

Alfonso Amatucci
(incontro di studio del 28 aprile 2010)

I CONTRATTI CON EFFETTI PROTETTIVI

(le pronunce delle sezioni unite sul danno non patrimoniale e la possibile ulteriore estensione della tutela risarcitoria).

1.- Tra le tre possibili opzioni che l'elaborazione della dottrina e lo stato della giurisprudenza offrivano, con le recenti sentenze nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008 le Sezioni Unite hanno scelto quella intermedia, dicendo risarcibile il danno non patrimoniale da inadempimento se (e solo se) la mancata o inesatta prestazione abbia leso anche *un diritto inviolabile della persona*.

Già tale locuzione esprime la chiara volontà delle Sezioni Unite di restringere le maglie della storica apertura delle due sentenze gemelle del maggio del 2003 (nn. 8827 e 8828) le quali, pur senza in alcun modo riferirsi al danno non patrimoniale da inadempimento, avevano tuttavia esteso l'ambito applicativo dell'art. 2059 cod. civ. ben oltre i limiti imposti dall'art. 185 c.p. (e dalle poche altre norme di diritto positivo che espressamente contemplano la risarcibilità del danno non patrimoniale), ritenendo che la tutela risarcitoria non potesse essere negata quante volte vi fosse stata lesione di *interessi costituzionalmente protetti*, che evidentemente costituiscono un ambito assai più esteso dei diritti inviolabili della persona, ai quali è ora conferita rilevanza.

Solo apparentemente, dunque, le sentenze del 2008 hanno ulteriormente dilatato la risarcibilità del danno non patrimoniale, giacché, a ben vedere, tutto quanto è stato affermato con riferimento al caso in cui l'obbligazione non derivi *ex delicto*, ma *ex contractu*, è meramente recettivo di approdi già raggiunti anche dalla stessa Corte di cassazione, mentre è autenticamente nuovo il riferimento ai diritti inviolabili della persona come *conditio sine qua non* della tutela risarcitoria sia in campo aquiliano che contrattuale.

Sotto tale profilo il nuovo arresto giurisprudenziale è anzi decisamente restrittivo, pervaso com'è dalla preoccupazione – resa evidente dai riferimenti alla gravità dell'offesa, alla serietà del danno ed alla necessità di evitare duplicazioni di risarcimento (cui aveva fatto ampio riferimento NAVARRETTA) – di contenere quella che è stata definita la “deriva esistenzialista” di taluni giudici di merito, soprattutto di pace, che sempre più spesso ammettevano al risarcimento lesioni di interessi il cui collegamento a precetti o principi costituzionali era in verità assai labile; col risultato di estendere a dismisura l'area della responsabilità civile e con le conseguenti negative

ricadute sulla certezza del diritto, sull'entità dei premi assicurativi e, indirettamente, sullo stesso sistema economico, che tende ad allocare efficacemente le risorse solo se, per qualsiasi attività, i costi delle "precauzioni" (cfr., sul punto, ampiamente IZZO) siano calcolabili e siano inferiori agli utili ricavabili dai singoli che la intraprendano.

Se, dunque, al di fuori dei fatti costituenti reato (e delle ipotesi specificamente contemplate dal legislatore: si pensi alla legge Pinto o alla vacanza rovinata in caso di vendita di pacchetto turistico tutto compreso), non sia dato riscontrare la lesione di un diritto inviolabile della persona (così, a titolo esemplificativo, della salute, della libertà, dell'onore, dell'immagine, dell'autodeterminazione in materia di cure mediche, etc.), il danno non patrimoniale non è mai risarcibile. Per converso, se l'illecito extracontrattuale o l'inadempimento contrattuale abbiano lesa anche (o soltanto, come pure è possibile) un diritto inviolabile della persona, il danno non patrimoniale (ora inteso in un'accezione assai più estesa che in passato) sarà:

- sempre risarcibile se si tratti di illecito aquiliano;
- risarcibile solo nella ricorrenza di determinati presupposti se derivi da inadempimento.

I presupposti sono, per tale seconda ipotesi ed in linea generale, quelli già ben individuati dalla dottrina. Occorre cioè:

a) che la tutela dell'interesse corrispondente ad un diritto inviolabile della persona (del creditore, ma non necessariamente solo di lui) rientri *nella causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato* (così le Sezioni unite, al paragrafo 4.2. di tutte e quattro le sentenze);

b) che il danno potesse prevedersi all'epoca in cui l'obbligazione è sorta, giusta il limite posto dall'art. 1225 cod. civ., non operante in materia di responsabilità da fatto illecito, stante il difetto di richiamo da parte dell'art. 2056 cod. civ. (cfr. il paragrafo 4.7. delle sentenze citate).

2.- S'è detto in apertura che la soluzione prescelta è quella intermedia.

