra le due forme di responsabilità e un ampliamento dell'area della responsabilità contrattuale; danni patrimoniali non risarcibili in via aquiliana, attesa la mancanza dell'ingiustizia ex art. 2043 interpretato in un'ottica di tipicità, diventano risarcibili in via contrattuale.

Alla base di tale affermazione si pone una rilettura dei principi di buona fede e affidamento nelle relazioni sociali alla luce del principio costituzionale di solidarietà che giustifica l'obbligazione di protezione senza prestazione tra soggetti individuati da un contatto o da una relazione di prossimità a un contratto tra altri (nel qual caso si richiama, come accennato, il contratto con effetti protettivi per i terzi<sup>101</sup>), la cui violazione determina responsabilità per inadempimento.

A tale tesi si contrappone altra parte della letteratura, la quale, nell'ambito di uno studio sul tema specifico del risarcimento delle pure perdite patrimoniali, si chiede se il modello della responsabilità contrattuale da violazione dell'obbligazione derivante dall'affidamento possa dare soluzione a tale problema; ciò viene escluso sul rilievo che

---

<sup>100</sup> Per l'analisi di tali fattispecie si rinvia al prosieguo della trattazione.

<sup>101</sup> Come si vedrà ampiamente, nella prassi si è fatto riferimento anche al contratto con effetti protettivi verso terzi nei casi in cui il danno meramente patrimoniale deriva al terzo dall'attuazione di un rapporto obbligatorio (contrattuale) tra altri soggetti; tuttavia, la figura del contratto con effetti protettivi verso terzi non riguarda solo la protezione del terzo dai danni meramente patrimoniali, ma anzi nasce (in Germania) con riferimento a lesioni di beni come l'integrità fisica o la proprietà; si deve inoltre già da ora segnalare come la figura in parola appare sostanzialmente inutile a quella parte della dottrina incline ad ammettere che l'obbligazione anche verso i terzi sorga dalla buona fede (affidamento) e possa configurarsi come obbligazione senza prestazione.

il rapporto obbligatorio richiede che i soggetti del medesimo siano determinati o determinabili, sicchè “laddove non si sappia chi siano tali soggetti, non si può neppure affermare l’esistenza di una relazione sociale, o a maggior ragione del vincolo obbligatorio. In questa situazione un eventuale danno non può quindi ascriversi al settore della responsabilità contrattuale, e se il danno è meramente patrimoniale, la sua risarcibilità dovrebbe essere esclusa”<sup>102</sup>.

A queste obiezioni si è replicato<sup>103</sup> che:

a) la configurabilità dell’obbligazione senza prestazione trova un fondamento direttamente dall’art. 1337 c.c., “che impone alle parti di comportarsi come tali quando è certo che ancora non esiste un obbligo di prestazione”;

b) si afferma inoltre che nell’obbligazione senza prestazione non manca la determinabilità dei soggetti del rapporto proprio a cagione del fatto che “soggetti nei confronti dei quali nasce un obbligo di protezione sono quelli nei quali l’affidamento si instaura: che essi non siano noti *singulatim* al debitore è cosa del tutto irrilevante: il soggetto professionale sa che tali soggetti ci sono o ci possono essere, così come conosce la rilevanza dell’interesse che essi hanno in gioco”;

c) infine, quanto alla disciplina del danno meramente patrimoniale, si nega che possa essere ricondotto all’art. 2043, attesa l’assenza del requisito dell’ingiustizia in tali fattispecie (in cui non è individuabile una situazione soggettiva lesa), e si afferma

---

<sup>102</sup> M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, op. ult. cit., p. 133 ss., il quale fa salva la possibilità di un risarcimento qualora sia una specifica norma di legge a prevederlo, come avveniva nel caso della responsabilità da revisione dei conti quando era regolata dall’art. 12 D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136 (poi sostituito dal Testo Unico sull’intermediazione finanziaria approvato con d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58)

<sup>103</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, op. ult. cit., p. 467; ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

invece che la figura dell'obbligazione senza prestazione si presta bene allo scopo di dare una definitiva sistemazione anche a tali ipotesi di danno, attesa la esistenza di doveri specifici in capo al danneggiante e dell'affidamento in capo al danneggiato derivante dalla professionalità del danneggiante; *tuttavia si precisa che l'obbligazione senza prestazione non può essere ridotta alle sole ipotesi di danno meramente patrimoniale*, essendo figura più ampia capace di trovare applicazione anche in fattispecie diverse, di tal che sarebbe arbitraria una sovrapposizione totale tra i due concetti.

#### ***8. Gli obblighi di protezione verso terzi: dal contratto con effetti protettivi per il terzo all'obbligazione senza prestazione***

Se è vero che la responsabilità contrattuale investe le sole parti del rapporto obbligatorio preesistente mentre la responsabilità aquiliana riguarda soggetti non legati da alcun precedente vincolo obbligatorio, si dovrebbe agevolmente ritenere che qualora dall'esecuzione<sup>104</sup> del rapporto obbligatorio tra le parti derivi un danno alla persona o ai beni di un terzo estraneo al rapporto stesso la forma naturale di tutela della sfera giuridica del terzo debba essere individuata nella responsabilità extracontrattuale.

---

<sup>104</sup> Occorre precisare che la posizione del terzo rispetto al contratto può schematizzarsi in due ipotesi fondamentali: in primo luogo, il terzo può lamentare un danno dalla esecuzione del contratto tra i contraenti, ipotesi qui presa in considerazione; in secondo luogo, il danno può derivare dal fatto che la posizione del terzo si presenta incompatibile con quella rivendicata da una delle parti del contratto (come avviene ad esempio nella doppia alienazione immobiliare), nel qual caso il conflitto viene risolto dalla legge (es. art. 2644 c.c.) e viene riconosciuta al terzo danneggiato la tutela risarcitoria a fronte della cd. responsabilità extracontrattuale da contratto (per una diversa ricostruzione su quest'ultimo profilo si veda C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 99 ss; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss.). Sul punto, A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p.3 ss..

Tuttavia la soluzione non è poi così pacifica poiché in questi casi il danno del terzo è comunque collegato in qualche modo al rapporto obbligatorio e alla sua attuazione, di tal che egli pur essendo formalmente estraneo al medesimo ne viene indirettamente investito.

Ciò ha sollevato un vivace dibattito sul problema della tutela dei terzi estranei al rapporto contrattuale e sulla possibilità di estendere al terzo la tutela contrattuale, in sostituzione di quella aquiliana, attesa una duplice opportunità derivante da un principio di giustizia sostanziale: da un lato, evitare l'applicazione di un differente trattamento giuridico a seconda che il danno collegato all'attuazione del contratto sia sopportato dal contraente piuttosto che dal terzo; dall'altro, distinguere la posizione dei terzi che si trovano in una relazione di prossimità o di contatto con le parti del contratto (*rectius*, del rapporto obbligatorio) rispetto alla posizione dei terzi assolutamente "estranei" al medesimo.

A tal proposito ci si è domandato se obblighi di protezione in capo ai contraenti possano individuarsi anche nei confronti di terzi che vengano in "contatto" con l'esecuzione della prestazione contrattuale, partendo dal dato storico secondo cui il terzo leso da uno o entrambi i contraenti nell'esecuzione della prestazione dovrebbe ritenersi escluso dalla protezione derivante dallo strumento contrattuale, in quanto estraneo al contratto in virtù del principio di relatività degli effetti del contratto, ma tutelato dalla disciplina della responsabilità aquiliana in quanto responsabilità "del passante".

Tale soluzione "tradizionale" non solo appare miope laddove non differenzia la posizione del terzo "investito" dall'esecuzione del contratto dal mero "passante", ma darebbe anche luogo a sperequazioni nel trattamento del terzo rispetto ai contraenti: al

contrario, accogliendo l'idea che la posizione del terzo debba essere equiparata a quella dei contraenti in quei casi in cui il terzo venga comunque in contatto<sup>105</sup> con l'attuazione del rapporto obbligatorio così da esserne in sostanza "attratto" e di conseguenza protetto, il risultato sarebbe un ampliamento ulteriore del campo di applicazione della responsabilità contrattuale.

Il problema in parola, sebbene a volte richiamato in sede applicativa, in Europa<sup>106</sup> è stato oggetto di forte attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza tedesche<sup>107</sup>, a causa della constatata inadeguatezza della figura del contratto a favore del

---

<sup>105</sup> Le ipotesi inizialmente prese in considerazione dalla giurisprudenza tedesca riguardano i danni subiti dal terzo per fatto dei prestatori di lavoro a causa dell'esecuzione del contratto di cui è titolare il datore, o quelli subiti dal nascituro a causa dell'errore medico nel rapporto con la gestante; successivamente si è avuto un forte ampliamento dell'uso della figura in esame, così da ricomprendere anche ipotesi di danno meramente patrimoniale subito dal terzo a causa dell'esecuzione di un contratto e ipotesi in cui l'interesse del terzo danneggiato si presentava addirittura in conflitto con quello del creditore della prestazione contrattuale.

<sup>106</sup> In Francia e nel Regno Unito il problema della tutela del terzo danneggiato dall'esecuzione del contratto viene risolto in sostanza attraverso la disciplina del torto.

In particolare nei sistemi di *common law*, l'applicazione della disciplina del torto si impone in ossequio al principio della "*privity of contract*" e della "*consideration*". Sottolinea però che tali *long established doctrines* non possono più ritenersi ostacolo insuperabile, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 544, il quale sostiene che anche "la *common law* sembra abbandonare una delle rigidità strutturali, secondo cui non può esservi obbligazione e perciò responsabilità contrattuale senza contratto cioè senza consenso e, forse ancora di più, senza *consideration*".

Inoltre, si deve considerare che in questi ordinamenti il problema della protezione contrattuale dei terzi ha un rilievo secondario in quanto la disciplina del torto già consente di risarcire i danni meramente patrimoniali.

Il problema si è posto in particolare in ipotesi di responsabilità da informazioni inesatte rilasciate in base a un incarico e al conseguente danno subito dai terzi e ricondotto alla disciplina del torto; si vedano, tra gli altri i casi *Hedley Byrne v. Heller and Partners Ltd.*, in *Law Reports, Appeal Cases*, 1964, p. 465; nonché ivi, *Carparo v. Dickman*, 1990, p. 605.

<sup>107</sup> Il *leading case* viene generalmente individuato nel cd. *caso Gasuhrfall* del 1930, in cui la Corte Suprema tedesca affermò la responsabilità contrattuale di un'impresa di servizi per i danni cagionati dalla esplosione di una caldaia alla domestica operante nell'abitazione presso la quale la caldaia era stata posizionata, considerando la vittima protetta dal contratto di servizio tra impresa e proprietario.

Per una approfondita analisi della casistica intorno alla figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* si rinvia a G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

terzo<sup>108</sup>; queste ultime hanno elaborato la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi (*Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte*), attraverso una interpretazione estensiva della teoria degli obblighi di protezione in modo da ritenere configurabili obblighi di protezione anche nei confronti dei terzi<sup>109</sup>.

Il fondamento di questa nuova figura viene rinvenuto in un primo momento nella già nota figura del contratto a favore del terzo o addirittura nella consuetudine; questa impostazione è stata però criticata sul rilievo che il contratto a favore del terzo si pone come figura eccezionale insuscettibile di analogia e la cui disciplina sarebbe inapplicabile ai casi in cui viene in rilievo la mera protezione del terzo.

Si è poi valorizzata l'interpretazione integrativa secondo buona fede del contratto al fine di fondare la protezione del terzo ovvero la possibilità di individuare una volontà tacita delle parti in tal senso; ma anche tali prospettive sono sembrate inadeguate laddove postulano, la prima, una lacuna nel contratto in verità inesistente e, la seconda, una *fictio* di volontà.

La dottrina maggioritaria invece ha ricondotto la protezione del terzo al principio di buona fede<sup>110</sup> e, in questo stesso quadro, all'*affidamento* derivante dal *contatto* tra terzo

---

<sup>108</sup> Richiamare la figura del contratto a favore del terzo per giustificare la tutela contrattuale del terzo, infatti, significava operare una *fictio* di volontà tacita "a favore" del terzi, in verità non rinvenibile nel contratto; inoltre il contratto a favore del terzo attribuisce al terzo non già una mera protezione ma il diritto alla prestazione.

<sup>109</sup> L'elaborazione della figura del *Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte* si deve al Larenz, il quale avvertì la necessità di differenziare le fattispecie in esame dalla diversa figura del contratto a favore di terzi, cui invece aveva fatto riferimento la giurisprudenza in quanto affine.

<sup>110</sup> Sul punto si veda K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht, op. ult.cit.*, p. 182 ss., il quale, dopo aver sostenuto la tesi dell'interpretazione integrativa del *contratto* (la quale finiva per circoscrivere il problema della protezione del terzo ai soli rapporti nati da contratto), la abbandonò affermando il fondamento legale degli obblighi di protezione anche verso il terzo (buona fede).

e debitore<sup>111</sup>, ciò che riporta in primo piano la particolare relazione di prossimità tra soggetti indipendentemente dalla fonte del rapporto obbligatorio<sup>112</sup>.

L'elaborazione della nuova figura del contratto con effetti protettivi verso il terzo si spiega considerando ancora una volta le specificità dell'ordinamento tedesco ante riforma del 2002, attesa la tipicità dell'illecito aquiliano, la differente disciplina in tema di responsabilità contrattuale e extracontrattuale per fatto degli ausiliari<sup>113</sup>, nonché l'esigenza di allargare l'area della responsabilità contrattuale così da ricomprendervi anche i danni meramente patrimoniali subiti da terzi in conseguenza dell'esecuzione di un contratto<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen "positive Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für dritte"*, in *Juristenzeitung*, 1965, p. 475 ss., ha sostenuto che la protezione del terzo trova il suo fondamento nella buona fede come norma integrativa generale del *rapporto obbligatorio*; tale tesi postula, più in generale, che i doveri di protezione derivano dalla legge (in particolare dalla buona fede) e dunque sorgono anche in assenza di un contratto e autonomamente rispetto all'obbligo di prestazione; si è giustamente affermato (M. MAGGIOLÒ, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv., dir. civ.*, 2001, p. 56) che tale tesi "conduce non solo al di fuori della prospettiva di un effetto contrattuale posto a protezione del terzo, ma anche fuori di una visione del contratto con effetto protettivo per il terzo come istituto unitario".

<sup>112</sup> Questo diverso approccio al problema, come subito si vedrà, sembra rendere superfluo il ricorso al contratto con effetti protettivi per terzi.

<sup>113</sup> Nelle ipotesi in cui il danno veniva cagionato dal dipendente a un terzo fuori dai casi di esecuzione di un contratto, la giurisprudenza tedesca tendeva comunque a considerare contrattuale la responsabilità del datore di lavoro al fine di escludere il regime di esenzione previsto dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale per fatto del dipendente.

<sup>114</sup> Si tratta, come più volte sottolineato, dei danni che non hanno riguardo ai beni nominati (quali la persona e la proprietà) ma alla pura perdita economica. In questa sede la discussa categoria dei danni meramente patrimoniali viene richiamata con riferimento ai casi in cui essi derivino al terzo dall'esecuzione di un contratto.

Si pensi al famoso *Testmentfall*, in cui il Tribunale federale tedesco ha richiamato, per la prima volta, la figura del contratto con effetti protettivi per attribuire il risarcimento dell'interesse meramente economico dell'erede che, a causa della negligenza dell'avvocato nell'esecuzione dell'incarico attribuitogli dal testatore, non ha potuto ricevere per testamento quanto quest'ultimo avrebbe voluto fargli ricevere.

Si esamina tale precedente anche nel celebre caso inglese *White v. Jones*, concernente una fattispecie simile ma risolta col richiamo al torto.

Ritiene invece non risarcibile nel nostro ordinamento una simile fattispecie in base ai principi di diritto successorio C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 545 ss..



Alla base del successo e della forte espansione della figura in parola a ipotesi diverse<sup>115</sup> ancora negli anni recenti deve porsi il principio di giustizia sostanziale che postula l'opportunità di un pari trattamento del terzo che sia stato danneggiato nell'attuazione del contratto, con estensione al medesimo della (più favorevole) tutela contrattuale.

In questo quadro, le difficoltà più rilevanti si sono avute quando si è dovuto affrontare il problema connesso della selezione dei terzi "equiparabili" ai contraenti, al fine di evitare abusi: la giurisprudenza prevalente ha proposto il criterio empirico della "prossimità" del terzo all'attuazione del rapporto obbligatorio (cioè alla prestazione) in modo da includere nell'area di protezione il terzo che sia sottoposto allo stesso rischio di danno che incombe sul creditore della prestazione; altra parte della giurisprudenza tedesca, ritenuto insoddisfacente e vago il criterio della prossimità, ha proposto criteri diversi come a) il criterio dell'interesse del creditore alla protezione del terzo; b) il criterio della destinazione della prestazione (anche a terzi); c) il criterio della carenza di protezione del terzo<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Come accennato, la giurisprudenza tedesca ha risolto attraverso la figura del contratto con effetti protettivi verso terzi anche fattispecie diverse (come i danni causati dal cattivo funzionamento di un macchinario con riconoscimento al lavoratore della tutela contrattuale nei confronti del fornitore in ossequio al rapporto di protezione che si instaura a seguito del contratto tra datore di lavoro e fornitore) e ipotesi di danno meramente patrimoniale, come i danni da informazione inesatta contenuta in perizie, stime, bilanci, consulenze ecc (ad es., nel caso di errata perizia di un immobile, l'acquirente - o la banca mutuante - veniva considerato terzo protetto dal contratto di consulenza tra venditore - o mutuatario - e perito); nonché, anticipando la giurisprudenza italiana, le fattispecie di danno al nascituro derivante da errata cura nell'ambito di un rapporto contrattuale tra medico e genitore.

<sup>116</sup> Non è chiaro, tuttavia, il rapporto tra i vari criteri, se cioè sia di alternatività o di integrazione. Sul punto la stessa dottrina tedesca che ha coniato l'espressione *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* ha proposto un criterio integrativo per cui l'effetto protettivo scatta qualora il creditore abbia un dovere di cura verso il terzo cioè laddove la parte avente diritto alla prestazione deve ritenersi responsabile "del bene e del male del terzo", come ad esempio nei rapporti di parentela o di servizio (*Wohl und Wehe*) (K. LARENZ, Anmerkung a BGH 25 aprile 1956, in NJW, 1956, p. 1193 ss.); tale formula è stata più volte utilizzata dalla giurisprudenza tedesca. Sull'applicazione di tali criteri nel diritto tedesco, A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, op. ult. cit., p. 16 ss..

Tuttavia le incertezze derivanti da tali criteri selettivi e i conseguenti pericoli di abuso della figura del contratto con effetti protettivi hanno messo in crisi la figura in esame in Germania.

La dottrina tedesca ha contestato l'impiego pretorio della figura del contratto con effetti protettivi per il terzo in tutte quelle fattispecie in cui gli interessi del terzo che chieda il risarcimento a una delle parti del contratto siano divergenti rispetto a quelli del creditore della prestazione<sup>117</sup>, rilevandosi che la figura in esame sconterebbe il limite per cui i diritti del terzo non possono essere più vasti di quelli riconosciuti alla parte contrattuale e proponendo in alternativa il ricorso alla *culpa in contrahendo* a carico della parte danneggiante.

Si è inoltre obiettato che l'estensione della protezione ai terzi non trova la sua fonte nel contratto stesso atteso che, da un lato, non si può ricorrere all'interpretazione integrativa del contratto in assenza di una lacuna nel suo contenuto e, dall'altro, "non si vede perché l'estensione ai terzi dei doveri di protezione debba riguardare solamente i rapporti nati da contratto"<sup>118</sup>.

In questa chiave, un ulteriore argomento contrario è posto dalla tesi che vede nella legge la fonte degli obblighi di protezione, poiché ciò ha privato la figura del contratto

---

<sup>117</sup> Il problema si è posto in un caso in cui l'acquirente di un immobile aveva chiesto il risarcimento dei danni cagionati da una perizia "gonfiata" relativa alla valutazione dell'immobile commissionata a un perito dal venditore; la giurisprudenza tedesca ha considerato il terzo acquirente soggetto protetto dal contratto di consulenza, non ritenendo rilevante il profilo della divergenza tra interessi del venditore e interessi del terzo acquirente. Parte della dottrina tedesca, sulle orme del pensiero del Canaris (si veda C. W. CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana*, 2002, p. 271 ss), ha invece valorizzato tale aspetto e ha ritenuto che la responsabilità dell'esperto dovesse spiegarsi non attraverso il richiamo al contratto con effetti protettivi verso il terzo bensì mediante la *culpa in contrahendo* (cui la riforma del BGB sembra aver sostituito la figura del rapporto obbligatorio senza prestazione).

<sup>118</sup> Il riferimento è alla tesi di Canaris, in precedenza esaminata. Sul punto, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 134.

con effetti protettivi per i terzi della sua stessa ragion d'essere<sup>119</sup>: sulla base del rilievo che la stessa tesi di Jhering sulla *culpa in contrahendo* provverebbe l'origine legale degli obblighi di protezione in quanto rinvenibili anche a prescindere dalla conclusione del contratto (come avviene nella fase delle trattative), deve ritenersi che anche in presenza di un contratto gli obblighi di protezione verso i terzi derivino direttamente dalla legge e non già dal contratto stesso (essendo autonomi dall'obbligo di prestazione).

Si è allora dovuto prendere atto del fondamento legale unitario (la buona fede<sup>120</sup>) degli obblighi di protezione, sia nei confronti della controparte che del terzo, sia relativi alla fase precontrattuale che esecutiva del contratto<sup>121</sup>, con correlata autonomia rispetto alla stipula di un contratto.

La conseguenza immediata derivante da questa impostazione, che giunge a ammettere la configurabilità dell'obbligazione senza prestazione, è che la tutela contrattuale deriverebbe direttamente dalla buona fede e, in particolare, dalla violazione dell'obbligazione senza prestazione verso il terzo, di tal che la figura del contratto con effetti protettivi si rivelerebbe una “discutibile sovrastruttura concettuale, della quale non vi sarebbe bisogno<sup>122</sup>”.

La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, come si è già visto esaminando il nuovo § 311 BGB, ha in sostanza confermato le acquisizioni dottrinali e

---

<sup>119</sup> Per tutti, C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 822 ss..

<sup>120</sup> Sul punto C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 138, il quale non condivide l'impostazione della dottrina tedesca basata sulla buona fede, alla quale rimprovera di non aver affrontato il problema della compatibilità della protezione del terzo col principio di relatività del contratto.

<sup>121</sup> L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, *op. ult. cit.*, p. 304., osserva che la distinzione rileva solo dal punto di vista dei rimedi azionabili, poiché per la violazione di obblighi di protezione nella fase di esecuzione del contratto dà luogo non solo a risarcimento ma anche a risoluzione del contratto o eccezione di inadempimento.

<sup>122</sup> Così M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 16.

giurisprudenziali esaminate, in particolare il fondamento legale degli obblighi di protezione, ciò che priverebbe di utilità la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi.

Inoltre si è osservato che la riforma, in particolare il nuovo § 311 commi 2 e 3, con la sua formulazione ampia sembra accogliere la figura unitaria del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, in cui ricondurre tutti gli obblighi di protezione non meramente accessori alla prestazione.

In Italia, la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi ha avuto sporadiche applicazioni, sebbene deve sottolinearsi che alcune recenti sentenze della Suprema Corte sembrano accogliere in modo risoluto tale figura<sup>123</sup>.

In particolare, i giudici di legittimità hanno avuto modo di affrontare il tema in alcune fattispecie di danno da *malpractice* medica: accogliendo espressamente l'elaborazione di matrice tedesca del contratto con effetti protettivi, hanno delineato i contorni dell'area di protezione derivante dal contratto stipulato dalla gestante con la

---

<sup>123</sup> Il *leading case* viene ricondotto in Italia a una sentenza della Corte d'Appello di Roma del 30 marzo 1971, che riguardava il danno alla salute subito dalla moglie e dalle figlie del portiere di un'abitazione, causato dall'insalubrità dell'alloggio ove viveva la famiglia. L'azione di risarcimento danni, qualificata extracontrattuale in primo grado, viene respinta per decorrenza del termine di prescrizione quinquennale. La Corte d'Appello, pur non qualificando espressamente il rapporto negoziale tra il marito e l'ente previdenziale "contratto a effetti protettivi", riconosce tutela alla moglie e alla figlia per violazione dell'obbligo, da parte dell'ente, di dare in godimento un alloggio salubre.

La Suprema Corte ha fatto riferimento alla figura del contratto con effetti protettivi nella sentenza 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2479 e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 550, con nota di D. CARUSI nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 690, con nota di V. ZENO ZENCOVICH, ove ha esteso al nascituro gli effetti protettivi del contratto tra gestante e struttura sanitaria.

Con riferimento al riconoscimento della legittimazione del padre all'azione di danni, Cass 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3115, con note di A. PALMIERI e R. SIMONE; nonché Cass. 27 settembre 2005, n. 20320, in *Guida al diritto*, 2005, p. 54., e Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corr. giur.*, 12/2006, p. 1691, con nota di A. LISERRE.

Si veda, inoltre, Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, p. 3327, con nota di A. L. BITETTO e in *Corr. giur.*, 2004, p. 1431, con nota di A. LISERRE.

Da ultimo, sembra confermare i principi esaminati, Cass. 11 maggio 2009, n. 10741.

struttura sanitaria o il medico includendovi dapprima il nascituro<sup>124</sup> e successivamente anche il padre<sup>125</sup>.

Dunque, la giurisprudenza risolve il problema della tutela (contrattuale) dei terzi attraverso l'uso del modello tedesco degli obblighi di protezione verso terzi derivanti da contratto, ribadendo le differenze rispetto alla contigua figura del contratto a favore del terzo: mentre in quest'ultimo il terzo ha il diritto alla prestazione, nel contratto con effetti protettivi il terzo non ha tale diritto (che resta in capo al contraente) ma ha

---

<sup>124</sup> In tal senso Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2479 e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 550, con nota di D. CARUSI nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 690, con nota di V. ZENO ZENCOVICH, in cui si afferma che “è stato posto in rilievo, tuttavia, come numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Si parla di "contratti con effetti protettivi a favore dei terzi", nell'ambito dei quali, in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale è posta quella previsione. Col ricovero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) - qualsiasi possibile danno. La controparte del contratto rimane sempre la partoriente, o, comunque, colui che lo abbia stipulato, ma il terzo, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, non è più il nascituro, bensì il nato, anche se le prestazioni debbono essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita. È quindi il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, che può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia e protezione di uno suo specifico interesse, anche se le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla sua nascita”.

Va poi considerata la particolare fattispecie decisa da Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, p. 3327, con nota di A. L. BITETTO e in *Corr. giur.*, 2004, p. 1431, con nota di A. LISERRE, in cui si esclude che il concepito sia titolare di un preteso “diritto a non nascere se non sano”, poiché “l'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, e non anche verso la non nascita, essendo pertanto (al più) configurabile un diritto a nascere e a nascere sani, suscettibili di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione”. Nel caso di specie la Suprema Corte conferma le conclusioni delle decisioni precedenti così consolidando l'orientamento: dopo aver affermato che il contratto tra la gestante e il medico obbliga quest'ultimo non solo a prestare le proprie cure alla gestante “ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle *altre prestazioni* necessarie al feto, sì da garantirne la nascita, evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza – qualsiasi possibile danno”, ha qualificato espressamente tale contratto come contratto con effetti protettivi a favore del terzo, che nel caso di specie veniva individuato nel neonato “alla cui tutela tende *quell'obbligazione accessoria*, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in tutto o in parte, anteriormente alla nascita”.

<sup>125</sup> Con riferimento al riconoscimento della legittimazione del padre all'azione contrattuale di danni derivanti al figlio da errore medico, Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3115, con note di A. PALMIERI e R. SIMONE; nonché Cass. 27 settembre 2005, n. 20320, in *Guida al diritto*, 2005, p. 54., e Cass. 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corr. giur.*, 12/2006, p. 1691, con nota di A. LISERRE.

l'azione risarcitoria in caso di inadempimento dell'obbligazione accessoria, cioè in definitiva il diritto a non essere danneggiato.

Come efficacemente osservato<sup>126</sup>, ciò comporterebbe una ridefinizione in termini solidaristici degli stessi spazi operativi dell'autonomia privata, la quale non sarebbe più intesa come autoregolamento egoistico dei propri interessi ma come regolamento di interessi funzionale alla protezione di terzi in quei casi in cui è rinvenibile un particolare legame (prossimità) tra i contraenti e il terzo.

Con riguardo al problema della selezione dei terzi protetti, si fa notare<sup>127</sup> che la giurisprudenza italiana sembra optare per una impostazione più restrittiva rispetto alla giurisprudenza tedesca: mentre quest'ultima, come già rilevato, ha adottato criteri empirici spesso indeterminati, i giudici italiani sembrano fare ricorso al contratto con effetti protettivi verso il terzo soltanto nei casi in cui è ravvisabile quantomeno un rapporto individualizzato tra il contraente e il terzo, quale è, ad esempio, il rapporto tra la gestante e il nascituro.

In dottrina l'elaborazione tedesca del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* ha avuto scarsa attenzione<sup>128</sup>, come può intuirsi agevolmente ove si consideri l'ostilità con cui la nostra dottrina ha guardato agli obblighi di protezione, specie se verso terzi, e il ruolo sostanzialmente ancillare alla prestazione ad essi attribuito, ciò che ha relegato in

---

<sup>126</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, 2007, p. 690.

<sup>127</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, 2007, p. 694.

<sup>128</sup> A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p.15 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, *op. ult. cit.*, p. 238 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 123 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv., dir. civ.*, 2001, p. 41 ss..

secondo piano l'analisi della protezione contrattuale del terzo rispetto alle parti del contratto<sup>129</sup>.

La dottrina<sup>130</sup> che per prima si è occupata del problema ha tuttavia ripudiato l'impostazione tedesca basata sulla buona fede, sostenendo che la clausola generale opera sotto il profilo oggettivo del contenuto del rapporto e non può essere utilizzata anche per ampliare dal punto di vista soggettivo l'ambito del medesimo attraverso l'inserimento del terzo.

Secondo tale tesi, la ricostruzione dogmatica dell'inserimento del terzo nel rapporto obbligatorio attiene al momento della fonte del rapporto obbligatorio e non a quello del suo essere ed attuarsi: essa va effettuata distinguendo le obbligazioni da contratto da quelle derivanti da altre fonti, poiché solo per le prime occorre valutare la compatibilità della protezione del terzo col principio di relatività del contratto<sup>131</sup>, inteso come corollario indiscusso del principio di autonomia.

