

## LA RESPONSABILITÀ DA FALSE INFORMAZIONI TRA “CONTATTO” E TORTO

Carla Cosentino\*

Sommario: 1.- Il problema. 2.- Obbligo informativo e tutela della persona in ambito sanitario. 2.1.- L’esperienza francese. 3.- Il carattere “ambiguo” della responsabilità da informazioni inesatte. 4.- La contrattualizzazione del settore? La tesi del contatto sociale “qualificato”. 5.- La (ri)scoperta della responsabilità aquiliana.

### 1.- Il problema

La rilevanza delle false informazioni, degli interessi lesi e delle forme di tutela potenzialmente rinvenibili nei moderni sistemi giuridici costituisce, per l’interprete, un terreno difficile, parzialmente esplorato e faticosamente riconducibile ad una sistematica unitaria.

Il primo equivoco da superare è che il «luogo giuridico<sup>1</sup>» esclusivo della responsabilità da false o omesse informazioni sia la trattativa precontrattuale, che le assegna l’indubbia e definitiva “etichetta” di *culpa in contrahendo*. Certamente, il tempo che precede la formazione dell’accordo rappresenta l’ambito d’elezione della nascita e dello sviluppo degli obblighi d’informazione, in particolare da quando, abbandonata la concezione mercantilistica degli scambi, è emerso che la disparità del potere contrattuale costituisce una costante quasi fisiologica delle relazioni economiche<sup>2</sup>.

Ma non ne esaurisce l’operatività.

Si tratta, infatti, di una responsabilità trasversale al sistema ordinamentale che si qualifica e si differenzia a seconda del momento in cui l’informazione viene diffusa e dei soggetti tenuti alla sua divulgazione.

Nella stessa fase prenegoziale, l’elaborazione e la teorizzazione degli obblighi d’informazione non è stata agevole, maturandosi attraverso un processo lento e difficile che pone in evidenza la natura sfuggente dei medesimi<sup>3</sup>, e interessando, altresì, il discusso limine tra illiceità e invalidità. Ed, invero, questo aspetto è particolarmente evidente nell’ordinamento francese,

---

\* Ricercatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Facoltà di Giurisprudenza) dell’Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 575.

<sup>2</sup> Sul tema si veda S. Patti, *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 369 ss.

<sup>3</sup> In tal senso, F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in F. D. Busnelli - S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 321.

oggetto d'indagine privilegiata nel settore e recentemente interessato dalla riforma del diritto dei contratti. Fulcro della normativa, con specifico riferimento agli obblighi prenegoziali d'informazione, è il principio di *bonne foi* che conduce alla teorizzazione di una vera e propria *obligation de renseignement*, attraverso la previsione, a carico dei contraenti, di un effettivo dovere, idoneo a consentire una consapevole manifestazione del consenso negoziale<sup>4</sup>.

La riforma del 2016<sup>5</sup>, in conformità agli orientamenti della giurisprudenza, introduce nella fase delle trattative un obbligo generale d'informazione, qualora lo stesso rivesta un'importanza determinante per il consenso<sup>6</sup>.

Tale si considera quella notizia che presenta un apporto decisivo in ordine al contenuto del contratto, con la sola eccezione del valore della prestazione, relativo alla convenienza dell'affare.

L'ultimo comma dell'art. 1112-1 del *code civil* stabilisce, nell'ipotesi di violazione della suddetta previsione, il risarcimento danni a favore del soggetto danneggiato.

La disposizione, in caso di conclusione del contratto, rinvia alle norme in tema di errore e di dolo, che possono causare l'annullamento del vincolo contrattuale e costituire fonte di risarcimento, affidando all'interprete il compito di tracciare il *discrimen* tra regole di validità e di illiceità.

Diversamente dall'esperienza francese, l'esigenza di disciplinare la fase delle trattative nell'esperienza nostrana, com'è noto, è maturata già nel codice del '42, ed è stata soddisfatta con gli artt. 1337 e 1338 del codice civile<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. M. De Jouglart, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, 1 ss.; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: formation*, Paris, 1980, 503 ss.; B. Rudden, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, 91 ss. Particolarmente incisivo è Y. Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix - Marseille, 1977, 20-26.