Le alternative erano costituite:

- dalla possibilità di negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, come s'era fatto per anni, ritenendo che in tanto il risarcimento fosse possibile in quanto la condotta del debitore avesse integrato anche un illecito extracontrattuale, così rendendo applicabile l'art. 2059 cod. civ. (appunto dettato solo per l'ambito extracontrattuale dell'illecito aquiliano e ritenuto per lungo tempo l'unico appiglio normativo per la risarcibilità del danno non patrimoniale) in virtù del "cumulo delle azioni", contrattuale ed extracontrattuale, che venivano

riconosciute al debitore (soluzione ampiamente criticata in dottrina perché considerata priva di valide basi dogmatiche);

- ovvero dal recepimento delle tesi di quella parte della dottrina che ritiene che non vi sia alcun bisogno di far ricorso all'art. 2059 cod. civ. e che, invece, la risarcibilità del danno non patrimoniale è, in ambito contrattuale, ammissibile già sulla base delle norme ivi specificamente previste: prima fra tutte l'art. 1174 cod. civ., che consentirebbe di dare, in se stesso, spazio ai danni anche non correlati alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, ovvero di un diritto inviolabile della persona.

Sulla scia delle osservazioni di un'autorevole dottrina che negli anni '50 e '60 aveva ben posto in luce il complesso contenuto normativo dell'art. 1174 cod. civ. (GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 581 e ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 51 e ss; CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1968, 201 e ss.), è stato affermato (per primo da SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto Europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 470) che se, a mente della citata disposizione, l'interesse del creditore può essere anche "di natura non patrimoniale", ciò significa che l'inadempimento di una prestazione patrimoniale può riverberarsi anche su interessi del creditore non suscettibili di valutazione economica. Sicché, la mancata corrispondenza tra quanto, in base al contratto, il debitore fa (o non fa) e quanto avrebbe dovuto fare (o non fare) può incidere anche su profili non patrimoniali attinenti alla sfera del creditore; ed il fatto che la stessa legge riconosca che pure un interesse meramente morale è idoneo a giustificare l'esistenza di un vincolo obbligatorio non può non rilevare in sede di risarcimento del danno (BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 1159): se, infatti, il debitore è tenuto a riparare i danni provocati direttamente ed immediatamente dal suo inadempimento, sarà tenuto a risarcire anche il danno non patrimoniale ogni volta che l'interesse del creditore cui era preordinata la prestazione sia di natura non patrimoniale e la perdita sofferta dal creditore si identifichi nella sua mancata realizzazione (così SAPIO, *Lesione della sfera psicoaffettiva emotiva e responsabilità contrattuale*, in *Giust. Civ.* 1998, 2043).

Il ragionamento, si passi l'espressione, "non fa una grinza" e si sottrae a critiche di metodo, non sembrando revocabile in dubbio che se il mancato adempimento di un obbligo necessariamente comporta, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., la riparazione di tutti i danni sofferti dal creditore, ove questi sia portatore di un interesse non patrimoniale, com'è appunto consentito dall'art. 1174 cod. civ., il risarcimento deve comprendere anche la lesione di tale interesse.

Né un insormontabile ostacolo poteva più ravvisarsi nella tralatizia interpretazione dell'art. 1223, tradizionalmente collegato ai soli danni patrimoniali laddove fa riferimento alla “perdita subita ed al mancato guadagno”.

In un contesto giurisprudenziale che, sin dal 2003, aveva infatti valorizzato l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme del codice civile del 1942 (in quelle occasioni dell'art. 2059, come s'è detto) non v'era davvero ragione per non seguire la stessa strada anche in ordine all'art. 1223 cod.civ. E le Sezioni unite lo hanno puntualmente fatto, espressamente sancendo – con affermazioni che si leggono al paragrafo 4.7. e che per la loro rilevanza conviene riportare per esteso – che *nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato. L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesioni di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti.*

L'allarme che l'enunciazione era suscettibile di ingenerare per aver posto i presupposti di una potenzialmente abnorme estensione degli spazi risarcitori da inadempimento è immediatamente temperato dall'affermazione che subito segue: *d'altra parte, la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili lesi dall'inadempimento di obbligazioni, sarà soggetta al limite di cui all'art. 1225 c.c.,..., restando, al di fuori dei casi di dolo, limitato il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta.*

3.- Così, al massimo livello giurisdizionale, il dado è stato tratto, creando una sorta di ponte sul mare di dinieghi che, nella vigenza dell'attuale codice civile, la giurisprudenza aveva sempre posto in ordine al riconoscibilità del danno non patrimoniale da inadempimento di obbligazioni. [Dell'attuale codice civile: perché, invece, vigente quello del 1865, alcune sentenze, se pur rare ed isolate, avevano attribuito al creditore danneggiato dall'inadempimento una somma idonea a ristorarlo della specifica voce di danno non patrimoniale; così, il Tribunale di Milano (12 giugno 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, 583 e ss.) aveva riconosciuto a carico di una casa di cura privata la responsabilità, per colpa contrattuale, del suicidio di un paziente con ritardo mentale, ricoverato in quanto pericoloso a se stesso, e aveva compreso nei danni liquidati alla famiglia anche quelli

morali, peraltro osservando espressamente che non poteva disconoscersi la prevedibilità di quell'ipotesi di danno fin dal momento della conclusione del contratto (la citazione è tratta da TOMARCHIO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Corriere del merito, le Rassegne*, 1, 2008, 12)].