Si afferma<sup>132</sup> che, diversamente dall'impostazione tedesca non attenta alla fonte del rapporto, nel nostro ordinamento “non è possibile ipotizzare obblighi di protezione di origine *legale* pur quando ineriscano a un rapporto nato da contratto: l'art. 1337 e l'art.

---

<sup>129</sup> Secondo L. LAMBO, *Obblighi di protezione, op. ult. cit.*, p. 252, “era naturale attendersi, anche sul piano degli effetti di tutela ultra partes, un giurisprudenza che utilizzasse in modo marginale la teoria degli obblighi di protezione o, addirittura, la ignorasse del tutto. È un fenomeno che, oltre a risentire della concezione che ritiene già coperta dall'illecito civile l'area da assegnare propriamente agli obblighi di protezione, trova spiegazione nel fatto che la nostra dottrina, incline a valorizzare il momento di tutela connesso all'obbligazione, è tuttora divisa tra autonomia strutturale degli obblighi di protezione e riduzione di essi al ruolo di tipiche specificazioni della prestazione principale. È ovvio quindi che, in modo simile a quanto accade per i rapporti debitore-creditore. Si abbia una tendenza della giurisprudenza a trascurare il contesto teorico-formale al quale ricondurre il comportamento negligente del convenuto ed a porre a fondamento della decisione direttamente i risultati della concezione della responsabilità contrattuale, intesa come non più limitata a sanzionare la lesione dell'interesse definito dall'art. 1174 c.c. perché estesa a tutelare interessi *altri* che non hanno formato oggetto del contratto”.

<sup>130</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 123 ss..

<sup>131</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo, op. ult. cit.*, p. 123 ss., ha tentato di ridimensionare tale dato ostativo sostenendo, inoltre, che tale principio riguarda gli obblighi di prestazione e non gli obblighi di protezione.

<sup>132</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo, op. ult. cit.*, p. 137..

1375 depongono rispettivamente nel senso che essi sono da ricollegare direttamente alla legge in fase precontrattuale, *mentre li si deve considerare nati dal contratto, come effetti integrativi, una volta che il rapporto contrattuale sia instaurato*. Ciò significa che per i rapporti obbligatori *ex contractu* il discorso deve essere condotto autonomamente e commisurato ai principi propri dell'autonomia privata”.

Tuttavia l'ostacolo derivante dal principio di relatività del contratto, espressione dell'autonomia privata, all'estensione dei doveri di protezione ai terzi nel caso di rapporti nati da contratto non sarebbe insuperabile se solo se ne rivedesse il contenuto alla luce dei principi costituzionali, in particolare il principio di solidarietà ex Art. 2 Cost<sup>133</sup>.

È evidente come, in questa prospettiva, il problema assuma un respiro più ampio coinvolgendo lo stesso ruolo dell'autonomia privata mettendone in discussione il primato alla luce dei superiori principi costituzionali.

E, ci sembra possibile aggiungere, nel trentennio trascorso dalle precedenti affermazioni il bilanciamento tra autonomia privata e principi costituzionali è divenuto sempre più frequente nell'applicazione giudiziale, come testimonia anche l'accoglimento giurisprudenziale della figura del contratto con effetti protettivi per il terzo.

Una volta superato l'ostacolo dato dal principio di relatività per i rapporti *ex contractu* è possibile estendere ai rapporti obbligatori *ex lege* le medesime conclusioni

---

<sup>133</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 673 ss., sostiene che la possibile propagazione degli effetti protettivi del contratto a terzi estranei al medesimo troverebbe giustificazione nel principio costituzionale di solidarietà sociale ex Art. 2 Cost.



favorevoli alla protezione del terzo, attesa “l’unità di struttura e di funzione del rapporto obbligatorio nella disciplina dell’ordinamento”<sup>134</sup>.

In questo quadro, tuttavia, secondo la dottrina in parola<sup>135</sup> il *Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte* non può essere utilizzato per descrivere la più importante fattispecie oggetto della presente analisi, il rapporto trilatero tra struttura medica – medico dipendente – paziente<sup>136</sup>.

Sarebbe errato, infatti, sostenere che il paziente è il terzo protetto dal contratto intervenuto tra struttura e medico atteso che “il *Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte* non consente di estendere in favore del terzo un obbligo di protezione che non sia dovuto alla controparte: sono tutelati infatti quei terzi la cui posizione non possa essere apprezzata diversamente, sotto il profilo dell’interesse di protezione, da quella dell’una o dell’altra parte del rapporto”.

Secondo la tesi in parola, la responsabilità contrattuale del medico deriva direttamente dal contatto sociale tra medico e paziente, senza che rilevi la posizione contrattuale della struttura, piuttosto che da un impiego forzato del contratto con effetti protettivi verso terzi, di tal che in ultima analisi la figura dell’obbligazione senza prestazione appare la figura che meglio riesce a descrivere tale fattispecie.

La medesima dottrina, all’interno della più ampia riflessione sulla possibilità di utilizzare il modello dell’obbligazione senza prestazione anche a ipotesi diverse dalla

---

<sup>134</sup> E’ l’approdo cui giunge il ragionamento di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, *op. ult. cit.*, p. 177, secondo il quale inoltre le conclusioni favorevoli alla protezione del terzo influiscono anche sull’affermazione dell’autonomia degli obblighi di protezione nel nostro ordinamento, contestata invece da altra parte della dottrina.

<sup>135</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 481.

<sup>136</sup> In tal senso anche la più volte citata Cass. 22 gennaio 1999, n. 589. Diversamente, come già rilevato in sede di analisi della recente giurisprudenza di legittimità, può considerarsi come contratto a effetti protettivi per il terzo il contratto tra la gestante e il medico o la struttura, da cui deriverebbero obblighi di protezione verso il nascituro e verso il padre.

responsabilità precontrattuale, propone allora una diversa soluzione dogmatica anche al problema della tutela del terzo danneggiato dal contratto, *suggerendo di utilizzare al posto della incerta figura del contratto con effetti protettivi la “nuova” figura del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.*

Si pensi alle ipotesi, che successivamente si dovranno esaminare, della responsabilità del revisore contabile o da inesatta perizia (non già verso il committente bensì) verso il terzo investitore che si trovi in fase di trattative contrattuali con quest’ultimo.

Il modello dell’obbligazione senza prestazione si presenta come il più adatto a spiegare sotto il profilo dogmatico la tutela del terzo in quanto riconosce agli obblighi di protezione natura legale così separando la loro sorte dall’obbligo di prestazione e dalle vicende contrattuali.

In altri termini, “la responsabilità del danneggiante non è collegata al regolamento negoziale di cui esso è parte, ma alla violazione di un autonomo obbligo di buona fede nato in funzione dell’affidamento”<sup>137</sup>.

Una prospettiva simile si ritrova anche in altra dottrina<sup>138</sup> secondo la quale le perplessità nei confronti della figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

---

<sup>137</sup> Così L. LAMBO, *Obblighi di protezione, op. ult. cit.*, p. 336, il quale evidenzia che mentre nella dottrina tedesca si è cercato di rispondere alle perplessità sollevate dal *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* attraverso la *culpa in contrahendo*, la dottrina italiana ha risposto con il modello della obbligazione senza prestazione; l’Autore però conclude che “il suggerimento della dottrina italiana di passare al rapporto obbligatorio senza prestazione potrebbe avere un significato puramente simbolico” poichè ha il merito di precisare che la *culpa in contrahendo* si può utilizzare solo in presenza di trattative contrattuali: “per cui quando lo scopo è quello di riconoscere tutela contrattuale alle sfere giuridiche appartenenti a soggetti che non possono identificarsi nella posizione di creditore o debitore della prestazione, né in quella di parte di una trattativa diretta con lo stesso danneggiante – come nell’esempio già fatto in cui l’esperto (architetto, revisore dei conti ecc.) fornendo una perizia erronea, lede la posizione di un soggetto diverso dalla parte committente (acquirente di un immobile, investitore) ma in rapporto di trattative negoziali con quest’ultimo (alienante dell’immobile, società emittente) – il modello più appropriato da utilizzare è quello appunto del rapporto obbligatorio senza prestazione”.

deriverebbero da ciò, che se si basa la protezione del terzo (sia dai danni alla vita e ai beni che dai danni meramente patrimoniali) sul principio della responsabilità contrattuale da violazione dell'affidamento, "non avrebbe molto senso creare da noi una corrispondente figura del contratto con effetto di protezione per il terzo", aggiungendosi che "il ricorso ai principi di tutela dell'affidamento apre tuttavia un altro genere di problema. Si tratta infatti di capire se, ed eventualmente in base a quali presupposti, un affidamento oggetto di tutela possa costituire la fonte di un rapporto tra debitore e terzo. E ciò conduce alle teorie che, sulla base dell'affidamento come fonte dell' obbligazione, ritengono possibile costruire un rapporto obbligatorio in cui il debitore non è obbligato all'esecuzione di alcuna prestazione verso il terzo, ma è semplicemente tenuto a risarcire secondo le regole della responsabilità contrattuale i danni subiti, oltre che dal creditore, anche dal terzo".

---

<sup>138</sup> M. MAGGILOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv., dir. civ.*, 2001, p. 70.; IDEM, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, op. ult. cit., p. 209 ss..

## CAPITOLO 2

### LA RESPONSABILITA' DA CONTATTO SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA

#### 1. *La responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria*

##### 1.1. *...dal sottosistema della responsabilità alla storica sentenza 589/1999*

Il dibattito dottrinale sulla configurabilità di una responsabilità di natura contrattuale derivante da contatto sociale è approdato, sul finire del secolo scorso, nella giurisprudenza di legittimità.

Con la sentenza n 589 del 1999<sup>139</sup> la Cassazione ha espressamente accolto la tesi della natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente di struttura

---

<sup>139</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661, in cui si esprimono perplessità in ordine alle notevoli potenzialità espansive del nuovo indirizzo. Non può non richiamarsi C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p. 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

ospedaliera pubblica per il danno cagionato a un paziente per errata diagnosi e errato trattamento medico, facendo leva sulla teoria dell'obbligazione senza prestazione.

La responsabilità del medico è da sempre al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità, tanto da poter essere considerata una sorta di "palestra" che richiede esercizio sulla quasi totalità dei temi cardine della responsabilità (concorso tra le due tipologie di responsabilità, nesso di causalità, natura della responsabilità e regime applicabile, rapporti con la disciplina penale, ecc) e della teoria delle obbligazioni (oggetto dell'obbligazione e teoria degli obblighi di protezione, distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, teoria delle fonti, ecc).

La vastità della tematica impone di focalizzare la nostra analisi su determinati profili, coinvolti nell'opera di ricostruzione giurisprudenziale della responsabilità da contatto sociale qualificato.

Infatti, all'interno dell'area della responsabilità medica, particolare rilievo assume, ai fini della nostra indagine, la posizione del medico dipendente dalla struttura sanitaria, attesa la peculiare fattispecie in cui esso si inserisce e che si presenta come trilaterale, coinvolgendo non già solamente il medico e il paziente bensì anche la struttura.

La dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di scomporre tale fattispecie complessa in tre rapporti bilaterali, rispettivamente il rapporto tra medico e struttura, quello tra struttura e paziente e quello tra medico e paziente.

Mentre i primi due rapporti si caratterizzano, per orientamento ormai consolidato, per la presenza di un contratto<sup>140</sup> tra i soggetti del rapporto giuridico, di tal che nessun

---

<sup>140</sup> Il rapporto tra struttura e medico si traduce in un contratto di lavoro dipendente; il rapporto tra struttura e paziente invece viene pacificamente ricondotto al contratto atipico di ospitalità, comprensivo sia di prestazioni strettamente mediche sia di prestazioni diverse assimilabili a quelle alberghiere o, addirittura, di sorveglianza. Sul punto F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività*

dubbio può sollevarsi sulla natura contrattuale della relativa responsabilità<sup>141</sup>, occorrerà analizzare in dettaglio l'inquadramento operato dalla giurisprudenza di legittimità del rapporto tra medico e paziente nell'ambito dell'area della responsabilità contrattuale, poichè esso ha suscitato forti perplessità proprio nel momento in cui si è utilizzato l'argomento costituito dal contatto sociale tra medico e paziente.

---

*sanitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, p. 710; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e Impr.*, 1995, p. 488.

<sup>141</sup> Nel rapporto tra struttura e paziente è invece discusso in giurisprudenza se la responsabilità della struttura per i danni cagionati dal medico dipendente al paziente abbia natura diretta ovvero indiretta per fatto altrui ex art. 1228 c.c. o 2049 c.c.. Sul punto si veda, da ultimo, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, nonché p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 77, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, che, dopo aver equiparato le strutture private a quelle pubbliche, sembra optare per una responsabilità della struttura "autonoma" dal rapporto paziente-medico, con la conseguenza de "l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente".

Appare particolarmente rilevante riportare i passaggi essenziali della motivazione della predetta sentenza sul punto: "Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sono sostanzialmente equivalenti a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria (Cass. 25.2.2005, n. 4058). Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (Cass. n. 1698 del 2006; Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316). A sua volta anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale (Cass. 22 dicembre 1999, n. 589; Cass. 29.9.2004, n. 19564; Cass. 21.6.2004, n. 11488; Cass. n. 9085 del 2006). Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di ospedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le obbligazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.. Ciò comporta che si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione)". Critico sulla tendenza, già in atto in giurisprudenza, a uniformare i regimi della responsabilità di strutture pubbliche e private M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, ESI, 2007, p. 89.

Prima della storica sentenza della Cassazione n. 589/1999<sup>142</sup>, la giurisprudenza era sostanzialmente divisa tra l'orientamento tradizionale<sup>143</sup> che riconduceva alla responsabilità extracontrattuale la posizione del medico dipendente, in considerazione dell'assenza di un contratto tra medico e paziente che si fosse rivolto alla struttura, e l'orientamento<sup>144</sup> che, sul presupposto della immedesimazione organica tra medico e struttura, propendeva per la natura contrattuale della responsabilità per i danni cagionati dal medico in base al disposto dell'Art. 28 Cost., così rendendo i medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti.

Quest'ultima tesi infatti considerava inadeguata la connotazione aquiliana della responsabilità in esame, atteso che il rapporto non solo di protezione ma di cura in senso ampio che si instaura tra i soggetti in questione appare *ictu oculi* non assimilabile alla responsabilità del passante di cui all'art. 2043 c.c.; da qui l'assimilazione al rapporto contrattuale, da altri ritenuto una mera *factio*, con omogeneizzazione del regime di responsabilità della struttura e del medico.

Tale divisione all'interno della giurisprudenza in ordine alla natura della responsabilità del medico dipendente non conduceva alle logiche conseguenze in tema di regime normativo applicabile: infatti il panorama giurisprudenziale, estremamente frastagliato e oggettivamente difficile da ricostruire, ha finito per creare un regime *ad hoc* a cavallo tra le due forme di responsabilità, tanto che con riguardo alla

---

<sup>142</sup> Per una recente ricognizione dei guadagni giurisprudenziali in tema di responsabilità medica, M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno resp.*, 2009, 7, p. 703 ss..

<sup>143</sup> Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, c. 4 ss.; Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115 ss.; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 272 ss., con nota di E. RONCHI, *Colpa grave del medico: valutazione medico-giuridica lasciata al mero arbitrio*.

<sup>144</sup> *Ex multis* Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2296 ss., con nota di A. PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*; Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.*, 1999, p. 777 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*.

responsabilità del medico dipendente si è parlato di un “sottosistema della responsabilità”<sup>145</sup> ovvero di una “responsabilità transtipica”<sup>146</sup>.

Tale sottosistema ha posto in crisi la tradizionale distinzione tra responsabilità aquiliana e responsabilità da inadempimento di obbligazioni, ponendosi sulla linea di confine tra tali aree.

Le peculiarità del sottosistema della responsabilità medica possono essere sintetizzate in questo modo:

1) con riferimento al titolo della responsabilità, si ammetteva il concorso tra responsabilità contrattuale della struttura e extracontrattuale del medico, soggetti che potevano essere chiamati a rispondere in solidarietà passiva;

2) quanto al regime probatorio, si richiedeva comunque che il paziente provasse il fatto illecito del medico ovvero l’inadempimento della struttura;

3) il nesso di causalità veniva disciplinato attraverso l’elaborazione pretoria della nota distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato;

4) responsabilità per *culpa in non faciendo* e applicabilità del regime di cui all’art. 2236 c.c. anche quando la responsabilità del medico è stata qualificata come aquiliana<sup>147</sup>.

Appare evidente che, in un tale panorama giurisprudenziale, fortemente semplificato per ragioni di trattazione a fronte della frammentazione estrema in cui l’interprete deve imbattersi, il sottosistema creato dal diritto vivente poneva enormi problemi di carattere sistematico alla dottrina e suscitava le perplessità degli operatori poichè era costruito in

---

<sup>145</sup> Così R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

<sup>146</sup> G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o “transtipica”?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1003.

<sup>147</sup> In tal senso Cass., Sez. un., 6 maggio 1971, n. 1782; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440.



modo da attribuire un *favor* netto per la posizione del medico riducendo le possibilità dei pazienti di ottenere giustizia.

Il tramonto del sottosistema della responsabilità medica si è avuto a partire dalla storica sentenza della Cassazione n. 589/1999<sup>148</sup>, in cui i supremi giudici, prendendo le distanze dalla tesi tradizionale che assimilava la responsabilità del medico dipendente a quella del passante, hanno posto in rilievo che il contatto sociale che si instaura tra il medico e il paziente ad esso affidato conduce a lodi diversi dalla responsabilità aquiliana, ponendosi come fonte di obbligazioni ex art. 1173 c.c. la cui violazione determina una responsabilità che non può essere altro che contrattuale; allo stesso modo viene ritenuta insoddisfacente anche la soluzione che fonda la responsabilità contrattuale sull'Art. 28 Cost., che “non statuisce sulla natura della responsabilità, che è rimessa alle leggi ordinarie, ma solo sulla natura diretta di essa”, ovvero su un preteso ma inconfigurabile contratto tra struttura e medico a favore del terzo (il paziente) o con effetti protettivi per il terzo (ancora il paziente)<sup>149</sup>.

In questa nuova e rivoluzionaria prospettiva cadono le anomalie del sottosistema, atteso che il modello basato sull'obbligazione derivante da contatto sociale rende non solo legittima ma anche inevitabile l'applicazione del regime della responsabilità contrattuale.

Di particolare rilievo appare la definizione dell'area della colpa medica: secondo la tesi che sostiene la natura aquiliana della responsabilità del medico, quest'ultimo dovrebbe essere chiamato a rispondere solo per *culpa in faciendo* (cioè solo qualora

---

<sup>148</sup> U. IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130 ss..

<sup>149</sup> In tal senso, invece, F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss.. Per l'analisi della figura del contratto con effetti protettivi per i terzi si rinvia al Capitolo 1 del presente lavoro.

abbia peggiorato la condizione del paziente per colpa); si è già sottolineato come in realtà il sottosistema pretorio consentisse l'elusione di tale postulato, posto che i giudici, pur qualificando la responsabilità come extracontrattuale, valutavano anche la *culpa in non faciendo*.

La sentenza 589/1999 supera tali contraddizioni statuendo<sup>150</sup> che all'operatore di una professione protetta, cui è affidata la tutela di beni di rilievo primario come la salute ai sensi dell'Art. 32 Cost., si richiede non già di non aggravare la condizione del paziente bensì un *facere* assai complesso che conduca alla cura del degente e che non può che avere il medesimo contenuto a prescindere dall'esistenza di un contratto di prestazione professionale.

Pur non essendo configurabile un contratto relativo alla prestazione professionale, la responsabilità del medico dipendente ha natura contrattuale a cagione dell'affidamento derivante dal contatto sociale; tale responsabilità, tuttavia, viene assolutamente equiparata a quella del medico libero professionista che opera in base a un contratto di

---

<sup>150</sup> Così si esprime il relatore della sentenza in esame: "la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Cio' è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il "pubblico è obbligato per legge a valersi" (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto.

La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica *ab origine* l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui".

prestazione professionale, essendo identico il bene protetto, di tal che in entrambi i casi il medico deve rispondere anche per *culpa in non faciendo*.

La Corte ripudia l'impostazione aquiliana: l'equiparazione del medico al "passante" di cui all'art. 2043 c.c. costituisce una manifesta dissociazione tra sovrastruttura giuridica e realtà materiale, atteso che prima che il danno si verifichi esiste già un rapporto, un "contatto", tra medico e paziente, il quale affida al primo la tutela della sua salute.

### ***1.2. Luci e ombre dell'arresto del 1999***

Vanno a questo punto esaminate le ragioni per cui la sentenza in esame è tutt'oggi annoverata tra le sentenze storiche dell'intero panorama del diritto civile e segna un punto di svolta del sistema della responsabilità medica, senza trascurare, dall'altro lato, le ombre che essa genera agli occhi dei commentatori.

Sotto il primo profilo, si rileva che l'aspetto rivoluzionario della sentenza va rintracciato nella rilettura in chiave evolutiva delle fonti dell'obbligazione ex art. 1173 c.c., norma fondante un sistema aperto e atipico delle fonti in cui si inserisce a pieno titolo il contatto sociale; la ricostruzione di tale sistema in senso ampliativo offrirà successivamente la base dogmatica per la corrispondente espansione dell'area della responsabilità contrattuale, intesa come responsabilità per inadempimento di obbligazioni.

Sotto il secondo profilo, il vero punto debole della sentenza, come rilevato dalla gran parte della dottrina che si è occupata del tema, è in ciò, che essa sembra sovrapporre la teoria del contatto sociale come fonte di obbligazioni senza prestazione alla teoria dei rapporti contrattuali di fatto.

Si è già ampiamente rilevato<sup>151</sup> come, secondo l'impostazione maggioritaria, le due tematiche debbano essere tenute distinte poiché mentre i rapporti contrattuali di fatto, sempre che se ne accolga la ricostruzione dogmatica, si caratterizzano per il particolare *modus* in cui si forma il contratto, che dunque esiste sebbene “di fatto” e produce obbligazioni “piene” (di prestazione), l'affidamento derivante da contatto sociale fa sorgere invece un'obbligazione senza prestazione (cioè di mera protezione della sfera giuridica altrui) in capo alla parte dotata di requisiti di professionalità.

Alla luce di tali considerazioni, la ricostruzione operata dalla sentenza 589/1999 appare contraddittoria laddove, secondo una autorevole voce della dottrina<sup>152</sup>, non coglie il differente effetto derivante dal contratto di fatto (obbligazione di prestazione) e dall'affidamento (obbligazione senza prestazione) con la conseguenza che in caso di inadempimento, pur configurandosi in entrambi i casi una responsabilità di natura contrattuale per inadempimento di obbligazioni, il diverso contenuto dell'obbligazione sorta comporta una differente ampiezza della responsabilità, come subito si dirà.

Si è tuttavia rilevato<sup>153</sup> che, a ben vedere, la sentenza del 1999 solo apparentemente accoglie la teoria dell'obbligazione senza prestazione, poiché in realtà essa sembra

---

<sup>151</sup> Si veda il Capitolo 1 del presente lavoro.

<sup>152</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, *op. ult. cit.*, p. 485 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

<sup>153</sup> M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, *op. ult. cit.*, p. 92 ss., il quale ritiene che la successiva sentenza n. 8826/2007 della Suprema Corte, di cui subito si

concepire il dovere del medico come un dovere di cura del paziente e non già come mero dovere di non arrecargli danno: dunque, al di là delle prese di posizione “meramente nominalistiche”, la Cassazione accoglie la concezione secondo cui il dovere del medico è un vero e proprio obbligo di prestazione e non di mera protezione.

La sentenza n. 589/1999 si pone, dunque, come una pietra miliare nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità medica e, più in generale, di responsabilità del professionista.

Affatto unanimi sono stati i commenti della dottrina: da chi<sup>154</sup>, pur aderendo alla tesi sostenuta in sentenza che la responsabilità contrattuale discenda dal contenuto del rapporto e non dalla fonte dell’obbligazione, sostiene che tale contenuto non è di mero comportamento, ma si sostanzia in un’obbligazione di prestazione, con più ampie ricadute in termini di responsabilità; a chi<sup>155</sup>, invece, contesta la stessa possibilità che dall’affidamento nella professionalità del medico derivi un’obbligazione in conformità all’ordinamento giuridico ai sensi dell’art. 1173 c.c., poiché tale obbligazione deriva direttamente dalla legge (*obbligazione ex lege*), la quale, imponendo al soggetto che eserciti una professione “protetta” di munirsi della speciale abilitazione, produce in capo al medico l’impegno a tutelare la salute di tutti i cittadini; a chi<sup>156</sup>, infine, propone un

---

dirà, costituisca una conferma di tale interpretazione della motivazione della sentenza del 1999, cosicché nessun contrasto potrebbe intravedersi tra le due pronunce.

<sup>154</sup> A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343 ss., secondo il quale occorre invertire i termini del problema poiché “in principio vi è una prestazione senza obbligazione”; per un approfondito esame del dibattito dottrinale, in particolare sollevato dalla sentenza del 1999, si rinvia al Capitolo 1 del presente lavoro.

<sup>155</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno resp.*, 2009, 7, p. 703 ss.; ID., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 332..

<sup>156</sup> In tal senso, S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 43 ss., il quale intravede un vero e proprio contratto nel rapporto medico-paziente e sostiene che esso può essere classificato come rapporto contrattuale di fatto nei soli casi in cui il paziente, essendo sedato o in stato di

ulteriore salto che consente di superare tutte le incertezze esaminate in tema di contatto sociale e obbligazione senza prestazione, qualificando la responsabilità del medico come “autenticamente contrattuale” perché fondata su un vero e proprio contratto (e non sul mero contatto), non potendosi negare l’esistenza di una manifestazione di volontà contrattuale tra medico e paziente similmente a ciò che avviene nel rapporto tra struttura e paziente.

Se su questi punti, come subito si dirà, è ancora aperto il dibattito, non si può non aderire alla considerazione che l’arresto in esame vanta il merito indiscusso di aver realizzato un regime unitario di responsabilità professionale, che coinvolge l’amministrazione sanitaria ed il professionista dipendente, in cui rilevano, rispetto alla prima, il momento dell’inadempimento dell’obbligo di esecuzione della prestazione assunto contrattualmente nei confronti del paziente, rispetto al secondo, il momento della violazione dell’obbligo di comportamento, imposto dal dovere di diligenza professionale nel rapporto fiduciario intercorrente tra medico e paziente<sup>157</sup>.

---

incoscienza, non possa manifestare una volontà tale da obbligarlo validamente. A una tale concezione consegue il superamento delle difficoltà interpretative legate alla figura del contatto sociale e dell’obbligazione senza prestazione e l’applicazione incontestabile del regime della responsabilità contrattuale.

<sup>157</sup> Così R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 311.

*1.3. L'evoluzione giurisprudenziale successiva e la sentenza delle Sezioni Unite  
577/2008*

Al di là di questi aspetti, ciò che preme evidenziare è che la svolta del 1999 si pone come una scelta di campo a favore della responsabilità contrattuale nell'ottica di una più adeguata tutela del paziente.

A tale statuizione è seguito un nuovo *trend* giurisprudenziale che si è preoccupato di rivedere drasticamente lo stesso regime generale della responsabilità contrattuale a favore del creditore col risultato, con specifico riferimento alla responsabilità medica, della progressiva erosione del rilevato *favor* per il medico e conseguente riequilibrio delle posizioni dei soggetti del rapporto.

Ciò consente di rilevare che, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva, la sentenza del 1999 si pone come un primo passo verso una totale revisione dello statuto della responsabilità medica che, strappata all'area indistinta e inadeguata della responsabilità aquiliana, attraverso l'individuazione dell'obbligazione in capo al medico dipendente, transita ai lidi della responsabilità contrattuale.

Senza voler ripercorrere asetticamente i circa dieci anni di riflessioni pretorie successive, occorre segnalare che la tematica ha conosciuto di recente una svolta che sembrerebbe definitiva.

In particolare si deve ricordare dapprima l'importante **sentenza n. 8826/2007**<sup>158</sup>, in cui i supremi giudici si sono preoccupati di rimeditare la sovrapposizione operata nel 1999 tra contatto sociale e obbligazione senza prestazione, sostenendo che l'obbligazione derivante dal (l'affidamento indotto dal) contatto sociale ha per contenuto non già la "protezione" del paziente bensì una vera e propria "prestazione", assimilabile a quella che sorge in capo al medico libero professionista in base al contratto di prestazione professionale.

Ciò che muta è la fonte dell'obbligazione (contatto e non contratto, neanche di fatto) e non già il contenuto dell'obbligazione.

Con la sentenza del 2007, infatti, i supremi giudici sembrano superare il concetto di "obbligazione senza prestazione" avanzata da nota dottrina<sup>159</sup>, la quale, qualificando

---

<sup>158</sup> Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ.*, 2007, p. 967 ss., con nota di M. FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*; e in *Danno e resp.*, 10, 2007, p. 980 con nota di V. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*; e in *Resp. civ.*, 2007, p. 1028 con nota di R. PARTISANI, *Il contratto atipico di spedalità e cura: nuove regole di responsabilità*. Vale la pena riportare il passaggio essenziale di tale sentenza: "la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria (v. Cassazione, 9085/06; Cassazione, 1698/06; Cassazione, 19564/04; Cassazione, 11488/04; Cassazione, 13066/04; Cassazione, 10297/04; Cassazione, 9471/04; Cassazione, 11316/03; Cassazione, 589/99). Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione.

Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi. In altri termini, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge: ad es. articolo 593 Cp, Cassazione penale, 4003/78, Soccardo). In assenza di dette ipotesi di vincolo il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cassazione, 589/99)".

<sup>159</sup> Il riferimento è principalmente a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147



l'obbligazione del medico come obbligazione senza prestazione, ricava conseguenze di non poco momento rilevando che “la portata della responsabilità ne risulta diversa rispetto a quella che grava sulla struttura sanitaria: mentre nei confronti di quest'ultima può agire il paziente quando la cura, pur non dannosa, si sia rivelata inutile nonostante aspettative ingenerate e risultati promessi (...), nei confronti del medico che abbia concretamente operato o curato l'azione potrà riguardare esclusivamente i casi in cui la cura nonché inutile si sia rivelata dannosa per la salute del paziente”.

Appare allora evidente il guadagno operato da Cass. 8826/2007, che, escludendo che si tratti di una obbligazione di mera protezione, offre una maggiore tutela al paziente, consentendogli di agire anche nel caso in cui la cura si sia rivelata semplicemente inutile (ancorché non dannosa), cioè per la mera *inalterazione*<sup>160</sup> della condizione clinica del paziente all'esito delle cure o dell'intervento praticato.