<sup>5</sup> Introdotta con l'*ordonnance n. 2016 - 131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*.

<sup>6</sup> In tema, cfr. G. Alpa, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 177; F. Benatti, *Note sulla riforma del Libro II del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, I, 627 ss.; T. Deshayes - O. Genicon- Y.M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, *passim*; C. L. KleistaA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1543 ss.; D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.; M. Mekki, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 494 ss.; C. Crea, *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. Perlingieri - A. Fachechi, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, I, 229 ss.; J. Cartwright - S. Whittaker, *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, 2017, 395 ss.

<sup>7</sup> Su trattative e informazione si veda in una ampissima letteratura C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 162 ss., il quale annovera tra gli obblighi in cui si specifica la buona fede nella fase precontrattuale il dovere di informare, qualificando l'inadempimento a tale dovere in termini di reticenza. Accanto all'obbligo di informare, l'Autore sottolinea la rilevanza della chiarezza, intesa quale impiego, da parte dei contraenti, di un linguaggio comprensibile e non peregrino. Lealtà e correttezza impongono, peraltro, anche comportamenti

L'individuazione di un obbligo d'informazione apparentemente diffuso, tuttavia, non deve condurre a soluzioni fuorvianti. Il riferimento alla clausola di buona fede non legittima eccessi poiché non è dato rinvenire, in entrambi gli ordinamenti, un dovere di comunicazione che imponga di rivelare qualsiasi circostanza attinente al concludendo negozio.

Si evidenzia la necessità di determinare il contenuto ed i presupposti di esigibilità dell'informazione con la consapevolezza del carattere necessariamente tendenziale dell'operazione.

Redigere un elenco dei singoli doveri d'informazione non solo si presterebbe a continue rettifiche per la diversa incidenza di fattori non astrattamente prevedibili e tipizzabili, ma sarebbe in contrasto con la stessa definizione della buona fede quale clausola generale.

Al diritto, spetta, evidentemente, di contemperare le contrapposte esigenze esistenti, che con riferimento al nostro tema si pongono, da un lato, nella celerità e sicurezza dei traffici e, dall'altro, nella graduazione dell'onere e del dovere d'informazione, per assicurare una situazione di equilibrio tra i contraenti. Particolare rilievo assumono gli *status* soggettivi: ove il rapporto precontrattuale intercorra tra soggetti non dotati di pari competenza e professionalità, l'esattezza e la completezza dei dati rappresentano un indispensabile contributo, atto a compensare l'iniziale situazione di svantaggio.

La portata dell'obbligo dipende da indici necessariamente variabili, trattandosi di valutare le circostanze del caso concreto; si ritiene, infatti, che l'incidenza della necessità d'informare cresca in relazione al divario nel potere di negoziazione.

Colui che, in tali ipotesi, appare quale contraente "forte", grazie alle sue conoscenze superiori, o alla possibilità di accedervi in maniera agevolata, ha il dovere di metterne a parte colui che ne è sprovvisto.

Se è vero che il settore degli scambi conclusi tra professionista e consumatore e della contrattazione di massa rappresenta l'area di maggiore evoluzione degli obblighi di informazione, spinta anche dagli interventi legislativi di matrice comunitaria, non si tratta che di una delle manifestazioni del fenomeno<sup>8</sup>.

Tale assunto accomuna la dottrina italiana e francese. Anche gli autori d'oltralpe, ritengono che confinare tale obbligazione in quest'ambito significhi sminuire il problema.

L'obbligo d'informazione riguarda, infatti, ogni genere di negoziazione in cui emerga una disparità tra le parti, che non deve essere necessariamente stimata dal punto di vista

---

omissivi che vengono individuati nel divieto di divulgare le notizie apprese durante le trattative.