Lo imponevano, ormai, i tempi, per due salienti ragioni.

La prima è costituita dalla discrasia che s'era creata, dopo la svolta del 2003, tra il sistema risarcitorio in ambito extracontrattuale e contrattuale. Appariva francamente ingiustificabile – una volta riconosciuto che la violazione del principio del *neminem laedere*, quando impinge in interessi costituzionalmente protetti, necessariamente comporta una tutela “minima”, come quella risarcitoria, al di là del limite posto dalla fonte di rango legislativo di cui all'art. 2059 c.c., che non può costituire un limite all'operatività delle fonti di rango superiore come quella costituzionale – che il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione dello stesso diritto (si pensi, per tutti, a quello all'immagine) fosse risarcibile o no a seconda della fonte extracontrattuale o contrattuale dell'obbligazione.

La seconda ragione è connessa al rilievo che proprio al fine di superare un altro tipo di discrasia – quella di un duplice regime probatorio e prescrizione, notoriamente meno favorevole al creditore in campo extracontrattuale rispetto a quello contrattuale – la stessa giurisprudenza aveva da tempo uniformato i due diversi regimi, affermando che anche il paziente ricoverato o curato in una struttura pubblica può avvalersi della disciplina dettata in materia contrattuale, giacché un rapporto di tale tipo si instaura anche grazie ad un “contatto sociale qualificato”; sicché, in caso di danno alla salute provocato da carenze della struttura o da negligenza o imperizia del personale medico o paramedico addettovi, per ottenere il risarcimento il creditore danneggiato non è tenuto a provare anche la colpa dell'autore dell'illecito (secondo il paradigma di cui alla regola generale posta dall'art. 2043 c.c.), ma può limitarsi ad addurne l'inadempimento e a dare la prova del nesso causale (anche tramite presunzioni), restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento e, dunque, l'assenza di colpa propria o del personale preposto alla struttura sanitaria (secondo il diverso paradigma posto dall'art. 1218 c.c.). La differenza è enorme, anche per le diverse conclusioni cui si perviene in caso di insuccesso, o addirittura di impossibilità della prova: la causa è in tal caso vinta o persa dal danneggiato a seconda che si ammetta o si neghi il titolo contrattuale della responsabilità. La giurisprudenza sul punto è sterminata, tanto da renderne superflua la citazione. Basti qui ricordare la prima pronuncia cui si sono allineate quelle successive che, recependo autorevoli contributi dottrinari (offerta soprattutto da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997; da ROPPO, *Il contatto sociale ed i rapporti*

contrattuali di fatto, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Milano, 1993; da BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno” tra contratto e fatto illecito*, in *Contratto e impresa*, 1991, 546), affermò 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 sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall’arte che professa, il vincolo con il paziente esiste e la violazione di esso si configura come responsabilità contrattuale; da ciò consegue che l’obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul contatto sociale connotato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità dell’esercente una professione protetta, ha natura contrattuale* (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere. Giuridico*, 1999, 4, 441, con nota di DI MAJO).

Sarebbe stato, dunque, addirittura paradossale sotto il profilo della coerenza giuridica che il grado di tutela fosse incrementato (per l’aspetto probatorio e per quello del più lungo termine di prescrizione: cfr. artt. 2946 e 2947, comma 1, cod. civ.) a favore del danneggiato mediante la configurazione della responsabilità contrattuale e che, al contempo, fosse esclusa la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento proprio per le obbligazioni che trovano la propria disciplina negli artt. 1218 e ss.. Sarebbe così uscito dalla finestra quello che era entrato dalla porta, poiché si sarebbe prima affermata la natura contrattuale dell’obbligazione al non nascosto scopo di favorire la possibilità del danneggiato di ottenere il pieno risarcimento e, proprio grazie a tale operazione di ermeneutica giuridica, si sarebbe poi esclusa quella che è spesso la principale voce di danno: appunto il danno alla salute [finalmente proclamato non patrimoniale da Cass. n. 8827 del 2008, che ha dichiaratamente ricondotto la responsabilità civile al sistema bipolare del danno patrimoniale e non patrimoniale, così ponendo fine al periodo di scarsa limpidezza giuridica che fece seguito alla nota sentenza della Corte costituzionale del 1986, la quale indusse ad inquadrare il danno biologico nell’ambito operativo dell’art. 2043 c.c., ovvero in un *tertium genus*, inventato di sana pianta e spesso indicato con una brutta espressione aritmetica (art. 2043 c.c. + art. 32 Cost.!), giustificata solo dalla maturazione ancora embrionale dei nuovi spazi che si erano aperti negli anni ’80 a seguito del riconoscimento della risarcibilità della lesione dell’integrità psicofisica].