In questo quadro, la sentenza del 2007 sembra aderire alle critiche mosse a tale figura da altra autorevole dottrina<sup>161</sup>, che già in sede di commento alla storica sentenza del 1999 aveva demolito l'idea di un'obbligazione medica “senza prestazione” ritenendo invece configurabile in capo al medico una vera e propria obbligazione di prestazione.

---

ss. ; ID., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

<sup>160</sup> Così R. PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*, *op. ult. cit.*, p. 1035, che in ciò coglie un ulteriore discrimen tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale, unitamente alla disciplina dell'onere probatorio e della prescrizione. Così anche M. FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza “scolare” della Cassazione*, *op. ult. cit.*, p. 969.

<sup>161</sup> In particolare, A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, *op. ult. cit.*, p. 446.

L'approdo finale in tema di responsabilità medica è stato suggellato, meno di un anno dopo, dalla storica **sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 577/2008**<sup>162</sup>, che hanno ratificato orientamenti già presenti ma discussi.

Tale pronuncia costituisce il definitivo superamento del sottosistema della responsabilità medica, spazzato via attraverso la risoluta affermazione di principi cardine sul tema.

In particolare la Suprema Corte:

- a) equipara, ai fini della responsabilità, le strutture private a quelle pubbliche;
- b) afferma l'autonomia del rapporto struttura-paziente (non assimilabile al contratto di prestazione professionale, come in precedenza ritenuto, ma basato sul contratto atipico di ospitalità) dal rapporto medico-paziente;
- c) suggella definitivamente la natura contrattuale della responsabilità del medico alla luce della teoria del contatto sociale;
- d) con riferimento alla prova del nesso di causalità, supera la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, uniformando le regole della responsabilità contrattuale (artt. 1218, 1176, 2236 c.c.);
- e) ritiene applicabili anche alla responsabilità medica i principi in materia di prova dell'inadempimento espressi dalla celebre sentenza n. 13533/2001 delle stesse Sezioni Unite, con un sensibile alleggerimento della posizione processuale del paziente, su cui

---

<sup>162</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, nonché p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; e p. 788 con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 77, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*. Sul tema della causalità nella responsabilità medica si veda Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1011 ss., con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*.

grava un mero onere di “allegazione” dell’inadempimento del medico-debitore, astrattamente idoneo a cagionare il danno lamentato<sup>163</sup>.

Rilevato che l’importanza dei temi meriterebbe trattazioni separate che in questa sede non è possibile svolgere, occorre sottolineare, ai fini dell’analisi del tema oggetto del presente lavoro, che la sentenza delle Sezioni Unite in esame accoglie definitivamente la tesi già propugnata a partire dal 1999 della natura contrattuale della responsabilità medica, espressamente riconducendone il fondamento al “contatto sociale” tra medico e paziente; ma diversamente dalla sentenza n. 589/1999, le Sezioni Unite parlano di “responsabilità da contatto sociale” senza alcun riferimento all’obbligazione senza prestazione, lasciando così aperto il dibattito su tale ultima figura.

In sede di commento a tale sentenza, una dottrina<sup>164</sup> ha sostenuto che la pronuncia in esame, lungi dall’abbandonare la categoria dell’obbligazione senza prestazione, incorre in un mero “frintendimento linguistico”: tale impostazione continua a intravedere nella obbligazione del medico una mera obbligazione di protezione, rilevando che “l’obbligazione di protezione che, in mancanza di un contratto, nasce a carico del medico in base al solo affidamento per l’operare della buona fede oggettiva, si caratterizza rispetto alla obbligazione ordinaria perché non vi è una pretesa diretta alla prestazione da parte del paziente, ma ciò non significa che l’operato del medico nei confronti di pazienti, con i quali non è legato da un rapporto contrattuale, non possa valutarsi come prestazione medica con i requisiti che essa abbia nel caso concreto”; e

---

<sup>163</sup> Quanto alla prescrizione, si applicherà il regime della prescrizione ordinaria decennale prevista per i rapporti contrattuali; la giurisprudenza ha precisato che essa “comincia a decorrere dal giorno in cui la malattia viene percepita quale danno ingiusto conseguente all’altrui condotta dolosa e colposa, ovvero può essere percepita come tale, in relazione all’ordinaria diligenza del soggetto leso, e tenuto conto delle comuni conoscenze scientifiche dell’epoca” (Cass. n. 581 e 584/2008; Cass. n. 9085/2006).

<sup>164</sup> A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, op. ult. cit., p. 874.*

aggiunge che “la particolarità dell’obbligazione senza prestazione, fuori dalla cornice di un rapporto obbligatorio ordinario o di un contratto, è soltanto di costituire una pura figura di responsabilità da inadempimento, un diritto di credito (alla protezione) senza pretesa: il paziente non ha diritto di esigere l’adempimento verso quel medico determinato, ma, una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell’inadempimento di quella che è un’obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga”.

Secondo questa impostazione, la diversa fonte dell’obbligazione incide esclusivamente sulla pretesa del paziente, il quale, in presenza di un mero contatto sociale, non può “pretendere” la prestazione dal medico, ma può solo far valere la responsabilità qualora quest’ultimo non ottenga il risultato migliorativo dovuto; il contenuto dell’obbligazione, invece, corrisponderebbe comunque a una prestazione sanitaria di portata identica a quella dovuta dal medico libero professionista nell’ambito di un rapporto contrattuale, così avvicinandosi alla posizione di chi<sup>165</sup> aveva criticato il concetto stesso di “obbligazione senza prestazione”.

---

<sup>165</sup> A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, op. ult. cit. , p. 446.

#### ***1.4. Le ricadute applicative della sentenza delle Sezioni Unite 577/2008***

Occorre ora verificare le ricadute pratiche che la giurisprudenza riconduce all'inquadramento contrattuale della responsabilità medica.

In particolare, con riferimento al problema della prova della causalità, la dottrina ha salutato con favore il commiato alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato<sup>166</sup> sostenendo l'inconsistenza della categoria "obbligazioni di mezzi" in quanto in contraddizione con la previsione (art. 2236 c.c.) di un regime di favore per il professionista che si spiega solo se si accetta l'idea che la responsabilità da inadempimento ha una regime unitario.

L'elaborazione, di matrice francese, della categoria in questione è servita per ricavare, anche all'interno della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, un regime di favore per il debitore che finisce per appiattare la responsabilità del medesimo su quella del passante ex art. 2043 c.c.<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> In realtà tale commiato si era avuto già in precedenza, con Cass., Sez. Un., 2005 n. 15781, in *Eur. dir. priv.*, p. 781 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza alla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; nonché, con riguardo alla responsabilità medica, con Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ.*, 2007, p. 967 ss., con nota di M. FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*; e in *Danno e resp.*, 10, 2007, p. 980 con nota di V. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*.

<sup>167</sup> In questi termini di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, op. ult. cit.*, p. 873, secondo il quale "mentre la mancanza di un rapporto obbligatorio richiede che la responsabilità trovi ragione nel danno ingiusto e nella colpa, elevata a elemento costitutivo, il rapporto obbligatorio è già sufficiente a fondare la responsabilità quale conseguenza dell'inadempimento, onde l'art. 1218 c.c. degrada la colpa a eventuale criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta (e quindi a elemento che impedisce l'esonero dalla responsabilità per impossibilità non imputabile al debitore). Da questo punto di vista perciò, l'obbligazione di mezzi, presa sul serio, riduce l'obbligo a mero dovere di sforzo e così, mimando la responsabilità extracontrattuale, pone inopinatamente la colpa a fondamento della responsabilità proprio in casi in cui la professionalità del debitore è fonte di un particolare affidamento e quindi di una relazione qualificata. E ciò non può non risultare persino stridente quando si tratta della responsabilità del medico,

Si è cercato di ricreare all'interno dell'area della responsabilità contrattuale un particolare regime per i professionisti che finiva per riprodurre i canoni meno aggressivi della responsabilità extracontrattuale, fondandosi sul binomio diligenza-colpa.

Trasponendo questo regime nell'ambito della responsabilità medica, si giunge alla radice di quel "sottosistema" creato per i medici di cui ora si celebra lo sgretolamento.

Le Sezioni Unite, con la sentenza in esame, spazzano via tale modello in quanto privo di una reale base positiva riportando tutte le obbligazioni alla regola generale di cui all'art. 1218 c.c., comprese le obbligazioni professionali, cui si applica il solo *favor* previsto dall'art. 2236 c.c..

L'abbandono della categoria dell'obbligazione di mezzi, che finiva per distaccare la prestazione debitoria dall'aspettativa creditoria di adempimento sgretolando in definitiva il rapporto obbligatorio in due parti non coincidenti, comporta che l'obbligazione del medico non può ritenersi limitata al "non ledere" la sfera soggettiva ma deve "apprestare un risultato utile al creditore in quanto capace – sebbene a una considerazione *ex ante* – di dar principio (quale risultato intermedio) al processo di realizzazione dell'interesse finale di quest'ultimo"<sup>168</sup>.

E riconoscere che l'obbligazione del medico, lungi dal limitarsi a un mero sforzo di diligenza, tende alla garanzia del risultato, come quella di un qualunque altro debitore, significa eliminare la possibilità per il medico di sottrarsi a responsabilità

---

il risultato della cui attività è addirittura funzionale alla tutela della salute del creditore (diritto fondamentale e interesse della collettività secondo l'Art. 32 Cost.)". Secondo l'Autore, trova così accoglimento in giurisprudenza l'autorevole opinione (L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 177 ss..) secondo la quale l'obbligazione esige una corrispondenza della prestazione debitoria all'interesse del creditore ai sensi dell'art. 1174 c.c. cosicché l'oggetto della prestazione, lungi dall'esaurirsi in un sforzo di diligenza autoreferenziale, postula un *risultato* che si possa misurare in termini di utilità o convenienza per il creditore.

<sup>168</sup> Così A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, op. ult. cit., p. 874.

semplicemente introducendo elementi che mettano in dubbio la colpa professionale: il medico dovrà fornire una prova ben più pregnante in ordine al raggiungimento del risultato ovvero alla sua impossibilità per causa a lui non imputabile.

Il guadagno pratico fondamentale del commiato all'obbligazione di mezzi, come giustamente rilevato<sup>169</sup>, è dato proprio dalla più netta definizione del confine tra le due forme di responsabilità.

Con riferimento ai profili probatori dell'inadempimento, è evidente che la scelta di campo a favore della responsabilità contrattuale comporta l'abbandono del prototipo della responsabilità basata sulla colpa e pone il problema dell'estensione dei principi affermati in tema di prova dell'inadempimento dalla giurisprudenza di legittimità con l'arresto delle Sezioni Unite n. 13533/2001 alla responsabilità medica.

Anche sotto questo profilo può ritenersi ormai superato il sottosistema precedente, posto che la sentenza in esame stabilisce che in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, mentre competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Ancora A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, op. ult. cit.*, p. 878.

<sup>170</sup> Già con alcune importanti sentenze del 2004, la Cassazione, in ossequio al principio di vicinanza della prova, aveva di fatto esteso i principi affermati dalle Sezioni Unite con la pronuncia 13533/2001 alla responsabilità medica, sancendo il superamento della vecchia distinzione tra interventi di difficile esecuzione (nel qual caso gravava sul paziente l'onere di provare le modalità erranee di esecuzione) e

Restano ancora le perplessità in ordine all'applicazione del medesimo regime probatorio anche all'inesatto adempimento, non distinguendosi tale ricorrente fattispecie dalla meno frequente ipotesi di inadempimento totale.

Già la sentenza del 2001<sup>171</sup> appariva a una parte dei commentatori eccessiva laddove pretende di uniformare i regimi probatori dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento, atteso che qualora il creditore-paziente faccia valere l'inesatto adempimento dell'obbligazione medica proprio il principio di vicinanza della prova imporrebbe che sia il creditore a dover provare tale inesattezza.

Tale critica si rinnova<sup>172</sup> al cospetto dell'estensione, operata dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2008, dei principi enunciati nel 2001 alla responsabilità del medico, nei confronti del quale la giurisprudenza assume un atteggiamento persino eccessivamente rigoroso laddove gli impone di provare che "tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno";

---

interventi di routine (nel qual caso, invece, era accollato al medico l'onere della prova che l'intervento era comunque stato effettuato in modo diligente e che l'esito peggiorativo dipendeva da fattori imprevisi o imprevedibili) e accollando al paziente il solo onere di allegazione dell'inadempimento del medico, così da alleggerirne la posizione processuale. Cfr. Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 23 ss, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*. Per un ulteriore commento sul nuovo indirizzo giurisprudenziale fatto proprio dalle suddette sentenze, U. IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130.

Si veda anche G. VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*, op. ult. cit., p. 793 ss., che giustamente sottolinea come il superamento della distinzione tra interventi facili e interventi difficili corrisponde al tendenziale abbandono della più generale dicotomia tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi.

<sup>171</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Foro it.*, 2002, I, p. 769, con nota di P. LARGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349, con nota di MEOLI. Per un approfondimento sulla citata sentenza, cfr. inoltre G. R. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903.

<sup>172</sup> A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, op. ult. cit., p. 878; M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, op. ult. cit., p. 1002 ss..



tanto rigore ha portato autorevole dottrina a concludere che con la pronuncia 577/2008 si compie per il medico il lungo percorso da una responsabilità basata sulla colpa, extracontrattuale o contrattuale nei casi di inadempimento di obbligazioni di mezzi a seconda dell'impostazione preferita, a una sorta di responsabilità oggettiva, assimilabile addirittura a una garanzia<sup>173</sup>.

## **2. La responsabilità dell'insegnante per le lesioni dell'alunno**

Una recente pronuncia delle Sezioni Unite<sup>174</sup> ha allargato il campo di applicazione della teoria del contatto sociale alla responsabilità dell'insegnante per le lesioni che l'alunno cagioni a se stesso.

---

<sup>173</sup> Parla di grave sbilanciamento della responsabilità a danno del medico sul piano della prova A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, op. ult. cit., p. 878, il quale mette in evidenza anche una contraddizione direttamente connessa all'operatività della teoria del contatto sociale: pur essendo il paziente, in virtù dell'obbligazione senza prestazione in capo al medico, privo di una pretesa alla prestazione nei confronti del medico, "la giurisprudenza reputa che l'onere della prova per la domanda di risarcimento dei danni sia equivalente a quello della domanda di adempimento"; "ma in questi casi l'equivalenza non è predicabile, in quanto il paziente non è legittimato a una domanda di adempimento (...) e pertanto il fatto a fondamento del diritto fatto valere non può che essere l'inadempimento del medico la cui prova spetta all'attore".

<sup>174</sup> Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1022 ss. con nota di G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1293 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore a se stesso*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 51 ss., con nota di A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 273 ss., con nota di R. BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*. Cass. 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 491, con nota di I. CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*; Cass. 6 giugno 2005, n. 12966, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 335; Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1081; Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce cit., n. 303.

Il problema di fondo attiene alla possibilità di applicare alla descritta fattispecie la norma dettata in tema di responsabilità dei precettori dall'art. 2048 c.c..

Tale norma disciplina, come noto, la responsabilità dei precettori e di coloro che insegnano un mestiere o un'arte per i danni cagionati dal fatto illecito dei loro allievi o apprendisti per il tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Secondo l'interpretazione prevalente della norma, essa regola le fattispecie di danno cagionato dall'allievo a terzi, di tal che dovrebbe risolversi negativamente il problema relativo alla possibilità di interpretare in modo estensivo la norma in modo da ricomprendere nel suo campo applicativo anche fattispecie diverse, come quella del danno cagionato dall'allievo a se stesso (autolesioni).

Su tale problema le opinioni si sono divise: una prima maggioritaria impostazione parte dal presupposto che l'art. 2048 c.c. si pone all'interno del complesso sistema della responsabilità civile come norma eccezionale rispetto alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.<sup>175</sup>, di tal che dovrebbe escludersi ogni forma di interpretazione analogica dovendo ritenersi che l'inversione dell'onere della prova in essa contemplato possa applicarsi esclusivamente al caso di danno cagionato dall'allievo al terzo (spesso a un altro allievo) ma non nell'ipotesi di autolesioni, che dunque rientrerebbe nella regola generale di cui all'art. 2043 c.c.<sup>176</sup>.

All'altro orientamento, più attento all'esigenza di tutela dell'allievo, che riteneva di applicare indifferentemente l'art. 2048 anche al caso dell'autolesione, hanno aderito,

---

<sup>175</sup> Cass., 13 maggio 1995, n. 5268, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 239, con nota di L. ZACCARIA, *Sulla responsabilità civile del personale scolastico per i danni sofferti dal minore*; Cass., 10 febbraio 1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, c. 506, con nota di V. PANDOLFINI, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo*.

<sup>176</sup> In tal senso, in dottrina, M. FRANZONI, *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, nota a Cass., 24 febbraio 1997, n. 1683, in *Danno e Resp.*, 1997, 4, p. 454.

attraverso *obiter dicta*, alcune pronunce di legittimità<sup>177</sup> che, tuttavia, non riguardavano la fattispecie delle autolesioni.

Le Sezioni Unite, dopo aver rilevato l'inconsistenza dell'orientamento estensivo, accolgono una diversa impostazione del problema.

In primis, l'art. 2047 c.c., norma "gemella" rispetto all'art. 2048 c.c., che contiene una presunzione di colpa in capo ai soggetti tenuti alla sorveglianza degli incapaci di intendere e volere, viene applicata dalla prassi pretoria ai soli danni arrecati ai terzi di tal che sarebbe illogico differenziare il campo di applicazione dell'art. 2048 c.c..

Inoltre si evidenzia un argomento letterale: alla base dell'aggravio della responsabilità vi è il fatto illecito del soggetto educato o vigilato, ciò che mancherebbe nel caso delle lesioni cagionate dal medesimo a se stesso.

Infine, la Corte rileva che tale norma si inserisce in un sistema di responsabilità per danni cagionati a terzi e che il disposto in esame "è concepito come norma di "propagazione" della responsabilità, in quanto, presumendo una culpa in educando o in vigilando chiama a rispondere genitori, tutori, precettori e maestri d'arte per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi. La responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori, tutori, precettori e maestri d'arte.

---

<sup>177</sup> Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1972, n. 260, in *Giust. Civ.*, 1972, I, p. 245; in *Giur. It.*, 1972, I, 1, p. 1310 e in *Foro It.*, 1972, I, c. 3522, con nota di M. GROSSI; Cass., Sez. Un., 26 giugno 1998, n. 6331, in *Foro It.*, 1999, I, c. 1574, con nota di F. DI CIOMMO, *Danno allo scolaro e responsabilità quasi oggettiva della scuola*; Cass., Sez. Un., 11 agosto 1994, n. 7454, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1071, con nota di R. SETTESOLDI, *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter dictum delle Sezioni Unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di colpa prevista dall'art. 2048, comma 2, c.c.?*; nonché in *Danno e resp.*, 1998, p. 260, con nota di M. ROSSETTI, *La P.A. risponde del danno causato dall'alunno a se stesso*; solo Cass., Sez. Un., n. 8390/1995, all'interno dell'orientamento favorevole all'applicazione estensiva dell'art. 2048 c.c. aveva ad oggetto un caso di autolesioni, ma in relazione al riparto di giurisdizione, di tal che il contrasto era tra massime più che tra decisioni. In dottrina, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 701, secondo il quale "la colpa presunta degli insegnanti concerne anche il danno che l'allievo arrechi a se stesso in quanto l'obbligo di vigilanza è imposto in primo luogo a tutela dei minori loro affidati".

E giova osservare che nel senso che la norma in esame sia dettata a protezione dei terzi, esposti al rischio di un danno conseguente all'agire dei minori, è orientata la prevalente dottrina”.

Ma la vera novità si ritrova nel passaggio successivo: la Corte, una volta esclusa l'applicabilità della presunzione ex art. 2048 comma 2, anzicchè virare comodamente verso i lidi già noti dell'illecito aquiliano, qualifica sia la responsabilità dell'istituto<sup>178</sup> che la responsabilità dell'insegnante come responsabilità contrattuale.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> Con riguardo alla posizione dell'istituto, le Sezioni Unite affermano che “l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determina infatti l'instaurazione di un vincolo negoziale, in virtù del quale, nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto, deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a sé stesso (in tal senso, espressamente, v sent. n.2485/58 e n. 2110/74, entrambe relative ad istituti privati, ma il principio è da ritenere operante anche in relazione alla scuola pubblica)”. Tale affermazione capovolge un pregresso orientamento che, sul problema della natura giuridica del rapporto tra istituto e allievo, optava per la natura pubblicistica, qualificando come mero atto amministrativo l'iscrizione scolastica: in giurisprudenza si veda Cass., Sez. Un., 9 aprile 1973, n. 997, in *Resp. civ. prev.*, 1973, p. 262; in dottrina, per tutti, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, Milano, 1999, p. 20.. Secondo altra parte della dottrina (F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, *Giurisprudenza civile*, 2005, Giuffrè, p. 201) dovrebbe distinguersi il momento della costituzione del rapporto, sicuramente originato da un atto amministrativo, dal concreto svolgimento del rapporto, che coinvolge la prestazione del servizio pubblico ma contempla anche una serie di obbligazioni reciproche, come tali disciplinate dalle norme codicistiche.

Si veda anche A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, op. ult. cit., p. 54 ss., che esprime perplessità sull'inquadramento negoziale dell'atto di ammissione alla scuola pubblica, posto che la P.A. è priva di discrezionalità, mentre nessun dubbio può sollevarsi sul rapporto con le scuole private, laddove la negozialità appare evidente.

<sup>179</sup> Occorre chiarire sinteticamente le problematiche derivanti dall'innovazione apportata al sistema della responsabilità civile del personale scolastico statale dalla L. 11 agosto 1980, n. 312. L'art. 61, al 1° e 2° comma, dispone che “la responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi ...”, applicando tale limitazione “anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamento degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi”.

In tal modo il legislatore ha inteso, da un lato, individuare nella Pubblica Amministrazione l'unico soggetto provvisto di legittimazione passiva nel giudizio promosso dal terzo per ottenere il risarcimento del danno cagionatogli dall'allievo e, dall'altro, attenuare la responsabilità del personale scolastico, attesa l'interpretazione rigorosa dell'art. 2048 da parte della giurisprudenza.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tale norma in riferimento all'art. 28 Cost. (che stabilisce la responsabilità civile diretta dei pubblici dipendenti verso i terzi) ha ritenuto infondata la questione (Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 64, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, p. 1618 con nota di M.

---

COMBA, *Ulteriore estensione della responsabilità dell'amministrazione ex art. 28 Cost.*, e in *Foro Amm.*, 1993, p. 1220 con nota di F. STADERINI, *Ancora sulla responsabilità degli insegnanti*).

Sulla disposizione, ora riprodotta dall'art. 574 d.lgs. 297/1994, si soffermano le Sezioni Unite, "a miglior chiarimento delle considerazioni svolte in relazione alla sentenza n. 7454/97 (sub n. 6.3.), per quanto concerne gli insegnanti di scuole statali, in riferimento all'applicazione della disciplina speciale dettata dall'art. 61 della legge n. 312 del 1980.

Non rileva, a fini in esame, il comma 1, concernente la responsabilità patrimoniale dell'insegnante (e degli altri soggetti ivi indicati) per i danni che gli alunni abbiano arrecato direttamente all'Amministrazione (danneggiando strutture, materiale o arredi).

Va invece preso in esame il comma 2, prima parte, per rilevare che tale norma prevede la limitazione della responsabilità del personale ai soli casi di dolo o colpa grave "verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamento degli alunni sottoposti alla vigilanza", e va quindi intesa, con stretta aderenza alla lettera della norma, nel senso che il limite è fissato "verso l'Amministrazione" e non verso i terzi. Si tratta, quindi, di un limite destinato ad operare nell'ambito dell'eventuale giudizio di rivalsa che l'Amministrazione intraprenda contro l'insegnante davanti alla Corte dei conti, dopo aver subito una condanna a favore del terzo danneggiato.

Non può pertanto condividersi la tesi secondo cui la norma ora richiamata, ponendo la menzionata limitazione, avrebbe escluso l'applicabilità della presunzione di responsabilità ex art. 2048, comma 2, anche nelle controversie di risarcimento danni per colpa in vigilando promosse da terzi nei confronti degli insegnanti statali (così la sent. n.7454/97), ed addirittura anche nei confronti dell'Amministrazione (così la sent. n. 2463/95).

Per quanto concerne l'Amministrazione, è sufficiente notare che il citato art. 61 era ispirato da esigenze di tutela verso il personale scolastico, e non già verso l'Amministrazione, per cui eccede manifestamente le finalità della norma volgerla a tutela di quest'ultima, esentandola, senza plausibile ragione, dalla presunzione di cui all'art. 2048, comma 2 (nei limiti in cui è operante), nei giudizi di responsabilità connessa all'attività di vigilanza sugli alunni promossi da terzi danneggiati, così determinando un ingiustificato aggravio, sul piano probatorio, della posizione processuale del danneggiato.

Quanto agli insegnanti, la sottrazione degli insegnanti statali alle conseguenze, ritenute troppo gravose della affermata applicabilità nei loro confronti (per costante giurisprudenza) della presunzione di cui all'art. 2048, comma 2 (nei limiti in cui è operante), nei giudizi di danno per colpa in vigilando, è realizzata con la legge n. 312 del 1980 non già sul piano sostanziale, incidendo sull'operatività dell'art. 2048, comma 2, nei detti giudizi, perché una siffatta volontà non emerge dal tenore dell'art. 61, comma 2, prima parte, che riguarda solo il giudizio di rivalsa tra Amministrazione ed insegnante, bensì esclusivamente sul piano processuale stabilendo, nel comma 2, seconda parte, che "salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi".

Quest'ultima norma, secondo la concorde opinione della dottrina e della giurisprudenza (sent. n. 2463/95; n. 7454/97; n. 6331/98), esclude infatti in radice la possibilità che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da colpa in vigilando (in tal senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 64/92, che ha escluso che tale privilegio processuale sia in contrasto con l'art. 26 Cost.).

La tutela opera quindi sul piano strettamente processuale, mediante l'esonero dell'insegnante statale dal peso del processo, nel quale unico legittimato passivo è il Ministero della pubblica istruzione. E poiché la norma in esame non pone distinzioni circa il titolo, contrattuale o extracontrattuale (nei sensi precisati sub n. 7.2.5.), dell'azione risarcitoria vanno condivise (anche se con le diverse argomentazioni suesposte) le conclusioni alle quali è pervenuta la sentenza n. 7454/95, ribadendo che la legittimazione passiva dell'insegnante è esclusa non solo nel caso di azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno (nella quale sia invocata, nell'ambito di una azione di responsabilità extracontrattuale, la presunzione di cui all'art. 2048, comma 2), ma anche all'ipotesi di danni arrecati dall'allievo a sé stesso (ipotesi da far valere, per quanto sopra osservato, secondo i principi della responsabilità contrattuale ex art.1219).

In entrambi i casi, qualora l'Amministrazione sia condannata a risarcire il danno al terzo (ed è tale rispetto al successivo rapporto di rivalsa tra Amministrazione ed insegnante anche l'alunno che si sia

In particolare, la relazione qualificata derivante dal contatto sociale tra allievo e insegnante farebbe sorgere in capo a quest'ultimo, accanto all'obbligo di istruire ed educare, anche un obbligo di protezione onde evitare che l'allievo procuri a se stesso lesioni, la cui violazione sarebbe sanzionata dalla responsabilità di natura contrattuale ex art. 1218 c.c..

In questo modo, come efficacemente rilevato in dottrina<sup>180</sup>, le Sezioni Unite raggiungono l'obiettivo di attribuire una tutela più adeguata all'allievo, senza intaccare né forzare le fondamenta del sistema della responsabilità civile in generale e dell'art. 2048 in particolare.

Infatti la qualificazione della responsabilità dell'insegnante come contrattuale da contatto sociale comporta de plano l'applicazione del regime probatorio previsto per tale tipologia di responsabilità, in particolare il regime adottato dalla citata sentenza n. 13533/2001.

Ne deriva, secondo le Sezioni Unite, che nelle controversie per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, l'attore dovrà

---

autodanneggiato), l'insegnante sarà successivamente obbligato in via di rivalsa soltanto nel caso in cui sia dimostrata la sussistenza del dolo o della colpa grave.

Il diverso titolo di imputazione della responsabilità posto a fondamento dell'azione risarcitoria contro l'Amministrazione rileverà, ovviamente, sull'incidenza e la portata dell'onere probatorio, operando, nei confronti dell'Amministrazione, unico soggetto passivamente legittimato, la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2048, comma 2, solo nell'ambito e nei limiti sopra precisati".

Cfr. Cass., Sez. Un., 11 agosto 1994, n. 7454, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1071, con nota di R. SETTESOLDI, *La responsabilità civile degli insegnanti statali: l'obiter dictum delle Sezioni Unite segna definitivamente il tramonto della presunzione di colpa prevista dall'art. 2048, comma 2, c.c.?*; nonché in *Danno e resp.*, 1998, p. 260, con nota di M. ROSSETTI, *La P.A. risponde del danno causato dall'alunno a se stesso*; tale sentenza si segnala anche perché estende l'applicazione del regime ex art. 61 anche alle autolesioni, al fine di evitare una ingiustificata differenziazione rispetto al regime delle lesioni cagionate dall'allievo a terzi. Tale ragionamento, come sottolineato in dottrina (M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione, op. ult. cit.*, p. 107), manca nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2002, laddove la Corte invece non esita a differenziare la disciplina del danno ai terzi (art. 2048, comma 2) dalle autolesioni (art. 1218).

L'indirizzo accolto dalle Sezioni Unite nel 2002 è stato da ultimo ribadito da Cass., 31 marzo 2008 n. 8308, su [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

<sup>180</sup> S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale, op. ult. cit.*, p. 54 ss..

quindi soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto mentre sarà onere della controparte dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a loro non imputabile.

È evidente che tale regime probatorio possa ritenersi assolutamente simile a quello contemplato per i danni cagionati a terzi dall'art. 2048 c.c., norma che prevede l'inversione dell'onere probatorio a favore del danneggiato in base alla presunzione di colpa in capo al precettore, cui è consentito liberarsi dalla responsabilità solo provando di non aver potuto impedire il fatto<sup>181</sup>.

Si è tuttavia rilevato<sup>182</sup> come lo sforzo dei Supremi Giudici di sollevare il danneggiato dall'onere della prova della responsabilità dell'insegnante, potrebbe dimostrarsi vano, poiché il riconoscimento di una responsabilità diretta contrattuale in capo all'istituto attrarrà le doglianze sugli istituti stessi, essendo più conveniente tale azione rispetto all'azione contro l'insegnante per la maggiore solvibilità degli stessi.

All'impostazione accolta dalle Sezioni Unite nel 2002 si è conformata la pressochè unanime giurisprudenza successiva, sia di legittimità<sup>183</sup> che di merito<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Sull'onere della prova nel caso di lesioni cagionate dall'allievo a terzi si veda, da ultimo, Cass., 22 aprile 2009, n. 9542, che ha affermato che per superare la presunzione di responsabilità che grava sull'insegnante per il fatto illecito dell'allievo non è sufficiente la sola dimostrazione di non essere stato in grado di porre in essere un intervento correttivo dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno "ma è necessario anche dimostrare di aver adottato in via preventiva tutte le misure disciplinari e organizzative idonee a evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale".

<sup>182</sup> S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale, op. ult. cit.*, p. 62.

<sup>183</sup> Cass., 21 marzo 2007, n. 8067, in *Danno e resp.*, 2007, p. 811; Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 281; Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 302; Cass. 11 novembre 2003, n. 16947, in *Foro it.*, 2004, I, p. 426; Cass., 23 luglio 2003, n. 11453.

<sup>184</sup> Si veda Trib. Catanzaro, 18 maggio 2009, su *www.altalex.it*, che, con riguardo a un caso di suicidio dell'allieva avvenuto nell'istituto scolastico durante l'orario di lezione, riconosce la responsabilità del Ministero per non aver (provato di aver) effettuato, l'insegnante in questione, i controlli sull'assenza e sugli spostamenti dell'allieva; la pronuncia è di particolare interesse in quanto, attesa la natura contrattuale della responsabilità a cagione del contatto sociale, attribuisce agli attori anche il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, sulla scia della sentenza delle Sezioni Unite n. 26972

Diversamente, la dottrina ha sollevato non poche perplessità nei confronti del dictum delle Sezioni Unite: in primo luogo, si è contestato il differente trattamento riservato dai Supremi Giudici al danno cagionato dall'allievo ai terzi (e in particolare ad altro allievo), cui si applicherebbe la responsabilità aggravata ex art. 2048, rispetto alle autolesioni, sul presupposto che anche gli altri allievi devono ritenersi "coperti" dall'obbligo di protezione configurabile in capo al precettore<sup>185</sup>, col risultato di una

---

dell'11.11.2008, qualificando come contratto di protezione quello che si instaura tra allievo e precettore; Trib. Bari, 7 maggio 2009, n. 1518, su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); Trib. Torino, 5 giugno 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 425 ss., con nota di P. SANTORO, *Responsabilità dell'istituto e dell'insegnante per i danni cagionati dall'allievo a se stesso*; Trib. Catania, 3 maggio 2006, n. 1478, su [www.altalex.it](http://www.altalex.it); che sembra contestare il riparto dell'onere della prova definito dalle Sezioni Unite nel 2002 quando afferma che la questione "non può essere risolta, quindi, affermando in maniera generalissima e genericissima che «nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, l'attore dovrà quindi soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sarà onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a loro non imputabile» (Cass. Sez. Unite, 27 giugno 2002, n. 9346). Ciò che accadrà è che, in relazione alla concreta natura delle lesioni e alle concrete circostanze nelle quali esse sono state causate (così come, nei casi di responsabilità professionale dei medici, in relazione alla concreta natura delle patologie e delle circostanze oggetto del contendere) potrà – o, in relazione alla stessa concreta natura delle lesioni e delle circostanze, non potrà – ritenersi sussistente quella che Cass. Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, più volte citata, ha definito come «una presunzione semplice» in ordine all'inadeguata o negligente prestazione dell'insegnante (o del medico, o dell'altro debitore del quale si discuta). E sembra del tutto evidente che tale presunzione non potrà ritenersi sussistente in tutti i casi, ma solo in quelli nei quali la concreta vicenda oggetto del contendere la giustifichi. Dunque, se in una scuola materna un bimbo di tre anni verrà restituito ai genitori ferito e la maestra riferirà di non sapere come egli si sia procurato quelle ferite, si potrà e dovrà presumere – in mancanza di una prova del contrario – che la maestra medesima non abbia adempiuto correttamente la propria obbligazione di custodia del bimbo affidato alle sue cure. Ma se, come nel caso di specie, un ragazzo di quindici anni e mezzo (questa è l'età che l'odierno attore aveva quando è accaduto l'incidente controverso) lamenta di essersi fatto male «sbattendo il ginocchio destro sui denti» mentre «eseguiva un esercizio di salto in alto», nessuna presunzione di responsabilità può ipotizzarsi a carico degli insegnanti e della scuola e l'azione di risarcimento dei danni dovrà fondarsi su concrete allegazioni e su prove delle medesime offerte dalla parte attrice"; Trib. Ancona, 19 settembre 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 310; Trib. Cagliari, 5 maggio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 340; Trib. Milano, 13 novembre 2003, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Responsabilità civile*, n. 301; Trib. Roma, 17 febbraio 2003, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Responsabilità civile*, n. 238.

Si rileva (M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione, op. ult. cit.*, p. 116), tuttavia, come la giurisprudenza non abbia esteso il nuovo indirizzo basato sulla teoria del contatto sociale ad fattispecie simili relative a minori autolesionisti, come per la responsabilità dell'accompagnatore per i danni del minore in gita: Cass., 27 ottobre 2003, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 133, con nota di M. GORGONI, *Condotta autolesiva del minore, vigilanza ex lege e diligenza nell'organizzazione di un soggiorno invernale riservato ai minori*.

<sup>185</sup> M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione, op. ult. cit.*, p. 111 ss., il quale aderisce alla tesi di chi (F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, *op. ult. cit.*, p. 2640) sostiene che è verosimile attendersi che la parificazione del trattamento si



ridefinizione, in prospettiva, del campo di applicazione della responsabilità da contatto sociale e dell'art. 2048 c.c..

Altra dottrina<sup>186</sup> ha contestato lo stesso fondamento della responsabilità di natura contrattuale: piuttosto che derivare dal contatto sociale, l'obbligo di protezione sarebbe una *obbligazione ex lege*, ciò che non muta in modo sostanziale il problema del regime applicabile.

Si è inoltre criticata l'utilizzazione della teoria del contatto sociale in una fattispecie (autolesioni) ritenuta non assimilabile a quella del medico dipendente della struttura ospedaliera, in relazione alla quale quella teoria era stata in principio elaborata: in questo quadro, una dottrina<sup>187</sup>, dopo aver evidenziato che la figura del contatto sociale si addice probabilmente più alla posizione del precettore che del medico dipendente (nel qual caso sarebbe configurabile un vero e proprio contratto col paziente), conclude, tuttavia, che appare dubbio che la figura dell'insegnante possa ricondursi al "professionista", in presenza del quale è possibile individuare una responsabilità da contatto sociale, in quanto la professionalità del docente si manifesta piuttosto nell'insegnare che nel tutelare la salute dell'allievo.

Infine, si è rilevato che il nuovo indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite finisce per produrre una proliferazione delle richieste risarcitorie, incentivate dalla favorevole posizione processuale ritagliata in capo al danneggiato e dalla *probatio diabolica*

---

realizzerà con il ridimensionamento dell'art. 2048 e l'attrazione dell'intera area della responsabilità degli insegnanti e dei soggetti equiparati all'area della responsabilità contrattuale; si arriverebbe così a differenziare non già l'allievo autolesionista dagli altri allievi, bensì la responsabilità verso tutti gli allievi (per autolesioni o lesioni ad altro allievo), che sarebbe contrattuale atteso l'obbligo di protezione gravante sul precettore nei confronti di tutti gli allievi, rispetto alla responsabilità per danno ai terzi, i quali, essendo indeterminati, non sarebbero soggetti all'obbligo di protezione e dunque sarebbero *de residuo* coperti dall'art. 2048 c.c..

<sup>186</sup> F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.. op. ult. cit.*, p. 2639.

<sup>187</sup> S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale, op. ult. cit.*, p. 64 ss..

richiesta all'istituto; a ciò si aggiunge che, di fatto, il ricorso alle coperture assicurative fa sì che l'istituto sia disincentivato all'adozione delle cautele richieste e alla difesa giudiziale e dalla legge, con l'ulteriore effetto negativo della mancata protezione degli allievi.

### ***3. La responsabilità della Pubblica Amministrazione come responsabilità da contatto***

La teoria del contatto sociale ha conosciuto una ulteriore applicazione nell'ambito della macroarea della responsabilità della P.A.

All'indomani della caduta del dogma della irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi ad opera della storica sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite<sup>188</sup>, i problemi intorno alla responsabilità della P.A. si sono imposti al centro del dibattito sollevando una serie di questioni che a tutt'oggi non hanno ancora ricevuto una sistemazione definitiva.

Con tale pronuncia, i giudici di legittimità, nell'ambito di una più ampia rivisitazione della portata dell'art. 2043 c.c. e dell'ingiustizia del danno ingiusto, riconducono la

---

<sup>188</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, con i seguenti commenti: A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.* 1999, p. 981 ss.; F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.* 1999, p. 4051 ss., e F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 338 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.* 1999, p. 848 ss.; analogamente E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Danno e resp.* 1999, 963.

risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità extracontrattuale di tal che il privato che domandi il risarcimento deve provare l'evento dannoso e la sua riferibilità causale a una condotta della P.A., l'ingiustizia del danno e la colpa "di organizzazione" della P.A.<sup>189</sup>.

La Cassazione, inoltre, opta per una concezione sostanzialistica dell'interesse legittimo, laddove collega la risarcibilità della lesione a un giudizio prognostico, affidato al giudice ordinario<sup>190</sup>, sulla spettanza del bene della vita, specie se l'interesse legittimo violato sia di tipo pretensivo.

La via tracciata dalle Sezioni Unite nel 1999 è stata definitivamente spianata dal legislatore con la legge 205/2000 di riforma del processo amministrativo, la quale ha espressamente attribuito, riscrivendo l'art. 7 legge TAR (legge n. 1074/1971), al giudice

---

<sup>189</sup> Come giustamente rilevato dalla dottrina che ha commentato la decisione, ampliate le maglie della responsabilità, ammettendo al risarcimento talune lesioni di interessi legittimi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 22 luglio 1999, n. 500, tendono a limitare i casi di risarcimento attraverso la rete contenitiva costruita sull'interpretazione dell'elemento soggettivo.

<sup>190</sup> Il modello elaborato dalle Sezioni Unite prevedeva che il "diritto" al risarcimento del danno dovesse essere richiesto al giudice ordinario, in quanto giudice naturale dei diritti, con ciò innescando un meccanismo basato su un doppio processo (amministrativo per l'annullamento del provvedimento lesivo e ordinario per il risarcimento) che, secondo la dottrina (F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2007, p. 170), determinava l'abbandono della "pregiudiziale amministrativa" (il G.O. avrebbe potuto valutare l'illegittimità del provvedimento amministrativo *incidenter tantum* al solo fine di attribuire il risarcimento, senza la necessità del pregiudiziale annullamento del provvedimento da parte del G.A.). Come subito si dirà, tale modello è stato subito superato dalla legge di riforma del processo amministrativo, che ha attribuito allo stesso G.A. la competenza sul risarcimento del danno, lasciando però ancora aperto il dibattito sulla pregiudiziale amministrativa intesa come previa necessità dell'annullamento del provvedimento lesivo). Il problema della "pregiudiziale amministrativa", anche dopo la riforma del processo amministrativo con la legge 205/2000, è ancora lontano da una soluzione definitiva, investendo la stessa struttura del processo amministrativo; sul punto si può in linea generale affermare che la giurisprudenza amministrativa prevalente tende ancora ad affermare la necessità della pregiudiziale amministrativa (cfr., Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2007 n° 12, e tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, 31 marzo 2009 n° 1917; *contra*, Cons. Stato, 31 maggio 2007 n° 2822, C.G.A., 18 maggio 2007 n° 386) mentre la giurisprudenza di legittimità è decisamente contraria (cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n° 30254). La tesi contrattualistica (C. CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli 2005, p. 704 ss.) sostiene che la c.d. pregiudiziale amministrativa va superata perché, dato il collegamento della responsabilità alla violazione di un rapporto obbligatorio, l'accertamento dell'illegittimità ed il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno prescindono dall'annullamento dell'atto; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 1262 ss..

amministrativo il potere di condannare la P.A. al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi (anche) nell'ambito della giurisdizione di legittimità<sup>191</sup>.

Con ciò la riforma del processo amministrativo ha, da un lato, confermato il principio della risarcibilità di tali lesioni, ma dall'altro lato ne ha attribuito la competenza allo stesso giudice amministrativo, sconfessando sotto questo profilo il modello elaborato dai Supremi Giudici nel 1999 che chiamava in causa il giudice ordinario, e lasciando aperte tutte le problematiche di carattere tecnico in merito alla natura e al regime della responsabilità sancita.

Dopo aver sinteticamente ripercorso la vicenda che ha condotto all'affermazione del principio di risarcibilità dell'interesse legittimo, occorre in questa sede rilevare che, con riferimento al problema della natura giuridica della responsabilità della P.A., gran parte della giurisprudenza post-riforma ha seguito l'orientamento delle Sezioni Unite in ordine alla natura extracontrattuale di tale responsabilità con applicazione del relativo regime in ordine alla prova dell'evento dannoso, alla colpa "di organizzazione" della P.A., al giudizio di spettanza del bene della vita e alla disciplina della prescrizione.

Accanto a tale orientamento maggioritario, possono però individuarsi tre altri modelli cui è stata ricondotta la responsabilità della P.A.: responsabilità precontrattuale, responsabilità speciale e responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato.

Si deve in questa sede porre l'attenzione su quest'ultimo indirizzo, il quale, riprendendo le considerazioni effettuate in precedenza da autorevole dottrina<sup>192</sup>,

---

<sup>191</sup> Per la giurisdizione esclusiva, già il decreto 80/1998 aveva previsto la tutela risarcitoria per il privato davanti al G.A..

<sup>192</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, op. utl. cit.; G. P. CIRILLO, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001; ID., *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. L'introduzione e l'indice di uno studio*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale la sentenza

riconduce la responsabilità dell'amministrazione alla responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato.

Tale filone, ancora minoritario attualmente, poggia su un assunto fondamentale: la revisione, in chiave moderna, del rapporto tra privato e P.A., non più nell'ottica della supremazia dell'amministrazione rispetto alle posizioni del privato ma fondato su un principio di parità tra le parti in ossequio al principio di buona amministrazione.

Questa tesi considera inadeguato il riferimento all'illecito extracontrattuale effettuato dalla sentenza n. 500/1999 in quanto appare riduttivo applicare la responsabilità del passante al rapporto che si instaura tra privato e P.A. ai fini dell'emanazione di un provvedimento amministrativo.

Ciò in particolare laddove si consideri che la L. 241/1990 ha regolamentato, anche attraverso una serie di revisioni successive, tutte le fasi del procedimento amministrativo, che dunque si pone come il luogo non fisico in cui si svolge il rapporto tra privato e amministrazione.

Con l'instaurarsi del procedimento, l'amministrazione diventa destinataria di una serie di obblighi riconducibili ai principi costituzionali di buon andamento, efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa scolpiti nell'Art. 97 Cost..

---

500/1999 "costituisce un'occasione per rifondare le basi dell'illecito civile della P.A., atteso che la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2043. Infatti, come ritiene la sentenza medesima, occorre altresì che "risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo"; S. VERZARO, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il "contatto" amministrativo convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 975; M. PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesioni di interessi legittimi come responsabilità da "contatto" amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 213; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 322 ss..

La valorizzazione di tali principi e la loro concreta specificazione all'interno del procedimento amministrativo pone in capo alla P.A. una serie di obblighi che, secondo parte della dottrina<sup>193</sup>, avrebbero contenuto ancora più pregnante degli obblighi di correttezza e buona fede contemplati dagli artt. 1337 e 1338 c.c. per le parti di una trattativa contrattuale.

E infatti, a ben vedere, mentre la trattativa acquista una portata tale da giustificare la tutela risarcitoria solo laddove e nel momento in cui essa abbia prodotto un affidamento ragionevole, il procedimento amministrativo è *ab initio* produttivo di un tale affidamento, se non altro nel corretto esercizio del potere amministrativo.

Se riguardato nell'ottica procedimentale, appare difficile negare che la posizione dell'amministrazione si specifichi nella previsione di obblighi di protezione il cui contenuto può essere ricondotto alla figura più volte richiamata dell'obbligazione senza prestazione.

In altri termini, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa attraverso il suo incanalamento all'interno del procedimento amministrativo determina il sorgere, ai sensi dell'art. 1173 c.c., di obblighi di protezione in capo all'amministrazione la cui violazione dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento.

Il procedimento amministrativo è esso stesso la forma *ex lege* del "contatto sociale" tra privato e amministrazione che giustifica l'affidamento nella correttezza dell'azione amministrativa, affidamento ancora più pregnante in quanto non indeterminato bensì fondato su norme di legge che collocano in capo alla P.A. precisi obblighi procedurali.

---

<sup>193</sup> F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, op. ult. cit., p. 4045 ss..

Il risultato pratico a cui tale tesi conduce è l'applicazione di un diverso regime della responsabilità, molto più favorevole per il privato, il quale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è esonerato dall'onere della prova della spettanza del bene della vita e della colpa "d'organizzazione" della P.A. e soggetto alla più ampia prescrizione decennale.

Quanto al primo profilo, l'indirizzo maggioritario condiziona il risarcimento del danno aquiliano alla prova della *spettanza del bene della vita* cui l'interesse legittimo "sostanziale" è collegato, di tal che sarebbe in definitiva affidato al giudice il giudizio prognostico circa tale spettanza<sup>194</sup>.

La tesi contrattualistica, invece, collegando la responsabilità dell'amministrazione alla violazione degli obblighi procedurali di protezione (cd. *interessi procedurali*), sostiene che il privato potrebbe far valere non già il danno da mancato ottenimento del bene della vita, del tutto estraneo a questo tipo di tutela, bensì la mera violazione delle norme procedurali, che assume autonomo rilievo ai fini risarcitori.

Allo stesso modo l'applicazione del regime contrattuale solleverebbe il privato dalla *probatio diabolica* della colpa della P.A., intesa dalla sentenza del 1999 come colpa d'apparato o di organizzazione<sup>195</sup>, consentendogli semplicemente di allegare

---

<sup>194</sup> Come rilevato in dottrina (AA. VV., *Manuale di giustizia amministrativa*, Roma, 2008, I, p. 184 ss.), la concezione "sostanzialistica" dell'interesse legittimo, come interesse al bene della vita, ha costituito un importante passo in avanti nel processo di trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'"atto" a giudizio sul "rapporto", in quanto dapprima limitato al solo controllo sulla mera legittimità dell'atto e, progressivamente, esteso al rapporto tra amministrazione e privato, in omaggio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. In tal senso il giudice del risarcimento, lungi dal fermarsi ai profili formali dell'illegittimità, è tenuto ad un'indagine sul rapporto sottostante, negando la relativa tutela qualora emerga che, anche a fronte di un'azione amministrativa non improntata a correttezza, il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso (in senso favorevole per l'istante) (depone in tal senso anche l'art. 21 octies legge 241/1990 in tema di annullabilità del provvedimento).

<sup>195</sup> Anche sul problema della colpa della P.A., la dottrina e la giurisprudenza favorevoli alla natura aquiliana della responsabilità in esame continuano a dividersi tra un orientamento che, nell'intento di mitigare le difficoltà probatorie derivanti dalla colpa d'apparato elaborata dalle Sezioni Unite con la sentenza 500/1999, sostiene che il privato può allegare l'illegittimità dell'atto, la gravità della violazione, la mancata considerazione del suo apporto partecipativo come presunzioni, come indizi, sussistendo, poi, in capo alla P.A. l'onere di dimostrare la presenza di un errore scusabile (in tal senso, da ultimo, Cons.

l'inadempimento dell'amministrazione mentre sarà quest'ultima a dover provare di aver osservato le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero che la predetta violazione deriva da causa ad essa non imputabile.

Infine, come noto, diversa è la disciplina attinente alla prescrizione (quinquennale), al danno risarcibile (limitato ex art. 1225 c.c.) e al calcolo degli interessi e della rivalutazione.

In definitiva, la teoria del contatto sociale qualificato, preso atto delle difficoltà spesso insormontabili derivanti dal modello aquiliano, che, come si vedrà, finisce per rendere di fatto impossibile il risarcimento in tutta una serie di fattispecie, tenta di indicare al privato una strada diversa e meno impervia per ottenere una qualche forma di tutela.

È evidente, invece, che il regime aquiliano (incentrato su giudizio di spettanza, colpa d'apparato e prescrizione quinquennale) produce un incontrollabile aumento della complessità e un deficit di tutela per il privato, specie in quelle ipotesi in cui il provvedimento amministrativo è frutto di discrezionalità amministrativa.

---

Stato 17 ottobre 2008, n. 5101), e l'indirizzo che sostiene che l'amministrazione sarebbe in colpa solo in caso di violazioni gravi. Tale problema, rimesso all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, non è stato tuttavia risolto (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 dicembre 2008, n. 13, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Sul punto si rileva efficacemente (S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, *op. ult. cit.*, p. 91) che l'orientamento giurisprudenziale che opta per la responsabilità da contatto sociale sorge dalla consapevolezza del fallimento di tutti i criteri che sono stati individuati per dare una definizione della colpa dell'apparato, e dall'impossibilità sul piano pratico per il privato di fornire elementi utili per la valutazione della colpa.



### ***3.1. La responsabilità contrattuale da contatto come tutela complementare nei confronti della P.A.***

Se si volge lo sguardo alla giurisprudenza successiva all'arresto del 1999, si deve rilevare che la teoria del contatto sociale è stata accolta, con riguardo alla responsabilità dell'amministrazione, dai giudici amministrativi all'inizio con qualche titubanza e senza una netta presa di posizione; negli ultimi anni invece si registra un ricorso più frequente alla tematica, il che sembra potersi spiegare considerando il migliore inquadramento della tutela dell'affidamento come strumento complementare di tutela del privato che non voglia o non possa provare la spettanza del bene della vita<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Secondo la giurisprudenza prevalente, nei casi di lesione di un interesse legittimo (pretensivo o oppositivo), suscettibili di risarcimento sarebbero solo le posizioni "a risultato garantito" cioè quelle in relazione alle quali manchi o sia "prosciugata" ogni forma di discrezionalità in capo alla P.A. di tal che vi è certezza della spettanza del bene della vita e del pregiudizio per il mancato riconoscimento (interesse pretensivo) o per la sua lesione (interesse oppositivo) (cfr. G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 1128).

Resterebbero senza tutela, in quest'ottica, tutte quelle lesioni in cui invece l'annullamento o la revoca del provvedimento illegittimo lascia intatto in capo alla P.A. il potere discrezionale di rideterminarsi, posto che in questi casi non vi è certezza sulla spettanza del bene se non all'esito della riedizione favorevole del potere amministrativo (nel qual caso si discute, come si vedrà di seguito, sulla risarcibilità del cd. danno da ritardo)

Parte della giurisprudenza ha cercato di sopperire a tale lacuna considerando risarcibile, a determinate condizioni, il mero *danno da perdita della chance* di ottenere il bene della vita, a causa dell'azione illegittima dell'amministrazione; tale forma di danno consente di attribuire al privato una forma *deminuta* di tutela anche laddove non riesca o non sia in grado di provare la spettanza del bene della vita ma solo di aver avuto delle chance serie (è ampiamente discusso se il grado di probabilità debba superare il 50%) di ottenere il bene della vita in questione.

Tuttavia la prassi pretoria (cfr., da ultimo, la citata T.A.R. Lazio, Roma, 15 febbraio 2007, n. 1527) evidenzia che "siffatta figura di danno, elaborata in sede civilistica al fine di ristorare la perdita della probabilità di conseguire vantaggi economici, non potenziali, ma (appunto) effettivi ed attuali, non è ravvisabile allorché, come nella specie, l'attività rinnovatoria discendente dall'annullamento giurisdizionale dell'atto configuri in termini di mera evenienza il soddisfacimento dell'interesse finale del ricorrente, residuando in capo all'Amministrazione margini di apprezzamento discrezionale sulla futura azione amministrativa (T.A.R. Bari, II Sez., 24 marzo 2000 n. 1248; T.A.R. Brescia, 14 gennaio 2000 n. 8)".

È allora importante sottolineare che la giurisprudenza che abbraccia la tesi contrattualistica supera le limitazioni risarcitorie esaminate laddove sottolinea che ***quand'anche il privato non abbia diritto né al***

Quanto alla giurisprudenza amministrativa, i primi riferimenti alla teoria del contatto sociale tra privato e amministrazione si hanno, all'inizio del nuovo millennio<sup>197</sup>, in alcune sentenze che non aderiscono in modo risoluto a tale indirizzo bensì se ne avvalgono per la riconduzione dell'onere della prova della colpa della P.A. al regime della responsabilità contrattuale.

Successivamente, i giudici amministrativi sembrano invece rompere gli indugi e sbilanciarsi verso una adesione più netta alla tesi contrattualistica<sup>198</sup>, ciò che denuncia la manifesta insoddisfazione verso l'inquadramento dell'amministrazione alla stregua di un "passante" e la sempre più marcata consapevolezza dell'importanza del contatto che si instaura tra privato e amministrazione ai fini della valutazione della natura della responsabilità<sup>199</sup>.

---

*risarcimento del danno per mancato riconoscimento del bene della vita (es., danno da mancata aggiudicazione della gara), né a quello da perdita di chance, è comunque configurabile in favore dello stesso privato il diritto al risarcimento del c.d. danno da contatto (così, la citata T.A.R. Lazio, Roma, 5 novembre 2007, n. 10852).*

<sup>197</sup> Cons. Stato, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urb. app.*, 2001, p. 257; Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, e Tar Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Foro it.*, 2002, III, col. 1 e 3, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e E. CASSETTA – F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*; conforme anche Cons. Stato, 8 luglio 2002, n. 3796, in [www.gius.it](http://www.gius.it), 2002, n. 7/8.

<sup>198</sup> Cons. Stato, 20 gennaio 2003, n. 204, in *Cons. Stato*, I, p. 68 e Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, III, col. 457.

<sup>199</sup> Si veda la citata Cons. Stato, 20 gennaio 2003, n. 204, in cui si afferma che “allorchè il privato sia titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva, il contatto che si stabilisce fra lui e l'Amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito, il diritto al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al modello aquiliano, ma caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni”. Si muove invece su un terreno prettamente empirico T.A.R. Marche, n. 779/2004, secondo cui solo i fatti decidono ed identificano la natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione come contrattuale o extracontrattuale, non essendo possibile, a priori, stabilire se ci si trovi di fronte a quel particolare tipo di responsabilità definita da contatto sociale oppure ad un comportamento che viola il principio generale del *neminem laedere*.

Negli stessi anni, anche la Cassazione<sup>200</sup> aderisce alla tesi contrattualistica con una sentenza che sembra sovvertire i guadagni della sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite, dalla cui vicenda processuale pure deriva.

I Supremi Giudici rilevano che l'amministrazione ha cambiato volto, specie con la legge sul procedimento amministrativo, per assumere una posizione paritaria rispetto al privato nella valutazione dell'interesse di quest'ultimo e nella comparazione con l'interesse pubblico.

È proprio il procedimento, secondo la Cassazione, a far sì che il privato divenga destinatario di veri e propri obblighi gravanti sull'amministrazione e riconducibili, come detto, all'Art. 97 Cost., di tal che l'interesse al rispetto delle regole di buona amministrazione, imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa assume una valenza autonoma rispetto all'interesse per il bene della vita anelato nella specifica vicenda procedimentale.

Emerge, anche nella giurisprudenza di legittimità, l'interesse "procedimentale", accanto all'interesse "sostanziale", la cui violazione appare agli ermellini più vicina alla responsabilità da inadempimento che al modello aquiliano.

Ne deriva una concezione dell'interesse legittimo antitetica rispetto a quella "sostanzialistica" proposta dalle Sezioni Unite nel 1999; secondo la sentenza 157/2003, l'interesse procedimentale, cioè l'interesse al rispetto delle regole del procedimento, "costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti

---

<sup>200</sup> Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione.*

procedimentali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico”<sup>201</sup>.

Tuttavia, la Cassazione delimita il campo dei principi affermati alle fattispecie successive alla legge 241/1990, che ha introdotto le norme sul procedimento e dunque dato ingresso alle aspettative e all’affidamento dei privati nella correttezza dell’azione amministrativa sotto il profilo procedimentale.

A distanza di pochi mesi, sono invece i giudici di Palazzo Spada<sup>202</sup>, che pure avevano dato ingresso alla soluzione contrattualistica, a ridimensionare l’apertura della Cassazione, ritenendo in sostanza riduttivo considerare la tutela risarcitoria come limitata al pregiudizio derivante dalla mera violazione di norme procedimentali.

A ben vedere, infatti, il privato, specie laddove è portatore di interessi economici di grande rilievo come nel caso della partecipazione a procedure a evidenza pubblica, aspira al risarcimento del pregiudizio relativo al mancato ottenimento o alla lesione del bene della vita, pregiudizio spesso incomparabile dal punto di vista economico rispetto alla mera lesione dell’affidamento nella correttezza dell’azione procedimentale della P.A..

Secondo il Consiglio di Stato, la tesi contrattualistica, “meritoria laddove consente di ristorare in via equitativa il pregiudizio anche nell’ipotesi in cui non si riesca a

---

<sup>201</sup> Si è rilevato in dottrina (F. DURANTE, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, su [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it)) che, se è vero che la sentenza 157/2003 sembra svalutare l’interesse al bene della vita, “in realtà il bene della vita viene valorizzato e ad una dimensione sostanziale se ne affianca una processuale, vale a dire che le stesse figure dell’imparzialità, della buona amministrazione e della correttezza - le quali si esplicano anche nel rispetto dei diritti incardinati nel procedimento - assurgono al ruolo di autonomi beni della vita. Insomma, paradossalmente la preconizzazione di un orientamento volto a configurare la responsabilità contrattuale, nello sconfessare il riferimento al *neminem laedere* operato dalla svolta del 1999, si muove in continuità con la stessa sent. 500 e si contrappone, invece, alle manovre giurisprudenziali volte a depotenziarne l’impatto sui conti dello Stato”.