4.- Le Sezioni unite, fissati dunque i paletti di cui s’è riferito alla fine del paragrafo 1, hanno specificatamente considerato tre tipologie di contratti per i quali l’indagine sulla “causa concreta del negozio” è suscettibile di risolversi nella conclusione che il negozio era diretto a realizzare

anche un interesse non patrimoniale, la cui lesione sia qualificabile come violazione di un diritto inviolabile della persona, tale da giustificare il risarcimento del relativo danno non patrimoniale:

a) *i cosiddetti contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario (§ 4.3. delle sentenze indicate all'inizio) e quello che intercorre fra l'allievo e l'istituto scolastico (§4.4.) ;*

b) il contratto di lavoro;

c) il contratto di trasporto.

Il secondo ed il terzo tipo di contratti non davano luogo a problemi particolari.

Per il secondo, infatti, s'è detto che *l'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge (§4.5.).* E s'è richiamato l'art. 2087 cod. civ., che appunto impone all'imprenditore di adottare le misure necessarie a tutelare "l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore", sicché è la legge stessa che inserisce direttamente nel contratto tipico il presidio di quegli interessi, taluni dei quali sono elevati dalla Costituzione a diritti inviolabili. Le Sezioni unite citano gli artt. 2, 4 e 32 Cost., in riferimento ai pregiudizi della professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità (*id est*: demansionamento o *mobbing*, orizzontale e verticale, ovvero *bossing*), ed alla lesione dell'integrità psicofisica.

Analoga la situazione per il contratto di trasporto, per il quale pure l'art. 1681 cod. civ. prevede che il vettore risponde dei sinistri che colpiscono il viaggiatore, così sancendo che la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore (§4.6. delle sentenze).

Un simile previsione manca per i "contratti di protezione" (o "ad effetti protettivi", com'è forse più corretto definirli), i quali non costituiscono un tipo di contratto previsto dalla legge ma una categoria individuata dalla dottrina e saggiamente non definita dalle Sezioni unite, che si limitano a riferirne il tipo ai contratti conclusi nel settore sanitario, ma non escludono affatto che non ne esistano in altri settori. E' allora essenziale delinearne le caratteristiche per tentare di individuarne l'ambito.

La figura del **contratto con effetti protettivi** nasce – ed è una peculiarità sulla quale va rimarcato l'accento – nell'ambito della dottrina tedesca come strumento per superare il problema della tipicità degli illeciti extracontrattuali ed è stata accolta anche nel nostro ordinamento per tutelare quei soggetti che necessariamente o istituzionalmente sono coinvolti nel contratto.

Può infatti accadere che il contratto abbia ad oggetto una pluralità di prestazioni e che, oltre al diritto alla prestazione principale, sia garantito l'ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi; terzi che, se danneggiati, in quanto anch'essi "protetti" dal contratto, possono agire sulla base dello stesso, facendo valere una responsabilità di tipo contrattuale qualora vedessero pregiudicata la posizione che quel contratto mira a tutelare. Il contratto viene in tal modo integrato da obblighi che trovano il proprio fondamento nei principi della buona fede e della correttezza, superandosi così la concezione tradizionale che vuole gli effetti contrattuali limitati al contenuto dell'accordo ed alle parti che lo hanno stipulato (BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*; diversa l'impostazione di CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, 168 e 174 e ss., che fa leva sul principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.).

Il presupposto dell'estensione ai terzi della tutela è che essi si trovino esposti al rischio di danni in occasione dell'esecuzione del contratto in ragione della loro particolare posizione rispetto ad una delle parti, ovvero che il creditore della prestazione abbia interesse alla loro protezione, che non è tuttavia oggetto di un contratto con prestazione a favore di un terzo, nel quale la produzione degli effetti del contratto costituisce il programma contrattuale delle parti (ex art. 1411, comma 1, cod. civ.), "ma un tipo contrattuale a sé stante, non disciplinato dalla legge, più debole rispetto al contratto a favore di terzi, frutto di un'elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata nei diritti tedesco ed austriaco". Nel quale i doveri di protezione che fanno parte del rapporto obbligatorio e che sono finalizzati a tutelare il contraente-creditore della prestazione dai danni alla persona e/o alle cose che possano verificarsi in occasione dell'esecuzione del contratto si estendono ai terzi che si trovino esposti, per la loro particolare situazione rispetto ad una delle parti, allo stesso rischio di danni ai quali è esposto il contraente-creditore della prestazione (così MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 357 e ss., 371).

All'autore da ultimo citato si deve una completa ed approfondita analisi della genesi e dello sviluppo del contratto con effetti protettivi nell'ordinamento tedesco, francese, ed italiano, oltre alla spiegazione delle ragioni per le quali in Gran Bretagna, che fino al Contract Act del 1999 non conosceva neppure il contratto a favore di terzo, l'istituto non abbia preso piede in ragione della rigorosa applicazione del principio della *privity of contract*, secondo il quale il contratto non può mai avere effetti, neppure riflessi, su chi non ne sia stato parte, non essendo stato in quell'ordinamento di *common law*, al contrario di quanto accaduto negli Stati Uniti, mai compiutamente superato il principio romanistico dell'*alteri stipulari nemo potest*.

In Germania, per contro, l'evoluzione giurisprudenziale ha trovato un suggello legislativo nella riforma del diritto delle obbligazioni di cui alla legge 26.11.2001, che ha esteso gli obblighi di protezione a chi non sia parte del contratto, mentre in Francia, per pervenire ai medesimi

risultati, s'è fatto ricorso all'espedito della *stipulation tacite pour autrui*, che rappresenta in realtà una finzione grazie alla quale è stato possibile riconoscere, ad esempio, il risarcimento da trasfusione con sangue infetto fornito all'ospedale e somministrato al paziente benché questi fosse estraneo al contratto di fornitura.

Il caso probabilmente emblematico è rappresentato da lesioni gravi provocate al nascituro in condizioni fetali al momento del verificarsi del fatto ed addebitabili al comportamento dei sanitari. La prima sentenza della Corte di cassazione in materia (Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550) ha affermato che anche il soggetto che con la nascita acquista la capacità giuridica ha la possibilità di agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il sanitario è tenuto in forza del contratto stipulato con la gestante, a garanzia anche dello specifico interesse del nascituro. E' così riconosciuta, oltre all'obbligazione principale di assicurare alla gestante una gravidanza o un parto che non ne pregiudichi la salute ed ogni possibile presidio medico e terapeutico, un'obbligazione accessoria a favore del nascituro, titolare del diritto a nascere sano (che è cosa diversa, come si dirà, dal diritto a non nascere se non sano), assolutamente autonoma ed indipendente dalla prima, in forza della quale egli può agire direttamente nei confronti del medico e/o della struttura sanitaria, facendo valere una responsabilità di tipo contrattuale, pur senza aver stipulato alcun contratto (così, tra le altre, Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 187, con nota di D'ADDA e, da ultimo, Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, interessante anche per le affermazioni relative alla soggettività giuridica del concepito, portatore di interessi in ordine ai quali l'avverarsi della nascita è *condicio iuris* della loro azionabilità in giudizio).

Absolutamente diverso è il caso della omessa diagnosi di malformazioni del feto e di conseguente nascita indesiderata.

E' stato ritenuto che, nell'ipotesi che si sta considerando, meriti tutela, oltre ovviamente a quella della madre, anche la posizione soggettiva del padre, *atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione*, non rilevando in contrario che sia consentita solo alla madre la scelta dell'interruzione della gravidanza, giacché la sottrazione alla madre di tale scelta a causa dell'inesatta prestazione del medico comporta che gli effetti negativi del suo comportamento si riverberano anche sul padre (Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115; Cass, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. Civ.* I, 2403; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro it.*, 2006, I, 2097). Il problema dell'accertamento, condotto *ex post* ma necessariamente in riferimento al momento dell'omessa diagnosi, che la madre avrebbe scelto di interrompere la gravidanza (ovviamente nella ricorrenza delle situazioni previste dalla legge n. 194 del 1978) se fosse stata informata (ché, altrimenti, evidentemente non si sarebbe

potuto prospettare alcun danno) è stato risolto sostenendosi che è consentito al giudice del merito valorizzare una serie di indizi in tal senso, in definitiva avvalendosi del metodo dell'inferenza induttiva proprio delle presunzioni (art. 2729, comma 1, cod. civ.), che consentono di risalire dal fatto noto a quello ignoto, a quel punto da considerarsi a tutti gli effetti provato in materia civile. S'è applicato, a ben vedere, lo stesso metodo logico del giudizio controfattuale per accertare il nesso di causalità in caso di comportamento omissivo, trattandosi di apprezzare cosa la madre avrebbe fatto se avesse saputo della malformazione e dunque se la nascita sarebbe stata evitata, così come in caso di colpa da omissione deve accertarsi se l'evento sarebbe stato impedito dalla condotta doverosa e tuttavia non posta in essere.

La citata **Cass. n. 14488 del 2004** (seguita da Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Giur. it.*, 2007, 1921) ha invece escluso che il diritto al risarcimento competa anche al soggetto che sia poi nato, proclamandosi l'inesistenza di un diritto a non nascere, ovvero a non nascere se non sano (in senso opposto si veda tuttavia Trib. Reggio Calabria, 31 marzo 2004, in *Danno e responsabilità*, 2004, in linea con l'approdo cui era pervenuta in Francia la Court de Cassation, che ha comunque provocato l'immediata reazione del legislatore di quel Paese, il quale ha sancito l'inconfigurabilità di un diritto a non nascere se non sano).