<sup>202</sup> Cons. di Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Giur. it.*, 2004, fasc. 2, p. 421 ss., con nota di S. RODRIGUEZ, *Dopo la sentenza <<figlia>> della 500/1999/SU, l’intervento del Consiglio di Stato. Il dibattito continua.*

comprovare la spettanza dell'utilità finale, non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediabile della tutela risarcitoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al *quantum*, il risarcimento del danno pieno subito, per effetto del mancato conseguimento del bene della vita"; "in queste ipotesi il giudice non può né eludere la domanda, né tanto meno accoglierla a prescindere dalla formulazione di un giudizio, laddove possibile, sulla certa o statisticamente probabile spettanza del bene dell'utilità finale".

Queste osservazioni appaiono come il giusto temperamento delle diverse impostazioni: esse sembrano cogliere nel segno, come si dirà diffusamente nel prossimo capitolo, laddove in sostanza indicano all'interprete che la soluzione circa la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione è mutevole e va individuata secondo la domanda risarcitoria formulata dal privato.

L'interesse legittimo va riconsiderato in una visione più ampia: esso oscilla tra l'interesse finale al bene della vita, economicamente più rilevante ma avvolto dalla *probatio diabolica* in tutti quei casi in cui l'amministrazione esercita un potere discrezionale, e l'interesse al rispetto delle norme procedimentale e al correlato affidamento, al cui risarcimento può dirigersi la domanda del privato che rinunci al giudizio sulla spettanza del bene finale.

E infatti la riflessione giurisprudenziale sembra attestarsi su tale condivisibile soluzione<sup>203</sup>: alla iniziale visione, che sembrava contrapporre radicalmente le due

---

<sup>203</sup> Aderisce a tale indirizzo anche T.A.R. Lazio, Roma, 15 febbraio 2007, n. 1527, della cui emblematica motivazione è utile riportare il seguente passaggio: "Accertato, dalla documentazione versata in atti dall'A.T.I. Sielte, l'avanzato stato dell'esecuzione dell'appalto e, soprattutto, l'interesse pubblico alla sua rapida conclusione, non solo perché le stazioni ferroviarie costituiscono obiettivi sensibili ma anche perché l'appalto in questione è stato finanziato ex art. 13 L. 1 agosto 2002 n. 166, il Collegio conclude nel senso che non è più possibile bandire una nuova gara. Occorre quindi verificare se

impostazioni (aquiliana e contrattualistica) così da porre l'interprete di fronte a una sorta di scelta di campo, è succeduta una diversa interpretazione, secondo cui le differenti

---

spetta, e in caso affermativo in quale misura, all'Enterprise s.p.a. il risarcimento del danno, dalla stessa richiesto nell'atto introduttivo del giudizio.

Deve preliminarmente darsi atto che esistono i presupposti ai quali si riconnette il diritto al risarcimento danni, non essendo dubitabile che la stazione appaltante, nel valutare positivamente l'offerta presentata dall'A.T.I. Sielte a fronte di carenze di giustificativi non dissimili da quelle che aveva riscontrato nelle offerte presentate dalle altre tre concorrenti, tutte escluse, ha agito quanto meno con colpa; né è possibile dubitare che da tale comportamento sia derivato un danno all'Enterprise s.p.a..

Accertato quindi l'*an debeatur*, occorre determinare il *quantum*.

Escluso un danno da mancato raggiungimento di un utile economico, che sarebbe derivato dallo svolgimento, in qualità di aggiudicataria, dell'appalto dal quale la Enterprise s.p.a. è stata invece esclusa, non sembra configurabile nella fattispecie in esame neppure il danno da perdita di *chance*, da soddisfare mediante liquidazione percentuale del danno stesso. Siffatta figura di danno, elaborata in sede civilistica al fine di ristorare la perdita della probabilità di conseguire vantaggi economici, non potenziali, ma (appunto) effettivi ed attuali, non è ravvisabile allorché, come nella specie, l'attività rinnovatoria discendente dall'annullamento giurisdizionale dell'atto configuri in termini di mera evenienza il soddisfacimento dell'interesse finale del ricorrente, residuando in capo all'Amministrazione margini di apprezzamento discrezionale sulla futura azione amministrativa (T.A.R. Bari, II Sez., 24 marzo 2000 n. 1248; T.A.R. Brescia 14 gennaio 2000 n. 8).

Ritiene il Collegio che non possa però escludersi il riconoscimento del cd. danno da contatto, che tutela l'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra Amministrazione e privato, prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita. Si tratta di una figura introdotta dalla giurisprudenza (Cass. civ., III Sez., 22 gennaio 1999 n. 589) e caratterizzata dal fatto che la fattispecie può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. E ciò nei casi in cui, pur non preesistendo un vincolo negoziale taluni soggetti entrano in contatto non casuale ma qualificato dall'esistenza di obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In tale ipotesi il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al mero modello aquiliano *ex art. 2043 cod. civ.*, essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari in ordine alla disciplina concretamente applicabile con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile ed all'onere della prova dell'imputazione soggettiva. In tale ipotesi, infatti l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del cittadino rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della pubblica amministrazione, sulla quale incombe l'onere di provare il contrario ovvero la sussistenza di un errore scusabile (Cons.Stato, V Sez., 2 settembre 2005 n. 4461; 6 agosto 2001 n. 4239).

Circa la misura del risarcimento, è opportuno evidenziare come detta responsabilità da contatto, nei termini sopra descritti, sia funzionalmente omogenea alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ. ("le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"). Inteso in questo senso il danno da risarcire si circoscrive nei limiti del c.d. interesse negativo, identificandosi nelle spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale nel cui rimborso si esaurisce il *quantum* del risarcimento (T.A.R. Sardegna 17 febbraio 1999 n. 169).

E' stato puntualmente chiarito (T.A.R. Bari, I Sez., 17 maggio 2001 n. 1761) che la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, risarcibile soltanto nella misura dell'interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, d'altro canto scongiura il rischio di una iperprotezione della ricorrente, nell'ipotesi in cui questa, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento.

Nella determinazione del *quantum* il Collegio ritiene di poter applicare la procedura delineata dall'art. 35, secondo comma, D. L.vo 31 marzo 1998 n. 80 (...).

tesi in ordine alla natura della responsabilità della P.A. non sarebbero dogmaticamente incompatibili bensì complementari: in particolare la tutela contrattuale da contatto sociale sarebbe complementare alla tutela aquiliana, in quanto invocabile in quelle ipotesi in cui il privato non può provare con certezza la spettanza del bene della vita, come imposto dall'art. 2043 c.c., e dunque si limita a richiedere una tutela "in via subordinata" attinente alla violazione di norme procedurali.

In questo quadro, i due orientamenti in ordine alla natura giuridica della responsabilità della P.A., lungi dall'essere alternativi e incompatibili, a ben vedere, fotografano diversi aspetti della tutela che il privato può far valere nei confronti della P.A..

Come limpidamente statuito dalla giurisprudenza amministrativa più recente<sup>204</sup>, "la responsabilità dell'amministrazione conseguente alla emanazione di un atto illegittimo può essere ricostruita sia come violazione dei doveri connessi al "contatto

---

<sup>204</sup> In tal senso, T.A.R. Lazio, Latina, 24 aprile 2007, n. 291, che dunque si premura di interpretare la domanda della ricorrente – stante il chiaro riferimento nel ricorso introduttivo alla perdita di chance - come domanda di risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento della utilità finale e pertanto su tale domanda si pronuncia; si vedano anche T.A.R. Lazio, Roma, 5 novembre 2007, n. 10852, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, fasc. 1, pagg. 71-83 con nota di M. RIGO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo alla luce del riconoscimento del danno "da contatto"*, secondo cui "in caso di partecipazione ad una gara d'appalto di due sole imprese, a seguito della esclusione iussu iudicis dell'aggiudicataria, quand'anche la ricorrente non abbia diritto né al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, né a quello da perdita di chance, è comunque configurabile in favore della stessa il diritto al risarcimento del c.d. danno da contatto. Tale fattispecie, non è riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 cod. civ., ma assume tratti tipici della responsabilità precontrattuale e di quella contrattuale in senso stretto. In particolare, quanto alla determinazione dell'elemento soggettivo, l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo rappresenta un indice presuntivo della colpa della p.a., sulla quale incombe l'onere di provare il contrario. Con riguardo alla misura del danno risarcibile, esso va circoscritto nei limiti del c.d. interesse negativo, ossia alle spese sostenute per partecipare alla gara, facendo applicazione della procedura di cui all'art. 35, co. 2, D. L.vo 80/98, ai fini dell'effettiva determinazione del quantum dovuto.

Pertanto, si deve ritenere legittima la determinazione della stazione appaltante di disporre una nuova gara, in caso di annullamento in s.g. dell'aggiudicazione disposta in favore di una delle due sole imprese concorrenti, in quanto dal fatto che l'aggiudicataria sia stata jussu iudicis esclusa dalla gara e per l'effetto la ricorrente sia rimasta unica partecipante alla procedura selettiva, non discende il diritto della stessa all'aggiudicazione ed alla stipula del relativo contratto, rientrando nella discrezionalità della stazione appaltante decidere di non procedere all'aggiudicazione a seguito di una diversa valutazione dell'interesse pubblico"; Cons. Stato, 12 giugno 2009, n. 3727, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

procedimentale” con il privato (con conseguente identificazione del danno con i pregiudizi economici conseguenti alla illegittimità e a prescindere dalla “utilità finale” desiderata) che come responsabilità aquiliana conseguente alla lesione dell’interesse legittimo cui si correla la utilità finale. Se, infatti, ci si pone nella prospettiva della responsabilità per violazione dei doveri connessi al contatto procedimentale, il danno risarcibile (secondo lo schema del cd. interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale) sarebbe costituito dalle spese sopportate nell’ambito del procedimento (danno emergente) e dalla perdita di altre possibili opportunità di guadagno (lucro cessante). Se, invece, ci si colloca nella prospettiva della responsabilità aquiliana per lesione dell’interesse legittimo e perdita della utilità finale, a parte la esigenza di un giudizio prognostico in ordine alla effettiva spettanza della utilità finale, il danno risarcibile sarebbe costituito dalla perdita dei guadagni che sarebbero derivati dal conseguimento della utilità medesima al netto dei relativi costi; i danni da contatto procedimentale e da responsabilità aquiliana non sono tra loro cumulabili”.

Emerge, dunque un quadro diverso, in cui la natura della responsabilità dipende dal *petitum*, a seconda che esso riguardi il mero interesse procedimentale<sup>205</sup> ovvero l’interesse legittimo sostanziale al conseguimento del bene della vita<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Per tale via, peraltro, si è osservato (F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, p. 104) che è dubbio se i vizi non invalidanti di cui all'art. 21 octies L. 241/1990, pur se inidonei a fondare un'azione vittoriosa d'annullamento del provvedimento, possano legittimare l'esperimento di un'azione risarcitoria per violazione degli obblighi nascenti dal contatto amministrativo qualificato, ciò che consentirebbe di superare dubbi di costituzionalità della suddetta norma.

<sup>206</sup> Sotto tale profilo, la teoria del contatto sociale consente di dare soluzione anche a un altro problema collegato al tema della risarcibilità degli interessi legittimi e al giudizio di spettanza del bene della vita: si tratta del problema del risarcimento del danno da ritardo, cioè il danno subito dal privato in conseguenza dell’inerzia protratta dall’amministrazione oltre un certo termine, normativamente prefissato; infatti, qualora si accolga la tesi contrattualistica, ammettendo il risarcimento a prescindere dal giudizio di spettanza ma in relazione alla mera violazione delle norme procedurali, trova ingresso anche il risarcimento del danno da mero ritardo.



---

Cfr, da ultimo, Cons. Stato, 29 gennaio 2008, n. 248: “Sotto un profilo generale, la questione sottoposta all’esame della Sezione si inquadra nell’ambito del complesso tema della natura giuridica della responsabilità dell’amministrazione e attiene, in particolare, all’individuazione dei presupposti, sostanziali e processuali, dell’azione risarcitoria instaurata dalle due società appellanti.

La fattispecie qui considerata è quella in cui sia fatta valere la mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti dall’ordinamento, indipendentemente dal suo contenuto. E ciò che occorre stabilire è se e in che limiti, oltre che a quali condizioni, l’interesse procedimentale al rispetto dei tempi del procedimento possa ricevere, oltre che una tutela sul piano dei rimedi strettamente processuali (per esempio, in sede cautelare e di azione avverso il silenzio) una tutela risarcitoria per equivalente.

Più precisamente, la controversia in esame concerne il caso in cui l’amministrazione non provveda o provveda (in senso negativo) in ritardo e il problema da risolvere, in questa fattispecie, è se sia risarcibile il mero danno da ritardo; cioè, se sia risarcibile oggettivamente il danno subito dal privato in conseguenza dell’inerzia protratta dall’amministrazione oltre un certo termine, normativamente prefissato.

In tema di danno da ritardo in giurisprudenza si registra una diversità di opinione su un punto centrale: se il danno sia risarcibile o meno indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, cioè indipendentemente dal fatto che il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento richiesto. In altri termini, la domanda che si pone è se a fondare un titolo risarcitorio sia sufficiente la mera violazione di obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento del procedimento, nella specie, il mancato rispetto dei tempi del procedimento.

Un primo orientamento giurisprudenziale, nel delineare una responsabilità dell’amministrazione da contatto qualificato (Cass. 10 gennaio 2003 n. 157; Cons. Stato VI, 20 gennaio 2003 n. 204 e 15 aprile 2003 n. 1945), ha posto in rilievo come, nel nuovo modello di azione amministrativa introdotto dalla legge n. 241, possano assumere rilevanza autonoma, rispetto all’interesse legittimo al bene della vita, posizioni soggettive di natura strumentale che mirano a disciplinare il *procedimento* amministrativo secondo criteri di correttezza, idonei a ingenerare, con l’affidamento del privato, «un’aspettativa qualificata» al rispetto di queste regole (che non sono riguardate - come vorrebbe una dottrina - alla stregua di «norme neutre», inidonee a radicare posizioni soggettive), con la conseguenza che «la selezione degli interessi giuridicamente rilevanti non può essere effettuata con riguardo al solo bene finale idealmente conseguibile» (Cass. n. 157 del 2003, citata); sicché il privato ha titolo a una risposta certa e tempestiva a prescindere dal contenuto della stessa.

In tale prospettiva, sarebbe enucleabile dal novero degli interessi pretensivi, e piuttosto *accanto* a essi, un ambito di interessi procedimentali, la cui violazione integrerebbe un titolo di responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita. A tale categoria di interessi procedimentali sarebbe ascrivibile il danno da ritardo, sicché il privato avrebbe titolo ad agire per il risarcimento del danno subito in conseguenza della mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti; e indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto di tale provvedimento.

Secondo un altro orientamento - che è allo stato prevalente nella giurisprudenza amministrativa - il danno da ritardo è risarcibile solo se il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento finale, se cioè gli spetti il «bene della vita» (Ad. Pl. 15 settembre 2005, n. 7).

Nell’ambito di tale indirizzo giurisprudenziale vi è poi chi ritiene che il titolo andrebbe accertato azionando il procedimento del silenzio e sindacando il successivo diniego espresso, e chi, invece, è dell’avviso che il giudice, adito in sede risarcitoria, dovrebbe effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo, ai soli fini del risarcimento.

Va, peraltro, aggiunto che sulla questione influisce anche un principio cardine del diritto processuale, quello della domanda.

Come di recente è stato precisato (Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945), non di rado, la pretesa risarcitoria, in specie quando azionata da soggetti che entrano in contatto con l’Amministrazione in quanto portatori di interessi economici di rilievo, non ha ad oggetto il mero pregiudizio derivante dalla violazione dell’obbligo di comportamento imposto all’amministrazione, a prescindere quindi dalla soddisfazione dell’interesse finale, ma, al contrario, proprio il pregiudizio connesso alla preclusione frapposta dall’Amministrazione alla realizzazione del bene finale.

A conferma di tale assunto si sottolinea<sup>207</sup> che “con diverse pronunce, (...), il Consiglio di Stato (v. sez. VI, sent. 15 aprile 2003, n. 1945, sulla responsabilità da contatto e da ultimo sez. IV, sent. 29 gennaio 2008 n. 248, sul danno da ritardo) ha affermato la radicale diversità tra la responsabilità della p.a. per lesione dell’interesse legittimo di natura sostanziale e quella per la violazione di regole procedurali e di affidamento del privato, volta a tutelare il diverso interesse di natura procedimentale alla correttezza del comportamento della p.a.. Coerentemente con tali premesse, il Consiglio di Stato ha pertanto affermato che il principio della domanda impedisce al giudice, al quale sia stato chiesto di pronunciarsi sul danno per mancato conseguimento del bene della vita richiesto, di pronunciarsi sul mero danno che può subirsi per effetto di una illegittimità procedimentale, occorrendo per la liquidazione di un tale danno un’apposita domanda di parte. Se è vero infatti che il danno subito dal privato possa

---

In queste ipotesi il giudice non può né eludere la domanda, né tanto meno accoglierla a prescindere dalla formulazione di un giudizio, laddove possibile, sulla certa o statisticamente probabile spettanza del bene dell’utilità finale.

Questo giudizio prognostico si presenta particolarmente delicato, specie quando vi sia necessità di distinguere a seconda della tipologia dell’attività amministrativa dal cui concreto esercizio dipende il conseguimento del bene della vita: il giudizio prognostico, difatti, pone problemi diversi e si atteggia in modo differenziato a seconda che il soddisfacimento della pretesa sia correlato ad attività vincolata, tecnico-discrezionale o discrezionale pura.

Secondo quanto rilevato (Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945), il rischio che il giudice si sostituisca all’amministrazione, sia pure in modo virtuale e nella sola prospettiva risarcitoria, diventa tanto più consistente quanto più sono intensi i margini di valutazione rimessi alla seconda nel riconoscere al privato, asseritamente leso, il bene della vita.

Evenienza questa che viene individuata in quelle ipotesi in cui l’attività dell’amministrazione sia connotata da margini di discrezionalità amministrativa pura, anziché solo tecnica: in questa ipotesi si prospetta il rischio di un’ingerenza del giudice - chiamato a formulare il giudizio prognostico sulla spettanza del bene non ottenuto con la determinazione illegittima ed annullata - nella sfera davvero esclusiva dell’amministrazione, quella afferente il merito amministrativo e le valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti nella prospettiva dell’ottimale perseguimento dell’interesse pubblico.

In questi casi, connotati dalla persistenza in capo all’amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, si esclude che il giudice possa indagare sulla spettanza del bene della vita, ammettendo il risarcimento solo dopo e a condizione che l’Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all’istante il bene stesso: nel qual caso, il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento di quel bene”.

<sup>207</sup> In questi termini, T.A.R. Campania, Napoli, 3 luglio 2008 / 17 luglio 2008, n. 8922, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

consistere anche nelle perdite economiche subite in conseguenza della scorrettezza del comportamento tenuto dalla amministrazione a prescindere dalla spettanza del bene della vita, è altresì vero che spetta al privato scegliere, nella domanda, come impostare la controversia e decidere cioè se chiedere, oltre o in alternativa al ristoro del pregiudizio derivante dalla perdita del bene finale, anche i danni derivanti dal comportamento scorretto”.

In questo quadro, la sentenza della Suprema Corte 157/2003, salutata da una parte della dottrina come una svolta, si pone come un precedente isolato<sup>208</sup> anche guardando alla giurisprudenza di legittimità successiva<sup>209</sup>; allo stesso tempo, se si accetta la tesi da ultimo analizzata che risolve il problema della natura giuridica della responsabilità dell’amministrazione nel caso concreto secondo il tenore della domanda risarcitoria del privato, deve concludersi che la menzionata sentenza di legittimità e le altre pronunce amministrative che continuano ad aderire alla tesi contrattualistica non possono considerarsi minoritarie bensì andrebbero inquadrare in un filone “parallelo” all’impostazione aquiliana i cui principi possono essere richiamati dal privato che si disinteressa del bene finale e intenda percorrere la via della tutela dell’affidamento nei confronti della P.A. ai fini risarcitori<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> Così espressamente Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 dicembre 2008, n. 13, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>209</sup> Si veda infatti la successiva Cass., 11 giugno 2003, n. 9366, in *Foro it.*, 2003, I, col. 3359 con nota di F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, che sembra tornare al principio per cui il risarcimento del danno è condizionato dalla lesione del bene della vita, anche laddove la responsabilità venga inquadrata come responsabilità da contatto sociale.

<sup>210</sup> Occorre inoltre rilevare che qualora il privato aspiri a un provvedimento ampliativo (interesse pretensivo), l’affidamento può assumere differenti graduazioni a seconda della fase di “contatto procedimentale” in cui ci si trova; qualora a seguito dello svolgimento del procedimento si giunga a un provvedimento negativo, che andrà “anticipato” al privato ex art. 10 bis legge 241/1990, l’affidamento dovrà valutarsi in relazione all’aderenza dell’azione amministrativa alle norme procedimentali; qualora invece l’amministrazione emetta il provvedimento ampliativo richiesto, allora si deve ritenere che

### 3.2. Rapporti con la responsabilità precontrattuale della P.A.

Occorre infine chiarire, sinteticamente visti i propositi di questo lavoro, il rapporto tra responsabilità da contatto e responsabilità precontrattuale della P.A., presente in numerosi riferimenti precedenti.

La responsabilità della P.A. viene qualificata *anche* come responsabilità precontrattuale<sup>211</sup>: in particolare nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica la giurisprudenza amministrativa<sup>212</sup> è abbastanza univoca nel sostenere che intanto si possa parlare di responsabilità precontrattuale in quanto vi sia stata almeno l'aggiudicazione della gara, posto che è solo in questo momento che viene individuato il futuro

---

l'affidamento del privato si rafforzi in quanto fondato non più sul solo rispetto delle norme procedimentali bensì sulla determinazione provvedimento stessa.

Ne deriva che un eventuale ripensamento dell'amministrazione (es. revoca del provvedimento ampliativo) sarà facilmente perseguibile dal privato che ne dimostri l'illegittimità e ne faccia discendere eventuali pregiudizi da lesione dell'affidamento nel provvedimento rilasciato e illegittimamente revocato.

Nel caso di revoca da parte della P.A. di un provvedimento ampliativo, qualora la revoca sia illegittima e dunque annullata dal G.A., si tende a riconoscere al privato il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento creato dal provvedimento rilasciato e illegittimamente ritirato, sotto forma di danno da contatto sociale qualificato (cfr., da ultimo, in tema di revoca illegittima di concessione edilizia, T.A.R. Puglia, Bari, 13 maggio 2009, n. 1139, su [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), che, dopo aver ricostruito la responsabilità dell'amministrazione come derivante da contatto sociale qualificato, riconosce al privato il danno esistenziale per la precaria condizione abitativa in cui è stato costretto a vivere).

<sup>211</sup> Cass. 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, 96. Sul punto, altresì, Cass. 11 novembre 1977, n. 4673, in *Giur. it.*, 1998, p. 569; Cass. 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Cons. Stato (Ad. Plen. )*, 1988, II, p. 1206; Cass. 26 maggio 1997, n. 4673, in *Cons. Stato (Ad. Plen. )*, 1997, II, p. 1402. In dottrina si vedano M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, p. 265; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995, p. 89; F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 394; BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione dopo la sentenza n. 500 del 1999*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1249; G. CHINE', *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, p. 797; G. DE MARZO, *Responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 427.

<sup>212</sup> Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, *Urb. e appalti*, 2006, p. 69; in *Foro amm. Cons. Stato*, 2006, p. 86, con nota di VACCA, *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*; Cons. Stato, 28 ottobre 2008, n. 5633, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, 22 giugno 2009, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

contraente privato e dunque il rapporto con la P.A. può essere qualificato come trattativa, assente nelle fasi precedenti per la pluralità dei concorrenti.

La limitazione della responsabilità precontrattuale ai soli comportamenti della P.A. successivi all'aggiudicazione (dunque verso il solo aggiudicatario) è stata oggetto di critica da parte della dottrina<sup>213</sup> e della giurisprudenza più recente<sup>214</sup>.

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, la teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato ha, secondo parte della dottrina<sup>215</sup>, un ruolo propulsivo nel tentativo di allargare l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. ai casi tradizionalmente esclusi, cioè nella fase dell'evidenza pubblica, a cagione dell'impossibilità di inquadrare come

---

<sup>213</sup> F. ANELLI, *Il fondamento e i limiti della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Riv. trim. app.*, 1991 p. 171; F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, Relazione tenuta al convegno del 29 ottobre 2007 su "Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione", presso l'aula Magna della Luiss, in occasione della presentazione dell'opera *Studi di diritto amministrativo* di R. Chieppa e V. Lopilato, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ID., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, 2005, p. 410 ss. e p. 539 ss., il quale distingue da un lato, la *responsabilità precontrattuale spuria* (o in senso lato o prenegoziale), con la quale si designa l'obbligazione risarcitoria avente ad oggetto i danni cagionati dall'adozione di provvedimenti illegittimi nel corso della serie procedimentale di evidenza pubblica; si tratterebbe di una responsabilità precontrattuale "per modo di dire, ben lontana dal paradigma che ci ha consegnato *Jhering* nel suo saggio del 1851" atteso che essa non attiene alla violazione dei canoni privatistici di buona fede e diligenza con correlativa conculcazione del corrispondente diritto soggettivo ad esigere adeguati *standard* comportamentali, bensì all'esercizio non corretto del potere pubblicistico di stampo autoritativo, con connessa incisione della corrispondente posizione di interesse legittimo. Dall'altro lato, la *responsabilità precontrattuale pura* (o in senso stretto) deriva dalla violazione dei canoni comportamentali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., di tal che "il soggetto pubblico non adotta provvedimenti illegittimi ma tiene comportamenti illeciti. Oggetto di denuncia non sono cioè gli atti formali, atomisticamente presi, *ex se* perfettamente legittimi, ma la condotta fattualmente traguadata, viceversa illecita".

Entrambi i modelli erano, fino alla fine degli anni '90, sostanzialmente negati sul piano dell'esistenza, vuoi a causa del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi (responsabilità precontrattuale spuria) vuoi a causa della sostanziale limitazione del campo di applicazione alla sola fase tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, oltre che ai casi di trattativa privata (responsabilità precontrattuale pura).

Mentre il primo tipo di responsabilità ha avuto la sua affermazione definitiva con la sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite, restando la nuova tutela del privato nei fatti limitata dalla necessità del giudizio di spettanza del bene della vita e dalla prova della colpa dell'amministrazione, la seconda ha visto negli ultimi anni allentarsi le maglie contenitive allorché la dottrina ha posto l'accento sulla valorizzazione nella legislazione comunitaria della posizione del partecipante alla gara alla luce dei principi comunitari in tema di concorrenza.

<sup>214</sup> T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 giugno 2009 n. 627, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si puntualizza che "la valutazione del momento procedimentale in cui si è realizzata la violazione e la circostanza che il soggetto che la fa valere non sia stato scelto come contraente, se non rileva, si ribadisce, sul piano dell'astratta configurabilità della fattispecie lesiva, può rilevare sul piano dell'accertamento della sussistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale".

<sup>215</sup> S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, *op. ult. cit.*, p. 95 ss.

trattative la competizione pubblica attesa la molteplicità dei candidati e la conseguente assenza di un rapporto personalizzato tra privato e amministrazione.

Secondo tale tesi anche nella fase dell'evidenza pubblica sarebbe individuabile un contatto tra il privato che partecipa alla gara e l'amministrazione di tal che anche in questa fase potrebbe invocarsi la responsabilità da contatto sociale nel caso di scorrettezza dei comportamenti da parte di quest'ultima.

Tra responsabilità da contatto amministrativo e responsabilità precontrattuale vi sarebbe, in altri termini, un *rapporto di genus ad speciem*, poiché in sostanza mentre il contatto si verifica e dunque può essere invocato durante l'intera procedura, di trattative si può parlare a partire solo dall'aggiudicazione o nella trattativa privata.

Ciò che accomuna i due tipi di responsabilità è l'affidamento ingenerato dall'amministrazione derivante in ogni caso dal contatto sociale procedimentale, che nelle fattispecie in cui si individualizza in una vera e propria trattativa, può correttamente dar luogo a responsabilità precontrattuale.

Sulla base di tale considerazione si è potuto osservare<sup>216</sup> che la problematica del contatto procedimentale va tenuta distinta, secondo la giurisprudenza amministrativa<sup>217</sup>, da quella della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la tutela ai sensi dell'art. 1337 prescinde dal rispetto delle norme di azione ed acquista rilevanza dopo che, revocati l'aggiudicazione e gli altri atti del procedimento (per ipotesi per carenza delle risorse finanziarie occorrenti), resta il fatto incancellabile degli

---

<sup>216</sup> E. SCODITTI, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale*, Incontro di studio organizzato dal CSM, Roma, 2008, su [www.appintercsm.it](http://www.appintercsm.it), p. 16.

<sup>217</sup> Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, *Urb. e appalti, op. ult. cit.*.

affidamenti suscitati nell'impresa dalla procedura di evidenza pubblica, protrattasi al di là del tempo strettamente indispensabile e poi venuta meno.

Ma in alcune circostanze i giudici amministrativi<sup>218</sup> sembrano spingersi oltre, giungendo all'applicazione dei principi in tema di responsabilità precontrattuale,

---

<sup>218</sup> T.A.R. Calabria, Catanzaro, 6 novembre 2009, n. 1210, su [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), in cui si afferma che nei casi di impossibilità di annullare il provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 210cties, co. 2, legge n. 241 del 1990, si afferma che la P.A. non può ritenersi immune da responsabilità, in relazione alla tutela risarcitoria, ritualmente chiesta. "A tal fine rileva, il complessivo comportamento tenuto dalla stessa amministrazione nel corso della vicenda procedimentale, valutabile secondo il canone della buona fede, fonte di obbligazioni secondo l'art. 1173 c.c. in quanto situazione di fatto, di tipo relazionale, che si instaura con l'avvio di un procedimento amministrativo", la cui violazione importa una responsabilità, per l'amministrazione, da contatto sociale qualificato.

"La buona fede in senso oggettivo, intesa come correttezza, costituisce una clausola generale il cui contenuto specifico deve essere determinato dal giudice, facendo riferimento a principi e valori desumibili dall'ordinamento. In questo senso, le obbligazioni derivanti dalla clausola generale di buona fede, sono obbligazioni senza prestazione, in quanto il contenuto dell'obbligazione non è predeterminato dalla legge o dalle parti, ma è ricostruito dal giudice, secondo i principi dell'ordinamento e valutati i contrapposti interessi delle parti.