Gli argomenti posti a fondamento della decisione sono così esposti nella lunghissima massima ufficiale tratta dalla sentenza:

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", suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da "contatto sociale", nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso); sotto il profilo - latamente - pubblicistico, nel senso che debbono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela cura e assistenza della maternità idonei a garantire (nell'ambito delle umane possibilità) al concepito di nascere sano. Non è invece in capo a quest'ultimo configurabile un "diritto a non nascere" o a "non nascere se non sano", come si desume dal combinato disposto di cui agli artt. 4 e 6 della legge n. 194 del 1978, in base al quale si evince che: a) l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b)trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante, e non già in sé e per sé

considerate (con riferimento cioè al nascituro). E come emerge ulteriormente: a) dalla considerazione che il diritto di "non nascere" sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell'art. 1 cod. civ. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito - artt. 462, 687, 715 cod. civ. - sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita), sicché il cosiddetto diritto di "non nascere" non avrebbe alcun titolare appunto fino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe peraltro non esistere più; b) dalla circostanza che ipotizzare un diritto del concepito a "non nascere" significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (ed in via postuma) in caso di sua violazione, in difetto della quale (per cui non si fa nascere il malformato per rispettare il suo "diritto di non nascere") essa risulterebbe pertanto sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l'esercizio definitivamente precluso. Ne consegue che è pertanto da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto "eugenetico", prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 legge n. 194 del 1978 (accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8), oltre a risultare in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo ex art. 5 cod. civ., costituisce reato anche a carico della stessa gestante (art. 19 legge n. 194 del 1978), essendo per converso il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente -anche mediante sanzioni penali - tutelato dall'ordinamento. Ne consegue ulteriormente che, verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto ovvero di altrimenti avvalersi della peculiare e tipizzata forma di scriminante dello stato di necessità (assimilabile, quanto alla sua natura, a quella prevista dall'art. 54 cod. pen.) prevista dall'art. 4 legge n. 194 del 1978, risultando in tale ipotesi comunque esattamente assolto il dovere di protezione in favore di esso minore, così come configurabile e tutelato (in termini prevalenti rispetto - anche - ad eventuali contrarie clausole contrattuali: art. 1419, secondo comma, cod. civ.) alla stregua della vigente disciplina.

Gli argomenti sono certamente forti. E tuttavia, a parte il riferimento alla difficoltà di configurare un diritto a non nascere che sarebbe privo di titolare fino alla nascita e non esisterebbe più quando il suo titolare viene finalmente in vita (basterebbe in realtà definirlo diversamente per venir fuori dall'*empasse*: ad esempio, diritto alla possibilità di autodeterminazione della madre nel contratto ad effetti protettivi, come s'è sostanzialmente fatto per il padre), è netta l'impressione

che la vera ragione della decisione sta nell'affermazione – non riportata in massima ma leggibile al paragrafo 5.4. della motivazione della sentenza – che, *se esistesse il diritto a non nascere, se non sano, tale diritto sarebbe poi opponibile a tutti: al personale medico e paramedico e, soprattutto, alla madre.*

Senonché, l'enormità dell'evenienza (pur francamente remota, ma esistono le assicurazioni e non si sa mai) di un neonato che faccia causa alla madre per averlo fatto nascere sarebbe probabilmente superabile, per un verso, con una definizione del diritto del concepito nel senso sopra accennato, che sembra idonea a sottrarlo al cappio dell'antinomia logica; e, per altro verso, col rilievo che quel diritto (all'autodeterminazione della madre nel senso di una sua possibile scelta nel senso dell'interruzione della gravidanza nella ricorrenza dei presupposti di legge), in quanto appunto connesso alla scelta della madre, non sarebbe neppure configurabile se la scelta di non abortire ella avesse effettivamente compiuto, giacché la legge le offre appunto la facoltà di abortire (se v'è serio pericolo per la sua salute fisica o psichica nei primi 90 giorni, e se quel pericolo è "grave" dopo quel termine, se vi siano "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro": artt. 4 e 7, lettera b, della legge 22 maggio 1978, n. 194), ma certo non glielo impone in nessun caso.