L'illiceità della condotta comunale, riconducibile allo schema del contatto sociale qualificato, risulta dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede che devono essere osservate dall'amministrazione nei confronti del destinatario di un atto da essa stessa emanato e sul quale può ritenersi fondato un incolpevole affidamento. Il principio è ricavabile dall'art.1338 c.c. "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto". Tale norma è espressione di un principio generale del nostro ordinamento, applicabile anche alla relazione che si instaura tra PA e privato cittadino in occasione dello svolgimento di un procedimento amministrativo, in applicazione del quale deve ritenersi che l'amministrazione che, conoscendo la causa di invalidità di un provvedimento amministrativo, non ne abbia dato notizia all'interessato, è tenuta a risarcire il danno risentito dal privato per aver confidato incolpevolmente nella validità del provvedimento.

La doverosità di detto comportamento è inoltre ricavabile dal principio di solidarietà –art.2 Cost.- che, nel caso di relazione tra due soggetti qualificata dalla legge, impone, a ciascuno dei due, obblighi di cura e protezione degli altrui interessi meritevoli di tutela, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio di un proprio interesse.

La responsabilità conseguente al suddetto comportamento, contrario a buona fede, è di tipo contrattuale, pur non derivando da un contratto. Si tratta, infatti, della violazione di un obbligo preesistente al contatto tra i due soggetti, che trova concretezza in comportamenti positivi volti a proteggere, nei limiti della clausola generale di buona fede, gli interessi del privato ed impedire che costui riceva un danno, per quanto possa dipendere dalle fonti di danno rientranti nella disponibilità dell'amministrazione.

La giurisprudenza ha più volte riconosciuto la configurabilità di una responsabilità della PA pur nell'adozione di atti amministrativi legittimi. Tale indirizzo, sviluppatosi soprattutto in materia di appalti, ha riconosciuto il risarcimento del danno patito, in violazione dell'art.1337 c.c., per aver confidato sulla affidabilità degli atti di gara, pur in presenza di legittimo annullamento degli stessi da parte della PA, qualora il comportamento della PA sia stato difforme dal canone generale di buona fede ( ex multis, Cons. St. IV sez. 1457/2003) .

Se tale responsabilità è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza in occasione di attività propedeutiche alla stipulazione di un contratto, non vi è ragione per escluderla qualora si tratti di attività scorretta svolta nel corso di un procedimento amministrativo destinato a concludersi, anziché con la

qualificata come responsabilità contrattuale da contatto sociale, anche al di fuori delle ipotesi tradizionalmente individuate, cioè nelle procedure ad evidenza pubblica propedeutiche alla conclusione di un contratto, laddove la P.A. agisce nella doppia veste di autorità e di contraente.

Il guadagno finale è l'ampliamento del campo di applicazione dei doveri di correttezza in vista della salvaguardia dell'affidamento del privato, la cui violazione dà luogo a responsabilità precontrattuale, a qualunque procedimento amministrativo, cioè proprio a quell'ambito in cui l'amministrazione agisce sulla base di poteri autoritativi "puri": "se tale responsabilità è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza in occasione di attività propedeutiche alla stipulazione di un contratto, non vi è ragione per escluderla qualora si tratti di attività scorretta svolta nel corso di un procedimento amministrativo destinato a concludersi, anziché con la stipulazione di un contratto – come accade nella cosiddetta evidenza pubblica- con l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

---

stipulazione di un contratto –come accade nella cosiddetta evidenza pubblica- con l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

Anche l'attività che conduce al provvedimento amministrativo, per quanto dotata del carattere dell'autoritatività, non può ritenersi esente dalle regole di correttezza e buona fede; in un ordinamento costituzionale garantista, come il nostro, il potere è costituzionalmente limitato, vuoi dalle norme esplicite poste di volta in volta dal legislatore per delimitare le singole fattispecie di esercizio del potere, vuoi dai principi dell'ordinamento giuridico, tra i quali è riconoscibile, come detto, il generale obbligo di comportarsi correttamente ed in buona fede. Tale obbligo, in conclusione, deve ritenersi sussistente anche quando la pubblica amministrazione esercita il potere amministrativo, tenuto conto dell'attuale tendenza dell'ordinamento a valorizzare le esigenze di certezza e affidamento nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione.

La riprovevolezza del comportamento dell'amministrazione risulta dalle stesse deduzioni della difesa comunale; infatti, essendo stato dimostrato che il provvedimento impugnato non poteva essere diverso, deve essere escluso l'errore scusabile nell'adozione del primo provvedimento, sicuramente illegittimo, non sussistendo difficoltà interpretative o incertezze normative tali da giustificare l'emanazione del provvedimento su cui ha fatto affidamento, in base alla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, il privato. L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di autotutela mediante il quale il comune ha inteso proteggere l'interesse pubblico, integra, per le ragioni esplicate, la fattispecie di responsabilità sopra descritta".



Anche l'attività che conduce al provvedimento amministrativo, per quanto dotata del carattere dell'autoritatività, non può ritenersi esente dalle regole di correttezza e buona fede; in un ordinamento costituzionale garantista, come il nostro, il potere è costituzionalmente limitato, vuoi dalle norme esplicite poste di volta in volta dal legislatore per delimitare le singole fattispecie di esercizio del potere, vuoi dai principi dell'ordinamento giuridico, tra i quali è riconoscibile, come detto, il generale obbligo di comportarsi correttamente ed in buona fede. Tale obbligo, in conclusione, deve ritenersi sussistente anche quando la pubblica amministrazione esercita il potere amministrativo, tenuto conto dell'attuale tendenza dell'ordinamento a valorizzare le esigenze di certezza e affidamento nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione”.

#### ***4. Nuove fattispecie ricondotte recentemente alla teoria del contatto sociale dalla giurisprudenza***

L'analisi della giurisprudenza recente mostra che la teoria del contatto sociale si sta “espandendo” ad altre fattispecie diverse da quelle “classiche” in relazione alle quali è stata fatta propria dai giudici di legittimità.

In primis, si è già avuto modo di soffermarsi sulle problematiche legate all'area del danno da informazioni false o inesatte, in relazione alla quale si è discusso intorno alla possibilità di applicare la teoria del contatto sociale per dirimere i dubbi sulla natura della relativa responsabilità.

Si è parlato anche in tal caso di “macroarea” della responsabilità in quanto essa comprende una serie di fattispecie eterogenee e difficilmente riconducibili a unità salvo che per il dato caratteristico della presenza di danni derivanti, più o meno direttamente, da informazioni rese da professionisti.

La responsabilità da informazioni inesatte è ormai da qualche anno al centro di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale poiché ricomprende ipotesi di danno a cui non è ancora chiaro se possa attribuirsi tutela risarcitoria con gli strumenti conosciuti dal nostro ordinamento.

Il riferimento è, ovviamente, non già a quelle ipotesi in cui l’informazione è l’oggetto di un contratto tra le parti, poiché in tal caso è fuori discussione che il contraente destinatario di informazioni inesatte potrà far valere la responsabilità contrattuale di controparte, bensì ai danni subiti da soggetti terzi rispetto a questo tipo di contratti ovvero rispetto ai destinatari di disposizioni di legge che impongono obblighi di informazione.

Il danno subito da questi terzi si configura come una tipica ipotesi di danno meramente patrimoniale, atteso che esso non deriva da violazioni contrattuali né da lesioni di diritti o situazioni giuridiche soggettive protette dall’ordinamento.

In questo quadro si capisce bene come mai si è potuto affermare in dottrina<sup>219</sup> che tale ipotesi di responsabilità (così come tutti i casi di danno meramente patrimoniale) costituisce un vero e proprio “banco di prova” per le regole della responsabilità nel nostro ordinamento, collocandosi nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”.

---

<sup>219</sup> F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 539.

La stessa dottrina, consapevole delle differenze tra le varie informazioni reperibili in ogni momento e luogo della vita sociale, si è in primo luogo preoccupata di “classificare” le informazioni, distinguendo tra informazione come consiglio amichevole, informazione come “servizio” e informazione come (elemento confluyente in un) “prodotto”; nel primo caso, di regola, il danno non è mai ingiusto e nell’ultima ipotesi il danno è tendenzialmente sempre ingiusto, mentre il problema di individuazione dell’ingiustizia del danno si pone per il caso centrale.

Tale classificazione non è meramente didattica in quanto, a ben vedere, espone già gli elementi da valutare ai fini della responsabilità: il consiglio amichevole non può ritenersi fonte di responsabilità in quanto non idoneo a far sorgere quell’affidamento nell’informazione che deve ritenersi il fulcro della responsabilità.

E allora il problema che investe la categoria dell’informazione-servizio è proprio quello di valutare se e in quali casi essa può ritenersi idonea a far sorgere l’affidamento nel terzo che la utilizza.

Tale affidamento postula in primo luogo la professionalità del soggetto che la fornisce; non vi è chi non veda che senza tale elemento non si può certo ritenere l’informazione “affidante”.

E tuttavia ciò non basta: il problema riguarda la possibilità stessa di far valere l’affidamento quando l’informazione è resa da un professionista.

Come efficacemente osservato<sup>220</sup>, “il problema, infatti consiste nell’accertare se nel nostro ordinamento vi siano indici che portano a ritenere che l’affidamento incolpevole di un soggetto nella veridicità e correttezza delle informazioni rese da un terzo debba

---

<sup>220</sup> G. FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell’attività di revisione contabile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2013.

essere tutelato oppure se debba soccombere davanti alla tutela riconosciuta alla libertà di informazione".

Tale problematica assume un interesse ancor maggiore, nel caso in cui si tratti di informazioni di carattere economico,

Di recente, il tema si è posto con riguardo alle informazioni provenienti dalle agenzie di *rating*<sup>221</sup> (in particolare a seguito della recente «crisi» dei mutui subprime), e più in generale dagli analisti finanziari<sup>222</sup>, le cui previsioni condizionano le scelte d'investimento degli investitori.

Tradizionalmente, invece, il tema della lesione della libertà contrattuale per false informazioni ed il conseguente profilo dell'ingiustizia del danno patito dai terzi è stato

---

<sup>221</sup> Sulla responsabilità delle agenzie di *rating*, G. FACCI, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 933; ID, *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 164 ss., secondo il quale la responsabilità delle agenzie di *rating* potrebbe inquadrarsi come responsabilità da contatto sociale posto che tali agenzie agiscono secondo criteri di professionalità e che ciò determina un notevole affidamento in capo agli investitori nella correttezza delle valutazioni da esse fornite.

L'Autore precisa però che "in ogni caso, anche ragionando in termini di responsabilità contrattuale, non si può sostenere che in ogni caso in cui vi sia un default dell'emittente, nonostante il rating positivo, vi possa essere una responsabilità dell'agenzia.

È indubbio, infatti, che l'obbligazione dell'agenzia è una obbligazione di mezzi, tenuto conto della natura stessa del *rating*, consistente in una « valutazione » o « parere » sull'affidabilità creditizia dell'emittente. Al riguardo, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, se non può certo essere utilizzata per introdurre una differenziazione sul piano della disciplina della responsabilità – essendo innegabile che tutti i profili di responsabilità del professionista intellettuale, siano essi connessi ad obbligazioni di mezzi o di risultato, debbono essere ricondotti nell'ambito della disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni – può, tuttavia, essere mantenuta su un piano meramente descrittivo, per stabilire a che cosa sia tenuto il debitore di una certa obbligazione; in altre parole, la partizione viene in rilievo per individuare l'oggetto della prestazione, rispetto alla quale si dovrà valutare se il debitore ha adempiuto in modo esatto .

Nel caso di specie, l'agenzia non garantisce la solvibilità o l'affidabilità del debitore, ma semplicemente è tenuta a prestare, in modo diligente, la propria opera al fine di esprimere una valutazione precisa ed attendibile. Di conseguenza, essendo in presenza di una obbligazione di mezzi – nelle quali il mancato od inesatto risultato della prestazione non consiste nell'inadempimento, ma costituisce il danno conseguente alla non diligente esecuzione della prestazione – l'agenzia, per liberarsi da responsabilità, deve dimostrare l'esattezza dell'adempimento, provando che la sua condotta è stata conforme alle regole tecniche che dovevano essere seguite nel caso di specie".

<sup>222</sup> Sulla responsabilità degli analisti finanziari, A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 228, che si mostra favorevole a qualificare la responsabilità degli analisti finanziari come responsabilità da contatto sociale.

esaminato con riguardo all'affidamento suscitato dalla lettera di *patronage*<sup>223</sup>, con riguardo alle informazioni non veritiere provenienti dalla banca<sup>224</sup>, oppure con riguardo al prospetto informativo<sup>225</sup> o alla revisione contabile<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Nel caso in cui un istituto bancario sia indotto a concedere linee di credito, sul presupposto della veridicità delle dichiarazioni del *patronnant*. Cfr., per l'inquadramento contrattuale ex art. 1333 c.c. delle lettere cd. "forti", Cass. sez. I civ. 27 settembre 1995, n. 10235 e Trib. Milano 22 giugno 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, fasc. 4, pt. 2, p. 408 ss., con nota di S. VANONI, *Interpretazione e qualificazione delle lettere di "patronage": conferme e sviluppi in alcune recenti sentenze*. Di recente, M.C. PERCHINUNNO, *Il danno da lesione dell'affidamento suscitato dalla lettera di patronage*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 611; N. SOLDATI, *Le lettere di patronage*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1656.

<sup>224</sup> Al riguardo, il principio che sovente viene ripetuto è che la banca, in caso di richiesta di informazioni, è libera di dare o di rifiutare le informazioni richieste, ma se le fornisce deve darle veritiere, altrimenti risponde ex art. 2043 c.c..

La giurisprudenza ha affrontato l'ipotesi in cui la banca, fornendo ad un privato false od incomplete informazioni sulla situazione finanziaria di un proprio cliente, determini il primo a concludere un contratto, che si riveli successivamente dannoso proprio a causa dell'insolvenza della controparte (App. Milano, 14 marzo 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 627 secondo la quale « la banca che fornisce informazioni false o inesatte circa la situazione economica e la solvibilità di un cliente è responsabile in via extracontrattuale, verso il destinatario delle informazioni, dei danni da costui subiti (nella specie, per i finanziamenti erogati al cliente insolubile in seguito alle suddette informazioni) ») e il caso in cui la banca trattaria abbia fornito notizie (ad es., benefondi) non corrispondenti realmente alla situazione finanziaria del traente al momento della richiesta delle informazioni; su quest'ultimo tema la giurisprudenza, rifacendosi alla tradizionale ripartizione tra le due forme di responsabilità, opta per la responsabilità aquiliana nel caso di false informazioni nei confronti di terzi (cfr. tra le tante, Cass., 1 agosto 2001, n. 10492, in *Danno e resp.*, 2002, p. 90, secondo la quale « la banca trattaria, ove fornisca, pur non essendo a ciò obbligata, le informazioni richieste da altro istituto di credito in ordine alla esistenza di una sufficiente provvista per il pagamento di un assegno di conto corrente, deve dare, per non incorrere in responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., informazioni esatte e completamente veritiere con riguardo alla situazione presente al momento della richiesta, anche specificando, nel caso in cui si debba attendere il buon fine di effetti versati sul conto del traente, che i fondi non sono immediatamente disponibili ». Inoltre, Cass., 9 giugno 1998, n. 5659, in *Foro it.*, 1999, I, c. 660; Cass., 7 febbraio 1979, n. 820, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, II, p. 1042; Cass., 13 luglio 1967, n. 1742, in *Giur. it.*, 1967, I, c. 1582, hanno affermato la responsabilità della banca trattaria verso il richiedente, a titolo di illecito extracontrattuale, dei danni che possono derivare in conseguenza del pagamento o dell'accreditamento al presentatore dell'assegno sul non veritiero presupposto della sua copertura) e per la responsabilità contrattuale nel caso di false informazione fornite a un cliente (cfr. Cass., 5 luglio 2000, n. 8983, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2555, secondo la quale « l'istituto bancario che, tramite un proprio dipendente, abbia, su richiesta di un cliente correntista, fornito assicurazioni a quest'ultimo (telefonicamente o con altro mezzo di comunicazione) circa l'esistenza di fondi sufficienti al pagamento di un assegno di conto corrente è contrattualmente responsabile – configurandosi nella specie un rapporto di mandato – se le notizie così fornite non risultino, poi, rispondenti alla situazione di fatto esistente al momento della richiesta »).

Per una ricostruzione della responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi si può solo rimandare, in questa sede, a Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria)* e in *Corr. giur.*, 2008, p. 223, con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*.

<sup>225</sup> Sulla responsabilità della Consob si veda Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 907 ss., che afferma la responsabilità aquiliana di tale Autorità nei confronti degli investitori per omesso

Rimandando a quanto già in precedenza rilevato in ordine alla tematica del danno meramente patrimoniale e al problema relativo alla configurabilità di *un diritto* del singolo a ricevere informazioni corrette, occorre qui rilevare che la giurisprudenza che si è occupata di tali tematiche ha generalmente optato per l'applicazione della tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale giungendo a individuare questa seconda forma di responsabilità in tutti i casi in cui non ci fosse un vero e proprio contratto tra i soggetti tra i quali avveniva lo scambio delle informazioni.

Solo di recente si coglie qualche sporadico segno di apertura verso una nuova considerazione della natura giuridica della responsabilità da inesatte informazioni; i giudici cominciano, infatti, ad affrontare alcune di tali tematiche facendo riferimento, in modo ancora timido, alla teoria del contatto sociale.

---

controllo sulla veridicità del prospetto. Ritiene invece che anche tale responsabilità debba inquadrarsi come responsabilità contrattuale per violazione dell'affidamento C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, op. ult. cit.*, p. 524). Sul punto anche G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob, in Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano e Visintini, Padova, 2006, 286.

<sup>226</sup> In questa fattispecie, tuttavia, è già stato superato il problema dell'ingiustizia del danno patito dal terzo e, di conseguenza, se sussista un diritto tutelato di quest'ultimo a ricevere informazioni corrette. Il legislatore, infatti, con l'art. 164, comma 2°, T.u.f. prima e con l'art. 2409, *sexies* c.c. poi, ha espressamente previsto la responsabilità non solo nei confronti della società che ha conferito l'incarico ma anche nei confronti dei terzi danneggiati. Sulla natura extracontrattuale della responsabilità delle società di revisione si veda, prima della riforma del diritto societario, Cass. civ. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno resp.* 2003, p. 537 ss., con nota di A. ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione e solidarietà*; in *Danno resp.*, 2003, p. 365 e V. SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, p. 1513; in *Foro it.*, 2003, I, c. 2147 ss., con nota di A. FABRIZIO-SALVATORE; in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 441ss., con nota di T. DI MARCELLO, *La responsabilità delle società di revisione nei confronti dei terzi tra violazione di obblighi e lesione di interessi protetti*. Dopo l'introduzione della nuova normativa (art. 2409, *sexies* c.c.) si è sostenuto (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, op. ult. cit.*, p. 516) che la regola, peraltro redatta con tecnica grossolana, mette insieme responsabilità di varia natura e in particolare mentre nei confronti dei "terzi generici" (investitori senza altra qualificazione) la responsabilità sarebbe aquiliana, nei confronti dei "terzi specifici" (gente in vista del cui investimento la revisione è operata, creditori della società) la responsabilità sarebbe contrattuale per violazione degli obblighi di buona fede generati dall'affidamento.

In particolare, in un caso di false e non trasparenti informazioni fornite dalla banca nella negoziazione di prodotti finanziari, una recente pronuncia di merito ha accolto la tesi del contatto nel caso “4 You”<sup>227</sup>.

Secondo i giudici, la mancanza di chiarezza della disciplina contrattuale del diritto di recesso da un contratto relativo ad un prodotto finanziario di lunga durata incide sulla possibilità per l’investitore di valutare il rischio dell’operazione e si risolve in una violazione da parte dell’intermediario dell’art. 21 del TUF e dell’art. 28 del reg. Consob.

Costituisce violazione della regola di cui all’art. 32 reg. Consob (cd. best execution) l’applicazione, nell’ambito di un prodotto complesso, di un tasso passivo di finanziamento superiore a quello di mercato per l’acquisto di analoghi prodotti finanziari.

L’informazione da parte dell’intermediario dell’esistenza del conflitto di interessi deve espressamente illustrare la natura e le caratteristiche del conflitto e la situazione concreta nella quale lo stesso si esplica. In difetto non può ritenersi sussistente il consenso informato dell’investitore.

Tra intermediario e cliente si instaura per “contatto sociale” un rapporto giuridico nell’ambito del quale l’intermediario assume anche una specifica obbligazione di informazione e vigilanza nell’interesse del cliente a salvaguardia dell’affidamento legittimamente ingenerato nel risparmiatore dal carattere “protetto” dell’attività di intermediazione mobiliare: la fonte dell’obbligazione è quindi il rapporto giuridico che si attua antecedentemente alla conclusione del contratto ed il contenuto di essa è

---

<sup>227</sup> Trib. Rimini 21 aprile 2007, n. 442, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

dettagliatamente tipizzato dal complesso delle norme a tutela degli investitori e dev'essere valutato ai sensi dell'art. 1176, II comma cod. civ. sulla base delle regole della specifica attività professionale. L'inosservanza di detta obbligazione costituisce pertanto inadempimento imputabile all'intermediario e dà luogo a responsabilità contrattuale.

Sempre in tema di obblighi informativi, in una recentissima decisione la Suprema Corte<sup>228</sup>, affrontando il problema dei limiti della mediazione "tipica" rispetto al mandato (cui riconduce la cd. mediazione atipica), ha qualificato la responsabilità del mediatore per violazione degli obblighi informativi verso le parti come responsabilità da contatto sociale.

In primo luogo, la Corte distingue la mediazione tipica ex art. 1754 c.c., fattispecie in cui il mediatore agisce senza vincoli e quindi in posizione di imparzialità, dalla mediazione atipica che, basandosi su un incarico attribuito da una parte al mediatore, va propriamente ricondotta al mandato.

La prima conseguenza riguarda il corrispettivo: il mediatore - mandatario non ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti ma solo dal mandante.

Ulteriore conseguenza si ha in tema di responsabilità: nella mediazione tipica la responsabilità del mediatore, nel caso di violazione degli obblighi di correttezza e di informazione, si configura come responsabilità da "contatto sociale"; nel caso in cui il mediatore agisca invece come mandatario, risponderà dei danni arrecati a terzi da un

---

<sup>228</sup> Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *I contratti*, 12/2009, p. 1085, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Mediazione tipica e atipica e contratto di mandato*.



suo comportamento illecito ex art. 2043 c.c., (non escludendosi in proposito un'eventuale corresponsabilità del mandante).

Appare significativo rilevare che il Supremo Consesso precisa che “se prima facie la responsabilità del mediatore *non mandatario* appare di natura extracontrattuale, risulta preferibile, *riguardando la stessa una figura professionale*, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità da contatto sociale; infatti, tale situazione è riscontrabile nei confronti dell'operatore di una professione sottoposta a specifici requisiti formali ed abilitativi, come nel caso di specie in cui è prevista l'iscrizione ad un apposito ruolo, ed a favore di quanti, utenti-consumatori, fanno particolare affidamento nella stessa per le sue caratteristiche (si pensi, ad esempio, alle c.d. agenzie immobiliari dalle particolari connotazioni professionali ed imprenditoriali)

Da tale configurazione di responsabilità a carico del mediatore, che opera ai sensi dell'art. 1754 c.c., in caso di contenzioso tra il mediatore stesso e le parti, deriva sia che e il primo che deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile, in base alla richiamata diligenza ex art. 1176 c.c., comma 2, nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico (mentre spetta alle seconde fornire prova esclusivamente dell'avvenuto contatto ai fini della conclusione dell'affare), sia che il termine di prescrizione per far valere in giudizio detta responsabilità del mediatore è quello ordinario decennale (e non quello quinquennale della responsabilità ex art. 2043 c.c.).

Ancora, per quanto già esposto, è evidente che l'attore che agisce per ottenere la provvigione di una mediazione da lui effettuata ha l'onere di dimostrare di non aver agito in posizione di mandatario di una delle parti”.

Vanno inoltre menzionate due importanti decisioni dei giudici di legittimità che hanno riguardato ancora la responsabilità della banca ma in fattispecie diverse da quelle relative agli obblighi di corretta informazione.

Una recentissima pronuncia della Suprema Corte<sup>229</sup> ha avuto ad oggetto la responsabilità della banca per omessa attivazione per evitare il protesto di un titolo pagato.

Secondo gli Ermellini, la banca presso cui il pagherò cambiario risulta pagabile, qualora abbia notizia dell'intervenuto pagamento, ha l'obbligo di attivarsi per impedire che, attraverso il protesto, si verifichino gli effetti pregiudizievoli di un evento che non ha più ragione d'essere a fronte dell'intervenuto pagamento del titolo; in mancanza di tale attivazione, si configura una responsabilità da contatto, oltre che una responsabilità da comportamento omissivo, in relazione all'affidamento incolpevole dell'interessato, che abbia comunicato l'avvenuto pagamento dell'effetto cambiario.

Da ultimo, ma certamente di grande rilievo sotto il profilo sistematico, va segnalata la pronuncia delle Sezioni Unite<sup>230</sup> sulla controversa questione della natura della

---

<sup>229</sup> Cass. 13 maggio 2009, n. 11130, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Nella specie, il pagamento era avvenuto il primo dei due giorni successivi alla scadenza e l'ordine di ritiro era pervenuto alla banca in tempo utile per effettuare le comunicazioni al notaio, ai sensi dell'art. 9 della legge 12 giugno 1973, n. 349.

<sup>230</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, cui si rinvia per la ricostruzione del quadro giurisprudenziale precedente; e in *Danno e resp.*, 2008, p. 165, con nota di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, il quale sostiene che la responsabilità in esame andrebbe ricondotta nel novero delle responsabilità "speciali" (rinvenendosi notevoli somiglianze con l'art. 2050 c.c.); sulla base di tale rilievo, l'Autore dissente rispetto all'idea ricorrente secondo cui la responsabilità contrattuale offre una tutela maggiore atteso che, se si assimila tale ipotesi all'art. 2050 c.c., la distinzione nel caso di specie tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale sfuma, differenziandosi essenzialmente solo con riguardo alla prescrizione.

responsabilità che l'art. 43 Legge Assegno fa ricadere sulla banca che abbia negoziato un assegno munito di clausola di non trasferibilità in favore di persona non legittimata.

Su tale problema si dividevano il campo varie impostazioni giurisprudenziali, che riconducevano di volta in volta la responsabilità della banca all'illecito aquiliano o, per converso, all'illecito contrattuale ovvero a una forma sui generis di responsabilità quasi-contrattuale.

Attraverso un vero e proprio excursus ricostruttivo del sistema della responsabilità nel nostro ordinamento, i giudici di legittimità prendono atto degli approdi giurisprudenziali in tema di responsabilità medica o dell'insegnante per le autolesioni dell'alunno e ne ampliano i margini fino a comprendervi la fattispecie esaminata.

Ciò in quanto "la previsione del secondo comma del citato art. 43, in virtù della quale colui che paga malamente l'assegno non trasferibile ne assume responsabilità, letta in combinazione con le norme dettate dal comma precedente in ordine ai soggetti in favore dei quali l'assegno deve essere pagato, sta appunto a significare che la responsabilità del banchiere dipende dalla violazione di quelle norme. E' bensì vero che l'ordinamento conosce anche casi di responsabilità aquiliana contemplati da norme specifiche, che costituiscono attuazione del principio generale posto dall' art. 2043 cc, ma deve pur sempre trattarsi di situazioni nelle quali la responsabilità si manifesta primariamente nell'obbligo risarcitorio. Qui, invece, in capo al banchiere presso cui l'assegno non trasferibile è posto all' incasso sorge, prima d'ogni altro, un obbligo professionale - derivante dalla sua stessa funzione, in considerazione della quale la legge stabilisce, appunto, che l'assegno possa esser girato per l'incasso solo ad un banchiere - di far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole

che ne presidiano la circolazione e l'incasso. E la responsabilità deriva appunto dalla violazione di un siffatto obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo ed al buon fine della sottostante operazione: obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto. Il che, per le ragioni dianzi chiarite, necessariamente conduce fuori dall'ambito della responsabilità aquiliana, non permette di configurare un caso di responsabilità ex lege (intesa come responsabilità da atto lecito) e porta invece a concludere per la natura (lato sensu) contrattuale della responsabilità ricadente sulla banca a norma del citato art. 43, comma 2, 1.assegno”.

Pur non citando espressamente quell'orientamento che, in altre fattispecie, ha individuato nel contatto sociale la fonte dell'obbligazione, il riferimento alla professionalità della banca e alla natura “lato sensu” contrattuale della responsabilità attesa la violazione di un *obbligo di protezione “preesistente, specifico e volontariamente assunto”*, espressione densa di indicazioni per la ricostruzione del sistema della responsabilità, portano a ritenere che tale pronuncia può a ragione essere inquadrata in quel filone pretorio, suggellandolo con l'autorevole avallo delle Sezioni Unite<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Si veda, da ultimo e conformemente, anche Cass., 24 ottobre 2008, n. 25725, in *Danno resp.*, 2009, 8-9, p. 846 ss. con nota di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca girataria per l'assegno non trasferibile incassato da non legittimato*, che mostra di aderire alla tesi che accosta l'art. 43 L.Assegno all'art. 2050 c.c. e ritiene non soddisfacente l'inquadramento della responsabilità (contrattuale) della banca girataria come responsabilità da contatto sociale poiché, in primo luogo, l'affidamento nei confronti della banca medesima non deriva in alcun modo da una scelta del danneggiato né da una scelta del danneggiante, avendosi, più che un affidamento verso un soggetto determinato, un affidamento verso il “sistema bancario”; in secondo luogo non ci sarebbe un vero e proprio contatto tra banca e danneggiati né potrebbe ricavarsi dalla previsione di una responsabilità ad hoc l'imposizione di un obbligo in capo alla banca.

## CAPITOLO 3

### ANALISI CRITICA DELLA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE

#### *1. Alcune precisazioni*

Nei precedenti capitoli si è ricostruito il percorso che ha condotto dalla elaborazione dottrinale della teoria del contatto sociale alla sua concreta utilizzazione da parte della giurisprudenza per dare soluzione ad alcune fattispecie di non poco momento.

Quest'ultima parte del lavoro sarà dedicata ad alcune riflessioni personali sul tema, nella consapevolezza che esso presenta particolari difficoltà, coinvolgendo tematiche fondamentali del nostro sistema del diritto privato come la responsabilità civile, la teoria dell'obbligazione e la teoria delle fonti.

Un dato però pare essere pacifico: la giurisprudenza, nella sua espressione massima, ha definitivamente accolto la teoria del contatto sociale qualificato legittimando quindi all'interno del nostro ordinamento una impostazione dottrinale accolta con molte perplessità dalla gran parte della dottrina.

L'accoglimento della teoria del contatto sociale riguarda due importanti fattispecie quali la responsabilità dell'insegnante per le autolesioni dell'alunno e, soprattutto, la responsabilità del medico dipendente.

Accanto a queste ipotesi suggellate dall'autorevole avallo delle Sezioni Unite, la giurisprudenza ha applicato la teoria del contatto sociale in altre fattispecie in relazione alle quali, però, non si registra tale pacifica lettura: si pensi, per citare la fattispecie più importante, alla responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi.

Ciò posto e prima di procedere oltre, occorre effettuare alcune precisazioni sui presupposti comuni in presenza dei quali la tesi favorevole ritiene di poter applicare la teoria in esame:

- a) un contatto tra sfere giuridiche (in presenza del quale la responsabilità aquiliana viene considerata insoddisfacente poiché essa viene vista come “responsabilità del passante”)
- b) lo status professionale in capo al danneggiante;
- c) l'affidamento in capo al danneggiato.

La professionalità può essere determinata da una serie di circostanze: può essere attestata o certificata da titoli abilitativi (es. medico, avvocato, notaio, revisore ecc) prescritti dalla legge o può essere riferita semplicemente a un bagaglio di esperienza acquisita da chi opera in un certo settore per un tempo rilevante, a prescindere da un qualunque titolo prescritto da norme di legge.

L'affidamento presuppone la professionalità dell'operatore ma può sorgere in entrambi i suddetti casi, cioè anche in assenza o a prescindere da un titolo abilitativo a una determinata professione oltre che nel caso in cui il titolo abilitativo, pur prescritto dalla legge, sia assente ovvero nullo.

Al fine di garantire una “soglia” di certezza alle determinazioni giudiziali, sembra ragionevole attribuire rilevanza al solo affidamento fondato su una professionalità accertata secondo prescrizioni di legge attraverso il conseguimento di titoli abilitativi alla professione.

Se invece si volesse allargare il discorso anche all'affidamento fondato sulla mera esperienza non certificata della controparte, allora si finirebbe per svuotare il senso della certificazione amministrativa richiesta ai fini dello svolgimento di attività particolarmente complesse.

Dunque un primo punto: l'affidamento, intanto può essere fonte di obbligazioni, in quanto fondato su una professionalità non già “certa” ma “accertata” in via amministrativa da titoli abilitativi.

Si deve tuttavia rilevare che l'affidamento alla base della tesi del contatto sociale è inteso come affidamento nella professionalità dell'agente e non tanto come affidamento nel risultato, atteso che anche di fronte a “materie inesplorate” il professionista deve garantire un apporto professionale pur senza poter garantire il risultato.

Appare ragionevole, comunque, anche in presenza dei suddetti titoli, richiedere al giudice una valutazione in concreto in ordine all'affidamento laddove, nonostante il titolo, il soggetto abilitato si trovi a fronteggiare una materia particolarmente complessa, ad esempio perché trattasi di una fattispecie assolutamente nuova o di un intervento medico assolutamente innovativo.

Sarebbe allora la norma che prescrive un certo titolo abilitativo a giustificare, in presenza del medesimo, l'affidamento della parte nella professionalità dell'operatore, salvo casi eccezionali di particolare difficoltà o assoluta novità della fattispecie.

Alla luce di tali considerazioni, il campo di applicazione della teoria in esame va limitato se è vero che non il mero contatto genera l'obbligazione ma il contatto dal quale possa derivare un affidamento nella professionalità dell'operatore e che tale affidamento deve essere "ragionevole" perché fondato su un'abilitazione richiesta dalla norma.

Tale ragionevolezza, infine, va verificata in concreto dovendosi escludere laddove nonostante la presenza del titolo abilitativo, la concreta fattispecie non consenta di poter ritenere di far affidamento sulla professionalità altrui.

## ***2. Critica alla teoria del contatto sociale***

La teoria del contatto sociale non convince sotto plurimi aspetti.

In primo luogo, sotto il **profilo sistematico**, va evidenziato il pericolo della potenziale espansione illimitata a ogni forma di "contatto" tra soggetti, con parallela espansione della responsabilità da inadempimento di obbligazioni e sostanziale "*interpretatio abrogans*" della responsabilità aquiliana.

Sotto tale profilo, non si può non convenire con quell'opinione secondo la quale la teoria in parola finisce per stravolgere la *summa divisio* tra responsabilità contrattuale (*rectius* da inadempimento) e responsabilità extracontrattuale.

Ciò in quanto il contatto sociale potrebbe rintracciarsi in qualsiasi evento da cui derivi una qualche forma di danno; appare invero suggestivo l'esempio, proposto da



autorevole dottrina<sup>232</sup>, riguardante la responsabilità da incidente automobilistico causato da inosservanza dell'obbligo di dare la precedenza a chi proviene da destra, ipotesi in cui il contatto avrebbe una sua evidente materialità e che finirebbe per dar luogo a responsabilità per inadempimento se si individuasse un obbligo di protezione in capo ad ogni automobilista nei confronti degli altri.

La conseguenza sarebbe un eccessivo ampliamento del campo di applicazione della responsabilità ex art. 1218 c.c., che finirebbe per diventare il vero *genus* tra le forme di responsabilità, ciò che si pone in netto contrasto con l'impostazione codicistica.

Dall'altro lato, la responsabilità aquiliana sarebbe relegata a un ruolo marginale e residuale, finendo per ricomprendere le sole ipotesi di responsabilità oggettiva, in cui si prescinde dalla colpa e da ogni forma di contatto tra sfere giuridiche.

Né la tesi in parola può condividersi sotto il **profilo sostanziale**.

Come si è visto nelle pagine precedenti, tale teoria individua nelle fattispecie esaminate degli obblighi di protezione che troverebbero la loro fonte nell'affidamento derivante dal contatto e la cui violazione darebbe luogo a responsabilità per inadempimento di obbligazioni.

Ora, a parere dello scrivente, tale affermazione non può condividersi né con riferimento alla individuata fonte delle obbligazioni né laddove assimila le varie fattispecie sotto il profilo contenutistico (qualificando le rispettive situazioni giuridiche soggettive come obblighi di protezione o obbligazioni senza prestazione).

---

<sup>232</sup> G. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 2677.

Con riferimento al problema della fonte dell'obbligazione, inaccettabile appare la premessa stessa della teoria del contatto sociale e cioè che fonte dell'obbligazione sarebbe l'affidamento.

Sebbene l'art. 1173 c.c. si presenti come una norma "aperta" nel cui alveo possono ricondursi fonti atipiche di obbligazioni, pretendere di far sorgere dall'affidamento delle obbligazioni significa ammettere che da uno stato d'animo soggettivo di una parte possano derivare in capo all'altra delle obbligazioni da adempiere.

Ciò lascia perplessi per l'indeterminatezza e incontrollabilità della pretesa "fonte" oltre che per l'assenza di qualunque aggancio positivo della medesima; uno dei soggetti del rapporto, infatti, si ritroverebbe ad essere destinatario di obbligazioni di cui non conosce l'esistenza fino al momento stesso della violazione!

Più ragionevole appare ricondurre la fonte dell'obbligazione, *nei casi in cui sia possibile individuare una vera e propria obbligazione nelle fattispecie esaminate (come subito si dirà)*, alla stessa legge.

Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina dell'attività del professionista: in primo luogo, è necessario che le obbligazioni gravanti sul professionista siano predeterminate positivamente affinché il professionista conosca, prima di operare concretamente, il perimetro che la legge stabilisce alla sua condotta e quali sono le conseguenze della violazione di tali obbligazioni.

Inoltre, tale aggancio normativo costituisce un importante parametro per il giudice che effettui la valutazione in merito alla ragionevolezza dell'affidamento formatosi in capo alla parte, valutazione massimamente complessa se ridotta a indagine rivolta alla sfera interna soggettiva della parte lesa; la valutazione del giudice deve invece dirigersi

verso la norma che disciplina la professione onde individuare il contenuto della condotta richiesta al professionista.

In quest'ottica, viene meno la necessità del riferimento all'affidamento e al contatto, se non in via meramente descrittiva: l'obbligazione in capo al professionista nasce dalla legge e *dunque il contatto può essere semmai il presupposto di fatto al quale la norma ricollega il sorgere dell'obbligazione in capo al professionista.*

In presenza di tale presupposto è la norma a porre in capo al professionista determinate obbligazioni, essendo l'affidamento un mero stato d'animo interno alla parte lesa che rimane estraneo alla valutazione del giudice.

Tale impostazione consente di superare la concezione della responsabilità per violazione dell'affidamento e tutte le perplessità di ordine valutativo esaminate sopra, in particolare quelle relative alla ragionevolezza dell'affidamento: nella prospettiva qui accolta, il riferimento alla norma come fonte dell'obbligazione fa sì che alcuna valutazione dell'affidamento sia necessaria atteso che è la norma stessa, nel far sorgere obbligazioni in capo al professionista, a relegare alla sfera personale della parte lesa l'affidamento.

Se è vero che la *summa divisio* tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale dipende dalla violazione di una preesistente obbligazione e che l'obbligazione preesistente che dà luogo a responsabilità ex art. 1218 c.c. può trovare la sua fonte anche nella stessa legge che si proponga la tutela di particolari interessi, si deve concludere che le ipotesi esaminate vanno ricondotte alla responsabilità contrattuale in quanto la legge determina obblighi in capo al professionista la cui violazione non può che essere sanzionata ex art. 1218 c.c..

Il problema relativo alla “utilità” del “contatto sociale” investe il profilo della individuazione della fonte dell’obbligazione: se si aderisce all’impostazione che ravvisa nella legge la fonte dell’obbligazione, si deve concludere che non è necessario “inventarsi” una nuova fonte di obbligazioni ex art. 1173 c.c. (il contatto sociale) per giustificare l’attrazione della responsabilità professionale alla disciplina contrattualistica.

E’ la corretta interpretazione dei concetti che conduce *de plano* a tale conclusione, in quanto, laddove si configurino obbligazioni (*rectius* obblighi) previste dalla legge, l’inadempimento di siffatte obbligazioni non può che rientrare nella disciplina di cui all’art. 1218 c.c..

Ma, a parere dello scrivente, il *punctum dolens* della teoria del contatto è, più a monte, nell’assimilazione delle fattispecie dal punto di vista contenutistico e nella riconduzione alla categoria unitaria degli obblighi di protezione (o obbligazioni senza prestazione).

Occorre chiedersi, infatti, se trattasi in tutti i casi di veri e propri obblighi di protezione o se, al contrario, non si sia di fronte a situazioni differenziate.

Come ha efficacemente rilevato autorevole dottrina<sup>233</sup>, il punto centrale della questione sta nel delineare con precisione i punti di discriminazione tra i “doveri”, che si fondano sul principio generale di diligenza e la cui violazione rileva ex art. 2043 c.c., e i veri e propri obblighi o, meglio, obbligazioni dalla cui violazione nasce la responsabilità contrattuale.

---

<sup>233</sup> G. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 2677; ID, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 7-8-9/2008; ID., *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1543 ss..

L'opinione tradizionale che colloca la linea di confine nell'individuazione di un rapporto preesistente tra soggetti determinati sembra di recente avallata dalle Sezioni Unite<sup>234</sup>, secondo cui è bensì vero che l'ordinamento conosce anche casi di responsabilità aquiliana contemplati da norme specifiche, che costituiscono attuazione del principio generale posto dall' art. 2043 c.c., ma deve pur sempre trattarsi di situazioni nelle quali la responsabilità si manifesta primariamente nell'obbligo risarcitorio, mentre laddove la responsabilità deriva dalla violazione di un **obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto**, si transita sul terreno della responsabilità ex art. 1218 c.c.<sup>235</sup>.

Ferma questa impostazione, che si pone come base della *summa divisio* tra i due tipi di responsabilità contemplati dal nostro ordinamento, dall'analisi delle fattispecie esaminate emergono, a parere dello scrivente, situazioni giuridiche soggettive non assimilabili tra loro, perché di differente contenuto<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, cui si rinvia per la ricostruzione del quadro giurisprudenziale precedente; e in *Danno e resp.*, 2008, p. 165, con nota di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*.

<sup>235</sup> Una autorevole dottrina (A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 966), sulla scia dei recenti guadagni della giurisprudenza di legittimità in ordine alla riconosciuta penetrazione della responsabilità all'interno del micromondo della famiglia, ritiene si debba abbandonare l'idea dell'applicazione della responsabilità aquiliana "in un ambito dove, ben oltre il rapporto contrattuale, le relazioni hanno le caratteristiche dell'intimità domestica".

Non può negarsi, infatti, che le relazioni familiari, sia i rapporti orizzontali tra coniugi che i rapporti verticali tra genitori e figli, si connotano per una serie di obblighi previsti dal codice civile a tutela della famiglia così come scolpita nell'art. 29 c. 2 Cost..

Tali rapporti, lungi dal tradursi in meri doveri di non ledere, implicano un *quid pluris* in virtù della rilevanza dei "beni" protetti e certamente non assumono la veste di vere e proprie obbligazioni attese l'inesistenza di una prestazione patrimoniale.

Secondo tale tesi, se il rapporto professionale sembra fondare obblighi di protezione a prescindere dall'esistenza di un vero e proprio contratto, *a fortiori* tali obblighi devono ritenersi sussistenti nel più forte dei vincoli, cioè il vincolo familiare.

<sup>236</sup> Secondo G. DI GIANDOMENICO, *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1545, la stessa espressione "obbligazione senza prestazione", all'interno della quale le fattispecie esaminate vengono ricondotte in modo unitario dai sostenitori della teoria del contatto sociale, sarebbe un

Si pensi alle distanze che intercorrono tra la posizione del medico dipendente della struttura ospedaliera, chiamato a presidiare un bene di primario rilievo costituzionale, e la posizione della P.A., che invece esercita poteri di vario contenuto per finalità pubblicistiche.

Tali conclusioni discendono dall'analisi delle singole fattispecie.

Quanto alla **responsabilità del medico dipendente**, la professione medica è ampiamente disciplinata da norme internazionali (Convenzione di Oviedo) e interne derivanti dal fondamentale principio espresso dall'art. 32 Cost. a tutela della salute (L. 833/1978).

Si ritiene di poter aderire a quella prospettiva secondo la quale, al fine di cogliere la natura della responsabilità medica, si deve partire dalla circostanza che il medico svolge una professione *c.d.* protetta, per l'esercizio della quale si rende necessario il rilascio di una speciale abilitazione da parte dell'ordinamento statale.

Dal rilascio dell'abilitazione deriva, in capo al medico, l'impegno ad essere solidale con lo Stato per il raggiungimento degli scopi che lo Stato si propone di conseguire, primo fra tutti quello di tutelare e garantire il bene della salute di tutti i cittadini.

La derivazione legale dell'obbligo di cura consente di superare le perplessità legate alle tesi che fanno discendere l'obbligazione in capo al medico dipendente nei confronti del paziente dal contratto tra struttura e medico, qualificato come contratto a favore del terzo (paziente) con conseguente diritto a chiedere la prestazione al medico, ovvero come contratto a effetti protettivi nei confronti del terzo (paziente) con conseguente

---

ossimoro in quanto nel nostro ordinamento l'obbligazione postula una prestazione di tal che se non c'è una prestazione non è possibile individuare neanche una obbligazione in senso tecnico.

assenza del diritto alla prestazione del medico in capo al paziente, il quale potrebbe invocare una tutela più limitata nel caso di violazione degli obblighi di protezione ex art. 1218 c.c.<sup>237</sup>.

---

237 Tali tipologie contrattuali sono state invocate nei casi specifici di responsabilità del medico per i danni arrecati al nascituro.

La tesi che ricostruisce la natura contrattuale della responsabilità del medico nei confronti del nascituro attraverso il modello del contratto a favore del terzo (su tale istituto, in generale, si veda L. V. MOSCARINI, *Negozi a favore di terzo*, Milano, Giuffrè, 1970), pur accolta da parte della dottrina e della giurisprudenza (cfr. Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Resp. civ. prev.*, 1990, p. 1039, con nota di E. NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*), è stata superata dalla giurisprudenza di legittimità che, a partire dalla sentenza della Suprema Corte del 22 novembre 1993 n. 11503, ha accolto la figura di matrice tedesca del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo evidenziando i punti deboli della tesi fondata sull'istituto di cui all'art. 1411 c.c..

Sul punto è utile riportare il passo centrale della citata sentenza: "Il riferimento al contratto a favore di terzo, contenuto nel ricorso, presenta, indubbiamente, notevoli difficoltà. È stato osservato in proposito che l'art. 1411 c.c. non pone limitazioni al riguardo, sottolineandosi che il contratto si perfeziona in ogni caso con l'incontro delle volontà degli stipulanti, mentre l'adesione del terzo assolve alla sola funzione di rendere irrevocabile la pattuizione (Cass. 4.2.1988, n. 1136, etc.); che, inoltre, il nascituro rimane terzo rispetto al contratto. Questa Corte ha avuto modo, del resto, di riconoscere la validità di un contratto a beneficio di un soggetto non ancora giuridicamente esistente, quale una società da costituirsi su iniziativa degli stessi contraenti, che venga ad acquistare i diritti derivanti dal contratto medesimo solo al momento della sua costituzione (Cass. 30.3.1982, n. 1990). Ad estendere il principio al nascituro non sarebbe di ostacolo l'art. 1411 c. 3 c.c., che consolida gli effetti del contratto ("la prestazione") in capo allo stipulante, "in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne", il quale trova un limite oltre che nella diversa volontà delle parti, nella natura stessa del contratto. È piuttosto l'oggetto dello specifico preteso contratto a favore del terzo che ne costituisce un insormontabile ostacolo. Nulla questione, ovviamente, per le prestazioni a favore del neonato, per le quali, anziché al contratto a favore di terzo, occorrerebbe piuttosto far riferimento ai principi della rappresentanza di cui all'art. 320 c.c. (che, di per sé, lo escluderebbero). Il problema sorge, piuttosto, per le specifiche prestazioni a favore del nascituro, in ordine alle quali questi non potrebbe giammai assumere la posizione di creditore, difettando ancora in lui la personalità giuridica. Ne potrebbe soccorrere il richiamato art. 320 c.c., per il quale i genitori rappresentano i figli "nati e nascituri", poiché la rappresentanza troverebbe pur sempre, in tal caso, il limite dei diritti richiamati dall'art. 1 c. 2 c.c.. È stato posto in rilievo, tuttavia, come numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Si parla di "contratti con effetti protettivi a favore dei terzi", nell'ambito dei quali, in caso di inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale è posta quella previsione. Col ricovero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) - qualsiasi possibile danno. La controparte del contratto rimane sempre la partoriente, o, comunque, colui che lo abbia stipulato, ma il terzo, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, non è più il nascituro, bensì il nato, anche se le prestazioni debbono essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita. È quindi il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, che può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia e protezione di uno suo specifico interesse, anche se le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla sua nascita".

Allo stesso modo inutile appare lo sforzo compiuto dai sostenitori della tesi del contatto sociale di sganciare l'obbligazione del medico nei confronti del paziente dal rapporto contrattuale tra medico e casa di cura, fondandola sul mero affidamento derivante dal contatto sociale col paziente.

Quanto al contenuto dell'obbligo del medico, con la **sentenza 589/1999** si giunge a una nuova definizione dell'area della colpa medica: secondo la tesi che sostiene la natura aquiliana della responsabilità del medico, quest'ultimo dovrebbe essere chiamato a rispondere solo per *culpa in faciendo* (cioè solo qualora abbia peggiorato la condizione del paziente per colpa); si è già sottolineato come in realtà il sottosistema pretorio consentisse l'elusione di tale postulato, posto che i giudici, pur qualificando la responsabilità come extracontrattuale, valutavano anche la *culpa in non facendo*.

La sentenza 589/1999 supera tali contraddizioni statuendo<sup>238</sup> che all'operatore di una professione protetta, cui è affidata la tutela di beni di rilievo primario come la salute ai

---

Anche la tesi che configura un contratto a effetti protettivi nei confronti del terzo (paziente), pur ribadita anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità, suscita perplessità laddove sostiene che il paziente è il terzo protetto dal contratto intervenuto tra struttura e medico atteso che il Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte non consente di estendere in favore del terzo un obbligo di protezione che non sia dovuto alla controparte.

Problema questo che le teorie che individuano nel contatto sociale la fonte delle obbligazioni del medico risolvono fondando la protezione del terzo sul principio della responsabilità contrattuale da violazione dell'affidamento, di tal che non avrebbe molto senso creare nel nostro ordinamento una corrispondente figura del contratto con effetto di protezione per il terzo.

Per approfondimenti si rinvia al Capitolo 1 del presente lavoro.

<sup>238</sup> Così si esprime il relatore della sentenza in esame: "la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Cio' è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il "pubblico è obbligato per legge a valersi" (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto.



sensi dell'Art. 32 Cost., si richiede non già di non aggravare la condizione del paziente bensì un *facere* assai complesso che conduca alla cura del degente e che non può che avere il medesimo contenuto a prescindere dall'esistenza di un contratto di prestazione professionale.

Pur non essendo configurabile un contratto relativo alla prestazione professionale, nella sentenza 589/1999 si afferma che la responsabilità del medico dipendente ha natura contrattuale a cagione dell'affidamento derivante dal contatto sociale; tale responsabilità, tuttavia, viene assolutamente equiparata a quella del medico libero professionista che opera in base a un contratto di prestazione professionale, essendo identico il bene protetto, di tal che in entrambi i casi il medico deve rispondere anche *per culpa in non faciendo*.

Come rilevato nel precedente Capitolo, le perplessità sollevate da tale storica sentenza laddove accostava l'obbligazione senza prestazione a una responsabilità ampia del medico strutturato, tenuto non solo a non peggiorare ma a un'azione positiva di cura del paziente, vengono chiarite dalla successiva sentenza 8826/2007.

Il suggello definitivo deriva dalla storica **sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 577/2008**<sup>239</sup>, che sembra aderire alle critiche mosse a tale figura da altra

---

La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica *ab origine* l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui".

<sup>239</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, nonché p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; e p. 788 con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 77, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*. Sul tema della causalità nella responsabilità medica si veda Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*,

autorevole dottrina<sup>240</sup>, che già in sede di commento alla storica sentenza del 1999 aveva demolito l'idea di un'obbligazione medica "senza prestazione" ritenendo invece configurabile in capo al medico una vera e propria obbligazione di prestazione.

Al di là dei rischi, già esaminati, di eccessiva penalizzazione del medico dipendente attraverso la cristallizzazione di una responsabilità sostanzialmente oggettiva, ciò che occorre rilevare è che anche la giurisprudenza che accoglie la tesi del contatto sociale rifiuta l'idea dell'obbligazione senza prestazione e opta per un modello unitario di **responsabilità da inadempimento di un'obbligazione "piena"**<sup>241</sup>.

In questo quadro, sembra doversi condividere l'esigenza di staccare la responsabilità medica dalla mera obbligazione senza prestazione, posto che non si può ritenere che sul medico gravi una mera obbligazione di protezione in virtù della primaria importanza dei beni oggetto di tutela.

La tutela di tali beni richiede che al paziente si debba riconoscere la possibilità di agire anche nel caso in cui la cura si sia rivelata semplicemente inutile (ancorché non

---

2008, p. 1011 ss., con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*.

<sup>240</sup> In particolare, A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, op. ult. cit.*, p. 446.

<sup>241</sup> Tale modello di responsabilità, che equipara le posizioni della struttura e del medico dipendente, non raccoglie unanimi consensi: si evidenzia infatti come le suddette posizioni andrebbero al contrario differenziate atteso che, se per la struttura sanitaria una responsabilità agganciata a criteri oggettivi appare auspicabile posto che ad essa competono i profili organizzativi dell'attività medica, per il medico, invece, onde evitare le conseguenze penalizzanti appena descritte, dovrebbe tornarsi a condizionare la responsabilità a standard di diligenza desumibili da protocolli scientifici facendo gravare sul medico stesso l'onere di tale prova.

Verso l'abbandono del modello unitario della responsabilità sembrano dirigersi i progetti di riforma della professione medica attualmente allo studio del Parlamento i quali si propongono l'obiettivo comune di canalizzare sulla struttura la responsabilità per i danni subiti dal paziente nel corso delle cure da essa erogate.

Si vedano i Disegni di legge presentati nel 2008 dal senatore Tommasini (n. 50/2008) (successivamente ritirato), dal senatore Gasparri e altri (n. 1067/2008), dalla senatrice Bianchi (n. 1183/2008), i quali sono tappe di un percorso unitario verso la predisposizione di un modello differenziato di responsabilità, basato sul rischio connesso all'organizzazione per la struttura e sulla colpa professionale per il medico.

dannosa), cioè per la mera *inalterazione della condizione clinica* del paziente all'esito delle cure o dell'intervento praticato.

Ciò tuttavia non può condurre, a parere dello scrivente, a ricostruire la responsabilità del medico come responsabilità oggettiva o semioggettiva facendo assurgere il medico a una sorta di garante di beni la salvaguardia dei quali, invece, dipende da una moltitudine di fattori (quali, tra gli altri, il tipo di intervento e l'organizzazione della struttura) di cui il medesimo non ha il controllo.

Il punto di equilibrio sembra una responsabilità agganciata alla colpa professionale, da valutare in relazione alla circostanza che l'obbligazione del medico è *un'obbligazione piena di prestazione*, che, però, va adempiuta all'interno di un contesto strutturale che non sempre esso è in grado di controllare.

Va dunque approvata la scelta contenuta nei progetti di riforma, che intendono risolvere il problema del risarcimento attraverso il criterio oggettivo del rischio gravante sulla struttura, laddove essa non abbia garantito gli standard organizzativi richiesti dalla legge, riservando la valutazione della colpa professionale alla condotta del medico.

Non necessario appare anche il riferimento al contatto sociale in relazione alla **responsabilità dell'insegnante per le lesioni cagionate dall'alunno a sé stesso**, atteso che anche in tal caso si possono condividere i rilievi di quella dottrina che ha contestato lo stesso fondamento della responsabilità di natura contrattuale: piuttosto che derivare dal contatto sociale, l'obbligo di protezione deve ritenersi una *obbligazione ex lege*, ciò che non muta in modo sostanziale il problema del regime applicabile, come già rilevato.

Tale responsabilità si fonderebbe, per gli insegnanti di scuola elementare (ma la norma appare suscettibile di applicazione analogica), **sull'art. 350 del regolamento generale del servizio scolastico** (Regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare) che stabilisce che “il maestro deve trovarsi alla scuola non meno di 10 minuti prima dell'inizio delle lezioni, per assistere all'ingresso dei suoi alunni; deve sorvegliare gli alunni stesi durante il tempo destinato agli insegnamenti integrativi o di religione ed altri affidati alla ricreazione e alla refezione dove l'orario adottato è unico; e deve rimanere nella scuola finchè i suoi alunni ne siano usciti”.

Né si può condividere l'utilizzazione<sup>242</sup> della teoria del contatto sociale per ricondurre ai lidi della responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. la **responsabilità del mediatore non mandatario** per violazione degli obblighi informativi verso le parti.

Come noto, la natura contrattuale della mediazione è da tempo discussa in dottrina, mentre la giurisprudenza appare attestata sulla natura contrattuale della mediazione.

La soluzione a tale questione ha rilevanti conseguenze, anche in tema di responsabilità, come facilmente si intuisce.

La Suprema Corte, ponendosi nella sentenza in parola in contrasto con la giurisprudenza prevalente, parte da un presupposto diverso e non condivisibile laddove afferma che la mediazione tipica di cui agli artt. 1754 ss. cc. non costituisce un negozio giuridico ma un'attività materiale dalla quale la legge fa scaturire il diritto alla provvigione e alla quale, in virtù del contatto sociale tra mediatore e le parti, si applicano le norme sui contratti e la conseguente responsabilità contrattuale.

---

<sup>242</sup> Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *I contratti*, 12/2009, p. 1085, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Mediazione tipica e atipica e contratto di mandato*, che significativamente definisce il ricorso alla “categoria” del contatto sociale come una di quelle frequenti “panacee di tutti i mali”.

Tale impostazione appare forzata laddove prima si esclude che la mediazione tipica sia un contratto e poi, attraverso l'*escamotage* del contatto sociale, si applicano le norme in tema di contratti.

Come rilevato, il Supremo Consesso sembra intuire la forzatura laddove precisa che “se *prima facie* la responsabilità del mediatore non mandatario appare di natura extracontrattuale, risulta preferibile, riguardando la stessa una figura professionale, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità da contatto sociale; infatti, tale situazione è riscontrabile nei confronti dell'operatore di una professione sottoposta a specifici requisiti formali ed abilitativi, come nel caso di specie in cui è prevista l'iscrizione ad un apposito ruolo, ed a favore di quanti, utenti-consumatori, fanno particolare affidamento nella stessa per le sue caratteristiche (si pensi, ad esempio, alle c.d. agenzie immobiliari dalle particolari connotazioni professionali ed imprenditoriali)”.

Ed in effetti la sentenza non sembra considerare che è lo stesso legislatore, nel caso della mediazione, a far derivare il contratto dal comportamento concludente delle parti (mediatore e interessati) attraverso una oggettivizzazione del consenso che giustifica anche la collocazione sistematica della mediazione all'interno della disciplina dei singoli contratti.

Tale rilievo avrebbe consentito una ricostruzione unitaria della mediazione come negozio giuridico e, di conseguenza, di evitare ancora una volta il ricorso al contatto sociale per recuperare la negozialità del rapporto.

Nel **rapporto tra cliente e banca nel caso di pagamento di assegni non trasferibili**, sono le stesse Sezioni Unite della Cassazione<sup>243</sup> a sostenere che in capo al banchiere presso cui l'assegno non trasferibile è posto all'incasso sorge, prima d'ogni altro, un obbligo professionale - derivante dalla sua stessa funzione, in considerazione della quale la legge stabilisce, appunto, che l'assegno possa esser girato per l'incasso solo ad un banchiere - di far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. E la responsabilità deriva appunto dalla violazione di un siffatto obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo ed al buon fine della sottostante operazione: **obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto**. Il che, per le ragioni dianzi chiarite, necessariamente conduce fuori dall'ambito della responsabilità aquiliana, non permette di configurare un caso di responsabilità ex lege (intesa come responsabilità da atto lecito) e porta invece a concludere per la natura (lato sensu) contrattuale della responsabilità ricadente sulla banca a norma del citato art. 43, comma 2, 1.assegno”.