Dunque, un diritto del nascituro verso la madre che non abbia scelto di interrompere la gravidanza nonostante fosse consapevole della malformazione del feto non esiste: ma non in quanto il nascituro lo avrebbe perduto nascendo, bensì perché la scelta della madre ne preclude l'insorgenza per il fatto stesso della intervenuta scelta, essendo il suo oggetto identificabile nella lesione della facoltà della madre di scegliere consapevolmente. La lesione di quel diritto è destinata a riverberarsi anche nella sfera giuridica di un diverso soggetto (il nascituro), in linea con le caratteristiche proprie dei contratti con effetti protettivi nei quali, come s'è detto, il contratto necessariamente coinvolge ed impone la tutela anche della posizione giuridica soggettiva di chi non ne sia parte. Posizione che, nel caso che si è ipotizzato ed in base al comune sentimento definibile come coscienza sociale, risulta pressoché impossibile immaginare non pregiudicata da una nascita, ad esempio, senza gli arti, o in condizione di gemellaggio siamese per via cefalica, o di concorrente cecità e sordità. Tragedie, queste, di fronte alle quali – salve le diverse opzioni valutative che possono derivare da personali convinzioni religiose o morali, certamente meritevoli del massimo rispetto e tuttavia inidonee a condizionare l'interpretazione delle leggi di uno Stato laico – non sembrano francamente esservi spazi per ritenere che sarebbe indimostrabile l'allegazione da parte dell'attore, insita nel fatto stesso di aver agito per il risarcimento, che egli avrebbe preferito non nascere piuttosto che nascere in quelle condizioni; e che, essendo tanto accaduto in ragione di un comportamento inadempiente del medico, in difetto

del quale la madre si sarebbe determinata, ove appunto pienamente informata, ad interrompere la gravidanza (e qui la prova può essere data con ogni mezzo consentito), egli ha diritto al risarcimento per i danni, patrimoniali e non, che da quell'inadempimento gli sono derivati.

Non si ravvisano del resto ragioni ostative all'applicazione *in subiecta materia* degli stessi principi elaborati in tema di cosiddetto "consenso informato". Così come ognuno ha diritto di essere informato dal medico cui si sia rivolto (anche per "contatto sociale") delle proprie condizioni di salute al fine di poter consapevolmente autodeterminarsi in ordine alle scelte del caso (sulle quali pure va compiutamente informato), allo stesso modo la gestante va informata delle eventuali malformazioni del feto. Se non lo sia per fatto colposo del medico (silenzio volontario o mancata diagnosi), delle conseguenze di una mancata scelta non potuta compiere, qual è l'interruzione volontaria della gravidanza, non può non rispondere la parte inadempiente; verso la gestante, verso il padre del concepito e verso il concepito stesso nel momento in cui nascerà, essendo la posizione degli ultimi due accomunata dall'essere entrambi titolari di interessi coinvolti (ed il terzo, mi parrebbe, ancor più del secondo) nel contratto con effetti protettivi dei terzi intercorso tra medico e gestante.

5.- Le Sezioni unite si riferiscono poi, come ulteriore caso di contratto ad effetti protettivi, alla responsabilità da "contatto sociale" dell'istituto scolastico per i danni dell'alunno cagionati a se stesso. Lo fanno in poche righe, espressamente richiamando la sentenza delle Sezioni unite 27 giugno 2002, n. 9346 (in *Foro it.*, 2002, I, 2365), oltre a Cass., n. 8067 del 2007, che tuttavia non presenta un particolare interesse.

Nel 2002 le Sezioni unite avevano affermato che *nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 cod. civ.,*

sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante.

Il contrasto giurisprudenziale riguardava, in realtà, l'applicabilità dell'art. 2048, comma 2, cod. civ. anche all'ipotesi in cui l'alunno si fosse provocato da sé dei danni e, in particolare, delle lesioni all'integrità fisica. Ad una prima impostazione, che riteneva di poter estendere l'applicabilità a tale ipotesi della norma citata, si contrapponeva la tesi secondo la quale la stessa formulazione testuale dell'art. 2048 rende evidente che la disposizione riguarda il solo caso di danni cagionati dall'alunno a terzi (nei confronti dei quali è appunto prevista la possibilità della prova liberatoria), sicché il risarcimento del danno da autolesione avrebbe potuto essere richiesto all'insegnante (ed all'istituto scolastico che del fatto dell'insegnante deve rispondere ai sensi dell'art. 2049 cod. civ.) solo nell'ambito della disposizione generale di cui all'art. 2043 cod. civ. (così, *ex plurimis*, Cass., nn. 2110 del 1974 e 5268 del 1995).

E' stato dunque compiuto un passo ulteriore rispetto al contrasto che le Sezioni unite erano chiamate a comporre e si è deciso di fare riferimento alla più attuale impostazione del contatto sociale (inaugurata in campo sanitario), per tale via qualificando come responsabilità contrattuale anche quella dell'insegnante, con il quale nessun rapporto diretto ricorre al momento dell'iscrizione dell'alunno alla scuola. In tal modo, quella dell'insegnante verso l'allievo è configurata come responsabilità avente una fonte autonoma, il contatto sociale appunto, che dà luogo anche ad obblighi di protezione.

Può essere qui interessante rilevare che, una volta qualificato come contratto (di protezione) quello che intercorre tra istituto scolastico ed allievo a seguito dell'iscrizione, non era probabilmente necessario il riferimento ad un diretto rapporto giuridico fra insegnante ed allievo, giacché già ai sensi dell'art. 1228 cod. civ. (che prevede la responsabilità del debitore, e dunque dell'istituto scolastico, per il fatto doloso o colposo dei terzi di cui egli si avvale per l'adempimento, e dunque anche dell'insegnante) l'istituto scolastico era tenuto a rispondere del fatto dell'insegnante. A meno di pensare che s'è voluto, per tale via, offrire all'allievo anche un'azione diretta nei confronti dell'insegnante, che tuttavia, tra i due debitori, non è solitamente quello il cui patrimonio offra al creditore una maggiore garanzia di soddisfacimento e del quale, inoltre, la speciale legislazione dettata per le scuole statali prevede la responsabilità solo per dolo o colpa grave, così comunque rendendolo meno "agcredibile" per via giudiziaria di quanto non sia l'istituto scolastico.

Fatto sta che la categoria dei contratti con effetti protettivi ha trovato un ulteriore ambito applicativo avallato dall'autorevolezza delle Sezioni unite, poi seguite dalla giurisprudenza successiva (ad esempio, da Cass., 31 marzo 2007, n. 8067, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, 811).

6.- V'è da domandarsi se il contratto con effetti protettivi abbia nel nostro ordinamento spazi applicativi ulteriori rispetto a quelli fino ad oggi ricevuti; e che ha trovato per soddisfare l'esigenza non già di estendere la tutela risarcitoria ad una più ampia platea di soggetti (il che era già possibile mediante il ricorso alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., che in ambito extracontrattuale consente di dilatarne l'ambito applicativo anche oltre la vittima cosiddetta "primaria" dell'illecito, secondo il sistema dell'ammissione a risarcimento dei "danni riflessi o di rimbalzo"), ma di consentire anche a tali soggetti di avvalersi di un più favorevole regime probatorio e di un più lungo termine di prescrizione (che a sua volta è la vera ragione per la quale ha preso piede la tesi del rapporto contrattuale da "contatto sociale qualificato" con la struttura sanitaria o con quella scolastica).

Questa essendo stata in Italia la vera ragione delle aperture giurisprudenziali di cui s'è detto, ed allo specifico scopo di apprestare tutela all'interesse primario dell'integrità fisica (così fu anche nella prima sentenza che si ricordi, quella della Corte d'appello di Roma, in *Foro pad.*, 1972, I, 552 e ss., che il 30 marzo 1971 riconobbe il diritto al risarcimento, per la lesione del diritto a disporre di un alloggio igienicamente sano, anche ai familiari di un portiere nei confronti del datore di lavoro di quest'ultimo), il quesito che ci si pone è se, una volta adottato il sistema, esso sia suscettibile di trovare spazi applicativi anche in ambiti diversi. In particolare quando non si ponga il problema della violazione di un diritto costituzionalmente tutelato, o addirittura di un diritto inviolabile della persona, ma venga invece in considerazione un interesse meramente economico del terzo.

Come nei casi venuti all'attenzione della giurisprudenza tedesca (a) del professionista che aveva ritardato la redazione del testamento con il quale il *de cuius* intendeva istituire erede universale la figlia, che aveva poi agito per il risarcimento nei confronti del professionista a seguito della morte del padre prima che il testamento fosse approntato, e (b) dell'azione intentata dal terzo acquirente di un immobile verso il consulente del venditore, che espletando malamente l'incarico da questi ricevuto, aveva sopravvalutato il valore dell'immobile, sicché il compratore, essendosi affidato alla stima del perito, aveva pagato un prezzo eccessivo.

In entrambi, il giudice tedesco ha utilizzato lo strumento del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, benché nel secondo il venditore non avesse alcun interesse alla tutela del terzo, essendo anzi il suo interesse addirittura opposto.

Ebbene, non sembra che nel nostro sistema sia possibile offrire tutela contrattuale a nessuno dei due casi in difetto di disposizioni che, come nel BGB, espressamente prevedono gli obblighi di protezione ed esplicitamente li estendono anche a chi non sia parte del contratto.

Unico possibile spazio pare essere, allo stato attuale dell'evoluzione giurisprudenziale, quello della tutela extracontrattuale, benché parte della dottrina abbia prospettato una soluzione contrattuale nei casi di responsabilità da *status* professionale, evocando l'idea di "obbligazione senza prestazione", nel senso che il professionista non ha l'obbligo di fornire l'informazione, ma se tuttavia la dà, a tutela dell'affidamento del terzo deve farlo con la stessa perizia e diligenza che avrebbe dovuto impiegare nell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale (CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, 1995, 221 e ss.). Ciò in quanto lo *status* professionale costituisce giustificazione dell'affidamento dei terzi e genera obblighi, sia pure limitati al solo profilo della protezione o della sicurezza (SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. It.*, 1995, IV, 35 e ss.).

Un'interessantissima apertura è venuta peraltro dalle Sezioni Unite che, risolvendo con sentenza n. 14712 del 2007 un contrasto di giurisprudenza, hanno affermato che la responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall'art. 43 legge assegni (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha - nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno - natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. Ne è stata tratta la conclusione che l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è dunque soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, stabilito dall'art. 2946 cod. civ..