Ma le fattispecie di maggior rilievo, attesa la peculiarità e l'importanza applicativa, sono senza dubbio quelle relative all'area della **responsabilità della P.A.**.

La dottrina ha rilevato che l'affermazione dell'esistenza di un rapporto giuridico tra privato e P.A. nel farsi del procedimento amministrativo non conduce necessariamente

---

<sup>243</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, cui si rinvia per la ricostruzione del quadro giurisprudenziale precedente; e in *Danno e resp.*, 2008, p. 165, con nota di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*,

all'affermazione del modello contrattuale (o precontrattuale) della responsabilità dell'amministrazione.

Ciò in quanto la posizione della P.A. non potrebbe essere ricondotta né all'obbligazione né all'obbligo di protezione.

Con riferimento agli obblighi di protezione, tra essi e i doveri procedimentali esiste una diversità funzionale posto che i secondi non derivano dal principio di correttezza nei traffici commerciali bensì dai principi costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e, di conseguenza, costituiscono delle garanzie di partecipazione all'azione amministrativa da parte del privato.

L'individuazione in capo alla P.A. di obblighi di protezione non convince, atteso che, come correttamente rilevato in dottrina<sup>244</sup>, "l'amministrazione non ha il dovere di proteggere un soggetto più di un altro, né l'insieme dei soggetti, direttamente o indirettamente interessati, più della collettività di cui essa è, appunto, l'amministrazione e per conto della quale essa è chiamata a operare".

In quest'ottica, le garanzie assicurate al privato dal procedimento amministrativo, più che tradursi in obblighi di protezione attraverso i quali si impone alla P.A. di preservare la posizione del singolo, tenderebbero a regolamentare l'esercizio della funzione amministrativa all'interno della dinamica del rapporto tra privato e P.A..

Né si può condividere la riconduzione del rapporto giuridico in parola all'obbligazione laddove si consideri che l'art. 1174 c.c. condiziona la configurabilità dell'*obligatio* al requisito della patrimonialità.

---

<sup>244</sup> G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2009 p. 258.

Nonostante il legame tra il contenuto patrimoniale dell'obbligazione e la sanzione per il suo inadempimento, parte della dottrina ha optato per il modello contrattualistico facendo leva sulla circostanza che dalla disciplina pubblicistica del procedimento deriverebbero obbligazioni in capo all'amministrazione che costituirebbero l'altra faccia dell'interesse legittimo.

Ma le divergenze tra "obbligazione" procedimentale e obbligazione prevista dal codice civile impediscono di ritenere che in capo alla PA sorgano delle vere o proprie obbligazioni posto che i comportamenti rilevanti nel procedimento non sono funzionali a un assetto di interessi privati, se non in via indiretta attraverso i risvolti economici della vicenda procedimentale, che ha in primo luogo ad oggetto interessi pubblicistici.

La patrimonialità, requisito indefettibile per poter parlare di obbligazione, sembra mancare nel rapporto procedimentale.

Sul punto, invece, più ragionevole appare l'impostazione dottrinale<sup>245</sup> che suggerisce di ricorrere all'applicazione analogica delle norme dettate in tema di obbligazioni alla responsabilità della P.A. in virtù della "similitudine" tra le fattispecie dell'inadempimento dell'obbligazione e la lesione dell'interesse legittimo, in particolare nel caso di interesse legittimo pretensivo<sup>246</sup>.

Tale similitudine sembra potersi invocare attesi i peculiari caratteri dell'azione amministrativa, riconducibili alla dicotomia potestà-interesse legittimo, specie alla luce

---

<sup>245</sup> G. DI GIANDOMENICO, *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1546.

<sup>246</sup> G. DI GIANDOMENICO, *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1547., partendo dalla visione teleologica dei rimedi risarcitori previsti dal c.c., distingue, da un lato, l'interesse legittimo oppositivo, che in quanto situazione diretta a conservare ciò che si ha, sarebbe risarcibile ex art. 2043 c.c. poiché ciò che rileva non è l'aspetto relazionale ma il fine di assicurare una forma di *restituito in integrum* del privato accanto al rimedio demolitorio del provvedimento; dall'altro, l'interesse legittimo pretensivo, in relazione al quale l'Autore opta per il modello contrattualistico, facendo leva sull'assimilazione dell'interesse legittimo pretensivo al diritto di credito in quanto interesse a conseguire ciò che non si ha, nonchè sul parallelismo tra il rapporto potestà-interesse legittimo e il rapporto debito-credito.



della tendenza in atto all'aziendalizzazione e alla privatizzazione della pubblica amministrazione, testimoniata da una sempre maggiore invasione del diritto privato nell'ordinamento pubblicistico (si pensi agli accordi procedurali, all'applicazione delle norme privatistiche alla P.A. ecc)<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> In ordine a tale assimilazione, a parere dello scrivente occorre fare un'ulteriore distinzione ai fini dell'inquadramento della natura della responsabilità della P.A., richiamando la tesi che traccia una sorta di parallelismo fra attività discrezionale ed interesse legittimo da una parte (con conseguente giurisdizione del G.A.) ed attività vincolata e diritto soggettivo dall'altra (con conseguente giurisdizione del G.O.) (sul punto si veda, per i necessari approfondimenti, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2007, p.59 ss.).

La precisazione riguarda l'interesse legittimo pretensivo (l'interesse legittimo oppositivo, in quanto interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio, postula in capo alla P.A. una situazione di mero dovere di astensione dalla lesione, la cui violazione non può che essere sanzionata ex art. 2043 c.c.. Cfr, da ultimo, Cass. Civ., sentenza n. 4326 del 23 febbraio 2010, su [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)).

Con riguardo all'interesse legittimo pretensivo, occorre verificare con quale tipo di potere amministrativo "l'interesse a conseguire ciò che non si ha" si confronti, poiché ciò influisce sulla natura della responsabilità della P.A..

Più specificamente, nei casi in cui il privato fa valere un "interesse a conseguire ciò che non ha" nei confronti della P.A., se quest'ultima esercita un'attività discrezionale tecnica o pura, poiché la norma riserva all'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico un margine di integrazione del precetto nella sua applicazione al fatto, la posizione del privato assume la peculiare struttura dell'interesse legittimo pretensivo.

L'esercizio del potere discrezionale da parte della P.A. esclude, da un lato, che la posizione del privato possa essere assimilata al diritto relativo e, dall'altro lato, che la posizione della P.A. assurga al rango di obbligazione, di tal che la lesione dell'interesse del privato non può dar luogo a responsabilità per inadempimento di obbligazioni bensì a responsabilità aquiliana.

Se, invece, la norma si applica alla fattispecie senza la necessità di alcuna mediazione da parte della P.A., ciò che spetta al privato è già desumibile dal tessuto normativo, sicché la posizione giuridica assume le vesti di diritto soggettivo.

Pertanto, se la P.A. esercita un'attività vincolata o un'attività che, a seguito di annullamento giurisdizionale del provvedimento precedentemente adottato, ha visto prosciugato il margine di discrezionalità che la connotava, la posizione del privato assurge a un vero e proprio diritto soggettivo poiché in assenza di potere discrezionale non opererebbe l'affievolimento del diritto soggettivo a interesse legittimo.

Occorre evidenziare che la tesi che traccia il suddetto parallelismo fra attività discrezionale ed interesse legittimo da una parte ed attività vincolata e diritto soggettivo dall'altra è stata criticata in quanto trascura di rilevare che anche l'attività amministrativa vincolata può risultare funzionalizzata alla tutela di un interesse pubblico, può, quindi, essere espressione di un potere pubblico che invoca la presenza di una posizione giuridica di interesse legittimo (Cfr. F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*, p.59 ss.).

Non essendo questa la sede per discutere le argomentazioni addotte da tale critica, ciò che appare indubbio, a sommo parere dello scrivente, è che di fronte all'esercizio di un'attività vincolata la posizione del privato, anche laddove non la si voglia considerare come un vero e proprio diritto soggettivo, assume una veste certamente assimilabile ad esso.

In altri termini, l'interesse legittimo può essere assimilato al diritto soggettivo relativo solo nei casi in cui si confronta con un'attività vincolata per cui, di riflesso, negli stessi casi la posizione della P.A. assume un contenuto assimilabile a un vero e proprio obbligo; ne consegue che, utilizzando le tecniche dell'applicazione analogica, la lesione dell'interesse legittimo pretensivo dovrebbe correttamente essere

*A parere dello scrivente, in definitiva, deve ritenersi condivisibile tale impostazione laddove esclude che si possa far discendere dalla legge sul procedimento amministrativo delle vere e proprie **obbligazioni** o dei meri **obblighi di protezione** in capo alla P.A..*

***Trattasi di meri obblighi funzionali alla realizzazione di interessi pubblici e di interessi privati sostanziali sottostanti, con due conseguenze importanti;***

*- da un lato, occorre tenere distinta la violazione di tali obblighi dalla lesione dell'interesse legittimo sostanziale (cioè dall'interesse al bene della vita), potendosi, in relazione a quest'ultimo, eventualmente discutere intorno alla opportunità di distinguere le sorti dell'interesse oppositivo da quelle dell'interesse pretensivo (anche a seconda del tipo di attività – discrezionale o vincolata – esercitata dalla P.A.)<sup>248</sup>;*

*- dall'altro lato, non può negarsi una qualche forma di risarcimento per tali interessi, correttamente definiti come interessi procedurali, la cui lesione deriva, a ben vedere, dalla violazione di obblighi preesistenti, specifici e determinati, appare riconducibile alla responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. e andrebbe risarcita secondo lo schema del cd. interesse negativo<sup>249</sup>.*

In quest'ottica ben si comprende il rilievo<sup>250</sup> secondo il quale la tesi del contatto sociale arriva paradossalmente a negare proprio l'ipotesi della risarcibilità dell'interesse legittimo in quanto verrebbe risarcita la lesione di un'obbligazione accessoria di

---

ricondotta, *solo in questi casi*, nell'area della responsabilità da inadempimento di obbligazioni in capo alla P.A..

<sup>248</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>249</sup> Il danno risarcibile sarebbe costituito dalle spese sopportate nell'ambito del procedimento (danno emergente) e dalla perdita di altre possibili opportunità di guadagno (lucro cessante).

<sup>250</sup> G. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 2677.

protezione e non direttamente la lesione della situazione giuridica soggettiva primaria che si individua, appunto, come interesse legittimo.

In sostanza non verrebbe risarcito l'interesse leso, ma l'obbligo che lo accompagna o meglio la situazione di credito attiva corrispondente.

Tale preoccupazione pare ben colta da una parte della giurisprudenza che, condivisibilmente, ha evidenziato che il privato, in realtà, non si duole, nella gran parte dei casi, della mera violazione procedimentale da parte dell'amministrazione (cd. interesse procedimentale) ma del mancato conseguimento del bene della vita anelato ovvero della lesione del bene della vita già facente capo al privato (cd. interesse sostanziale).

In questo quadro, una tutela limitata al danno derivante dalla violazione della norma procedimentale è certamente utile ma non sufficiente.

Occorre infatti, se non si vuole attentare al principio di effettività della tutela, dare spazio alle doglianze del privato in relazione alla spettanza del bene della vita, ciò che può avvenire solo attraverso la clausola generale di cui all'art. 2043 c.c..

Se è vero che l'impostazione contrattualistica ha il merito di aver tentato di "aggirare" la (parziale, perché relativa ai soli interessi pretensivi) irresponsabilità della P.A. allorché la Suprema Corte non aveva ancora abbattuto, con la sentenza 500/1999, il dogma dell'irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi riservando la tutela aquiliana ai soli diritti soggettivi, oggi tale finalità non ha più ragion d'essere.

Allo stesso modo, a parere dello scrivente, tale impostazione non può servire oggi ad aggirare la disciplina dell'illecito aquiliano laddove il privato faccia valere una lesione del suo interesse sostanziale al bene della vita.

Sembra invece ragionevole la soluzione da ultimo adottata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale applica il regime aquiliano in quei casi in cui il privato fa valere la lesione dell'interesse sostanziale, con conseguente necessità del giudizio di spettanza del bene della vita e dalla prova della colpa della P.A., e il regime contrattuale quando il privato faccia valere violazioni procedurali.

Il problema è in questi casi quello di individuare una soluzione equilibrata a tali problemi, affinché si sappia quali sono le modalità e il contenuto del giudizio di spettanza del bene della vita (specie nei casi in cui l'amministrazione eserciti poteri discrezionali) e qual è il contenuto dell'onere della prova della colpa della P.A. (se, cioè, deve ritenersi soddisfacente il criterio della colpa di organizzazione o se quest'ultimo non vada rivisto per consentire una più equa ripartizione dei carichi probatori) onde evitare di svuotare la tutela del privato.

In altri termini, piuttosto che utilizzare la tesi contrattualistica per aggirare la tutela aquiliana, in quanto connotata da presupposti di difficile riconoscimento processuale, occorrerebbe meglio modulare tali presupposti.

In ogni caso, la tesi contrattualistica potrebbe conservare un ruolo "residuale" o "complementare", come sostenuto dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Secondo il Consiglio di Stato, la tesi contrattualistica, "meritoria laddove consente di ristorare in via equitativa il pregiudizio anche nell'ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale, non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediale della tutela risarcitoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al *quantum*, il risarcimento del danno pieno subito, per effetto del mancato conseguimento del bene della vita"; "in queste ipotesi il giudice

non può né eludere la domanda, nè tanto meno accoglierla a prescindere dalla formulazione di un giudizio, laddove possibile, sulla certa o statisticamente probabile spettanza del bene dell'utilità finale<sup>251</sup>". Su questa scia anche la giurisprudenza amministrativa più recente<sup>252</sup>: "la responsabilità dell'amministrazione conseguente alla emanazione di un atto illegittimo può essere ricostruita sia come violazione dei doveri connessi al "contatto procedimentale" con il privato (con conseguente identificazione del danno con i pregiudizi economici conseguenti alla illegittimità e a prescindere dalla "utilità finale" desiderata) che come responsabilità aquiliana conseguente alla lesione dell'interesse legittimo cui si correla la utilità finale. Se, infatti, ci si pone nella prospettiva della responsabilità per violazione dei doveri connessi al contatto procedimentale, il danno risarcibile (secondo lo schema del cd. *interesse negativo tipico* della responsabilità precontrattuale) sarebbe costituito dalle spese sopportate

---

<sup>251</sup> Cons. di Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Giur. it.*, 2004, fasc. 2, p. 421 ss., con nota di S. RODRIGUEZ, *Dopo la sentenza <<figlia>> della 500/1999/SU, l'intervento del Consiglio di Stato. Il dibattito continua.*

<sup>252</sup> In tal senso, T.A.R. Lazio, Latina, 24 aprile 2007, n. 291, che dunque si premura di interpretare la domanda della ricorrente – stante il chiaro riferimento nel ricorso introduttivo alla perdita di chance – come domanda di risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento della utilità finale e pertanto su tale domanda si pronuncia; si vedano anche T.A.R. Lazio, Roma, 5 novembre 2007, n. 10852, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, fasc. 1, pagg. 71-83 con nota di M. RIGO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo alla luce del riconoscimento del danno "da contatto"*, secondo cui "in caso di partecipazione ad una gara d'appalto di due sole imprese, a seguito della esclusione iussu iudicis dell'aggiudicataria, quand'anche la ricorrente non abbia diritto né al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, né a quello da perdita di chance, è comunque configurabile in favore della stessa il diritto al risarcimento del c.d. danno da contatto. Tale fattispecie, non è riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 cod. civ., ma assume tratti tipici della responsabilità precontrattuale e di quella contrattuale in senso stretto. In particolare, quanto alla determinazione dell'elemento soggettivo, l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo rappresenta un indice presuntivo della colpa della p.a., sulla quale incombe l'onere di provare il contrario. Con riguardo alla misura del danno risarcibile, esso va circoscritto nei limiti del c.d. interesse negativo, ossia alle spese sostenute per partecipare alla gara, facendo applicazione della procedura di cui all'art. 35, co. 2, D. L.vo 80/98, ai fini dell'effettiva determinazione del quantum dovuto.

Pertanto, si deve ritenere legittima la determinazione della stazione appaltante di disporre una nuova gara, in caso di annullamento in s.g. dell'aggiudicazione disposta in favore di una delle due sole imprese concorrenti, in quanto dal fatto che l'aggiudicataria sia stata jussu iudicis esclusa dalla gara e per l'effetto la ricorrente sia rimasta unica partecipante alla procedura selettiva, non discende il diritto della stessa all'aggiudicazione ed alla stipula del relativo contratto, rientrando nella discrezionalità della stazione appaltante decidere di non procedere all'aggiudicazione a seguito di una diversa valutazione dell'interesse pubblico"; Cons. Stato, 12 giugno 2009, n. 3727, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

nell'ambito del procedimento (danno emergente) e dalla perdita di altre possibili opportunità di guadagno (lucro cessante). Se, invece, ci si colloca nella prospettiva della responsabilità aquiliana per lesione dell'interesse legittimo e perdita della utilità finale, a parte la esigenza di un giudizio prognostico in ordine alla effettiva spettanza della utilità finale, il danno risarcibile sarebbe costituito dalla perdita dei guadagni che sarebbero derivati dal conseguimento della utilità medesima al netto dei relativi costi; i danni da contatto procedimentale e da responsabilità aquiliana non sono tra loro cumulabili”.

Ciò che non si può condividere in tale impostazione giurisprudenziale è il richiamo al contatto sociale.

Anche in questo caso ci sembrano valide le osservazioni fatte sopra con riferimento alla responsabilità medica: è la stessa legge sul procedimento amministrativo che individua dei precisi obblighi in capo alla P.A. nei confronti del privato, obblighi che si attivano all'interno del procedimento e che, si ripete, sono funzionali alla realizzazione dell'interesse sostanziale del privato stesso.

Ancora una volta il riferimento al contatto sociale è assolutamente inutile, se non ai fini descrittivi, posto che l'obbligo “procedimentale” dalla cui violazione deriva la responsabilità ex art. 1218 c.c. trova la sua fonte diretta nella legge sul procedimento ovvero nella altre leggi che connotano l'attività amministrativa.

Né è necessario individuare alcuna forma di affidamento del privato nell'azione amministrativa: è la mera esistenza della norma che obbliga la P.A. nei confronti del privato sicchè alcun rilievo può darsi all'affidamento del privato nella correttezza dell'operato della P.A..

Si deve prendere, dunque, atto che il tema della responsabilità della Pubblica Amministrazione presenta una moltitudine di problematiche di non facile soluzione, tutte derivanti dalle forzature imposte dall'adattamento degli schemi privatistici al diverso campo pubblicistico.

I tentativi<sup>253</sup> di rileggere il rapporto procedimentale tra cittadino e P.A. secondo i nuovi schemi del diritto privato hanno posto in luce che mentre l'azione amministrativa resta regolata dalle norme di diritto pubblico, la fase patologica di tale azione viene ad essere regolata dalle regole privatistiche in tema di responsabilità, cosicché gli interpreti sono posti di fronte al problema di coniugare l'applicazione di schemi privatistici ai fenomeni amministrativi in un mix che deve fare i conti, tra l'altro, con l'antica linea di demarcazione in tema di responsabilità segnata dalla pregiudizialità amministrativa.

In quest'ottica ben si comprende anche l'esigenza avvertita in dottrina di ricostruire modelli nuovi e non già derivati o adattati, così da intravedere nella responsabilità dell'amministrazione una responsabilità speciale.

Alla fine di questo *excursus*, si può concludere che le fattispecie che la giurisprudenza riconduce alla responsabilità contrattuale attraverso la teoria del contatto sociale non possono essere trattate in modo unitario in quanto le situazioni giuridiche soggettive ad esse sottese devono ritenersi di contenuto non omogeneo e tale disomogeneità produce *naturaliter* conseguenze altrettanto differenziate in tema di responsabilità.

---

<sup>253</sup> V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, CEDAM, 2007.

Ne consegue che la teoria del contatto sociale (e della figura dell'obbligazione senza prestazione) si rivela non solo non necessaria a strappare all'indefinito campo dell'illecito aquiliano ipotesi di responsabilità che, a ben vedere, rientrano *de plano* nel campo della responsabilità contrattuale in virtù dell'esistenza di vere e proprie obbligazioni (seppur di fonte legale) (es. medico dipendente), ma anche inopportuna, in quanto, perdendo di vista l'eterogeneità delle situazioni giuridiche soggettive in parola sotto il profilo del contenuto, pretende di ricondurre a una medesima categoria (gli obblighi di protezione o le obbligazioni senza prestazione) anche situazioni invero assai lontane dall'obbligazione (si pensi, per l'importanza applicativa, *in primis* al rapporto tra P.A. e privato).



## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Manuale di giustizia amministrativa*, Roma, 2008, I, p. 184 ss..
- V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, CEDAM, 2007.
- F. ANELLI, *Il fondamento e i limiti della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Riv. trim. app.*, 1991 p. 171.
- G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991 p. 17 ss..
- K. BALLERSTEDT, *Sulla responsabilità per la colpa in contrahendo nella conclusione di contratto da parte del rappresentante*, AcP 151 (1950/1), p. 501 ss.).
- E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali di conti*, Torino, 2003, p. 145.
- F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221;
- F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342.
- E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 65.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96.
- C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, p. 40 ss..
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto, op. ult. cit.*, p. 43 ss..
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Giuffrè, 1993, p. 93-94.

C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Giuffrè, 1993, p. 11 ss..

L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 672.

F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335.

F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 564.

F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643 ss.

F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 292 ss..

F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 784 ss..

C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, traduzione italiana a cura di DE CRISTOFARO, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004.

C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss..

C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 822 ss..

C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen “positive Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für dritte”*, in *Juristenzeitung*, 1965, p. 475 ss..

F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, *Giurisprudenza civile*, 2005, Giuffrè, p. 201.

F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, 2005, p. 410 ss.  
e p. 539 ss..

F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione : un istituto dal sesso incerto*, Relazione tenuta al convegno del 29 ottobre 2007 su “Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione”, presso l’aula Magna della Luiss, in occasione della presentazione dell’opera *Studi di diritto amministrativo* di R. Chieppa e V. Lopilato, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)..

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2007, p. 170.

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, II, *Le obbligazioni*, 2007, p. 98,

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, 2007, p. 694.

F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 394.

F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* 1912, II, p. 744.

F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711.

C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance , danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 315 ss..

C. CASTRONOVO, *L’interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 1262 ss..

C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss..

C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p. 443 ss..

C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69.

C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 123 ss.

C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI.

C. CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli 2005, p. 704 ss.

C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss..

C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, intervento all'Incontro di studio sul tema "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno" organizzato dal C.S.M. - Roma, 29-30/05/2008, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..

C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2008, p. 787 ss..

M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 322 ss..

G. CHINE', *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, p. 797.

G. P. CIRILLO, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001.

G. P. CIRILLO, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. L'introduzione e l'indice di uno studio*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

A. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963, 249.

G. DE MARZO, *Responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 427.

R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e Impr.*, 1995, p. 488.

R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 311.

R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss..

G. DI GIANDOMENICO, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 7-8-9/2008.

G. DI GIANDOMENICO, *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1543 ss..

G. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 2677.

A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, commento a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706 ss..

A. DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 19 ss..

A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297.

A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446.

A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss..

A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p.3 ss..

A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 84.

H. DOLLE, *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen.* 1943, p. 67 ss..

F. DURANTE, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, su [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it)

G. FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2013.

G. FACCI, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 933.

G. FACCI, *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 164 ss..

S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 36 ss..

G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2009 p. 258.

P. FAVA, *Le obbligazioni*, I, Giuffrè, 2008, p. 421.

E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./Europa*, 2001, p. 761 e ss..

V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662.

V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984.

M. FRANZONI, *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, nota a Cass., 24 febbraio 1997, n. 1683, in *Danno e Resp.*, 1997, 4, p. 454.

C. A. FUNAJOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, p. 103.

F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, p. 710.

F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 91.

M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, ESI, 2007, p. 66.

M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria, op. ult. cit.*, p. 1002 ss..

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2006, p. 857 ss..

G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o "transtipica"?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1003.

F. GIADINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del Contratto*, a cura di E. Del Prato (il volume raccoglie i contributi del seminario, tenutosi i giorni 3 e 4 maggio 2002 nell'Università di Macerata, riguardante il tema «Itinerari europei della responsabilità civile»), Milano, 2003, p. 15.

F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss..

M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, p. 265.

G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 1128.

G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Lipziger Studien*, Leipzig, 1941.

U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschen Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 862 ss..



- N. IRTI, «*E' vero, ma...*» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss..
- N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss..
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss..
- U. IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130 ss..
- H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Munchen, 1929.
- L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, CEDAM, 2007, p. 20 ss..
- A. LANOTTE, *Condotta autolesiva del'allievo: non risponde l'insegnante, op. ult. cit.*, p. 54 ss..
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen, 1987, p. 104 ss.
- H. LEHMANN, *Das "faktische" Vertragsverhältnis*, in *Jherings Jahrbücher*, 90 (1943), p. 131.
- M. LEHMANN, *Culpa in contrahendo: Germania*, relazione al convegno *Problemi attuali della responsabilità e dell'illecito in Italia e in Germania*, Catania 6-7 ottobre 2006, su [www.unict.it](http://www.unict.it).
- N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970.
- E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995, p. 89.
- M. MAGGILOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv., dir. civ.*, 2001, p. 56.

M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 142 ss., 154 ss., p. 186.

U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 55.

S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2008, p. 391 ss..

A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 228.

D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 e ss..

L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 371.

L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss..

L. NANNI, *La buona fede contrattuale, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano, Padova, 1988, p. 145 ss..

U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *op. ult. cit.*, I, p. 26 ss..

A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza alla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*.

A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 966.

A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, *op. ult. cit.*, p. 874.

G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss..

M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 332.

M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive*, in *Danno resp.*, 2009, 7, p. 703 ss..

M.C. PERCHINUNNO, *Il danno da lesione dell'affidamento suscitato dalla lettera di patronage*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 611.

D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 137 ss..

D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 899 ss..

M. PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesioni di interessi legittimi come responsabilità da "contatto" amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 213.

P. RESCIGNO, *Obbligazioni, (diritto privato). Nozioni generali*, voce dell'*Enc dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 206.

L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.

S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 159 ss..

V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 185.

R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, *op. cit.*, 158.

F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, *op. ult. cit.*, p. 4045 ss..

E. SCODITTI, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale*, Incontro di studio organizzato dal CSM, Roma, 2008, su [www.appintercsm.it](http://www.appintercsm.it), p. 16.

G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob, in Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano e Visintini, Padova, 2006, 286.

S. SIMITIS, *Die Faktische Vertragsverhältnisse*, Frankfurt a. M., 1957.

N. SOLDATI, *Le lettere di patronage*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1656.

L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997.

H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902 (opera pubblicata in forma monografica nel 1904 e tradotta in italiano da G. VARANESE, col titolo *Le violazioni positive del contratto*, ESI, 2001).

G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, p. 151.

H. STOLL, *Abschied von der Lehre von dei positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288.

M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979, XXIX.

G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

S. VERZARO, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il "contatto" amministrativo convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 975.

G. VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica*, *op. ult. cit.*, p. 793 ss..

P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, 1999, p. 20.

G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 13 ss..

G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, ESI, 2009, p. 17 ss..

G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1081 ss..

G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990.

G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 1999, p. 86 ss..

R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, p. 1861, tradotto in italiano da F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Jovene, Napoli, 2005.

B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, edizione italiana cura di Fadda e Bensa, II, Torino, 1925, p. 187 ss..

## GIURISPRUDENZA FONDAMENTALE

*Sulla responsabilità medica:*

Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661.

Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ.*, 2007, p. 967 ss., con nota di M. FACCIOLO, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*; e in *Danno e resp.*, 10, 2007, p. 980 con nota di V. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*; e in *Resp. civ.*, 2007, p. 1028 con nota di R. PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*

Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, nonché p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 77, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*.

*Sulla responsabilità dell'insegnante per le autolesioni dell'alunno:*

Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1022 ss. con nota di G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1293 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore a se stesso*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 51 ss., con nota di A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 273 ss., con nota di R. BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*.

Cass. 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 491, con nota di I. CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento.*

*Sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione:*

Cons. Stato, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urb. app*, 2001, p. 257; Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, e Tar Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Foro it.*, 2002, III, col. 1 e 3, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici.*

Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, col. 78 con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale*; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, e Tar Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Foro it.*, 2002, III, col. 1 e 3, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici.*



Cons. Stato, 20 gennaio 2003, n. 204, in *Cons. Stato*, I, p. 68 e Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, III, col. 457.

Cons. di Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Giur. it.*, 2004, fasc. 2, p. 421 ss., con nota di S. RODRIGUEZ, *Dopo la sentenza <<figlia>> della 500/1999/SU, l'intervento del Consiglio di Stato. Il dibattito continua.*

Cass., 11 giugno 2003, n. 9366, in *Foro it.*, 2003, I, col. 3359 con nota di F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*

T.A.R. Lazio, Roma, 5 novembre 2007, n. 10852, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, fasc. 1, pagg. 71-83 con nota di M. RIGO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo alla luce del riconoscimento del danno "da contatto"*.

*Sulla responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili:*

Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili.*

*Sulle altre ipotesi di responsabilità da contatto:*

Cass. sez. I civ. 27 settembre 1995, n. 10235 e Trib. Milano 22 giugno 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, fasc. 4, pt. 2, p. 408 ss., con nota di S. VANONI, *Interpretazione e qualificazione delle lettere di "patronage": conferme e sviluppi in alcune recenti sentenze.*

Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 907 ss..

Cass. civ. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno resp.* 2003, p. 537 ss., con nota di A. ADDANTE, *Responsabilità civile delle società di revisione e solidarietà*; in *Danno resp.*, 2003, p. 365 e V. SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, p. 1513; in *Foro it.*, 2003, I, c. 2147 ss., con nota di A. FABRIZIO-SALVATORE; in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 441ss., con nota di T. DI MARCELLO, *La responsabilità delle società di revisione nei confronti dei terzi tra violazione di obblighi e lesione di interessi protetti.*

Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *I contratti*, 12/2009, p. 1085, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Mediazione tipica e atipica e contratto di mandato.*

*Sulla prova dell'inadempimento dell'obbligazione:*

Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Foro it.*, 2002, I, p. 769, con nota di P. LARGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349, con nota di MEOLI. Per un approfondimento sulla citata sentenza, cfr. inoltre G. R. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia d inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903.