<sup>8</sup> Sul punto G. Sciancalepore, *Prassi contrattuale e tutela del consumatore*, in G. Sciancalepore - P. Stanzone, Milano, 2004, *passim* e spec. 474, ove l'autore sottolinea l'importanza della «...conoscenza specifica, quale presidio normativo per una deliberazione libera e responsabile».

economico, né tantomeno con esclusivo riferimento a parametri soggettivi che identificano la categoria del professionista o del consumatore.

La valutazione va compiuta in rapporto alla diversa possibilità dei contraenti di accedere e di comprendere i dati essenziali al regolamento negoziale dei propri interessi.

Fin qui i problemi connessi allo scambio di notizie in ambito prenegoziale, che, tuttavia, non esauriscono i profili della trattazione.

Se l'acquisizione del dato informativo assume particolare rilevanza nella definizione del programma negoziale e si presenta strumentale alla libera e consapevole manifestazione del consenso, in ambito contrattuale, l'informazione è dotata di una valenza peculiare, configurandosi, talvolta, come vera e propria obbligazione principale che vale a qualificare l'accordo.

La differenza è evidente: mentre, in linea generale, la diffusione delle notizie s'inserisce nel quadro di una più ampia operazione, volta a precisare i termini dell'affare, in tal caso, l'informazione si pone come ragione unica del contratto.

L'espressione adoperata dalla dottrina francese *contrats de conseil* rispecchia la diffusione di questo schema negoziale nei diversi settori delle contrattazioni. Si tratta, in effetti, di un istituto socialmente tipico, che, come tale, presenta una configurazione estremamente variegata.

Il riferimento è a quei contratti il cui dovere di assistere sia assunto da un professionista, dietro corrispettivo, al fine di curare gli interessi del cliente, indirizzandone le scelte.

Il *consultant professionnel*, figura rinvenibile anche nel nostro ordinamento, è tenuto ad impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo *standard* della categoria di appartenenza attraverso un vero e proprio *tribut de confiance*, nel caso in cui la controparte risulti del tutto incompetente.

La diligenza, tipica delle obbligazioni contrattuali, diviene, ad un tempo, criterio di determinazione del contenuto della prestazione e parametro di responsabilità, indicando l'impegno richiesto al debitore nella fase esecutiva<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Si vedano, *ex multis*, Y. Bergeaud, *Le devoir de conseil du notaire*, Paris, 1979, 263 ss.; J. J. Alexandre, *La prestation de conseil juridique en droit français*, Aix - Marseille, 1990, 213 ss.; H. Ader - A. Damien «*Règles de la profession d'avocat*», in *Dalloz*, 2014, 18; F. Sbaiti, *Contribution juridique à l'étude de la responsabilité de l'avocat en droit interne*, Université Montpellier, 2015, reperibile su <https://tel.archives-ouvertes.fr>. In ambito domestico, si segnalano V. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 5 ss.; G. Alpa, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1984, 992; A. Baldassarri, *La responsabilità civile del professionista*, 1993, *passim*; G. Alpa, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 718; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 779 ss.; P. Stanzione, *La responsabilità civile del professionista*, in *Danno e resp.*, n. 1, 2007, 5 ss.; M. Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, *passim*; M. D'Auria - M. Rizzuti, *La responsabilità civile del notaio*, in *Giur. it.*, 2014, 191.

Il fondamento dogmatico della responsabilità da false o omesse informazioni non presenta aspetti particolarmente problematici quando la trasmissione di notizie si qualifichi come prestazione, principale o accessoria, di un obbligo contrattuale specificamente assunto.

Il vero *punctum dolens* consiste, invece, nell'individuazione della fonte di responsabilità in assenza di qualsiasi pregresso accordo tra informante ed informato.

La natura della responsabilità da false o omesse informazioni che esulino da un rapporto contrattuale, probabilmente il profilo maggiormente interessante del tema, resta ad oggi una questione aperta, che riguarda le possibili interferenze tra la disciplina del contratto – nella discussa specie del contatto sociale – e quella dell'illecito e sulla quale, nell'ordinamento italiano, permane una forte dissociazione, se non un vero e proprio conflitto tra formanti.

Il contrasto è particolarmente avvertito soprattutto alla luce dei recenti interventi legislativi in materia di responsabilità medica.

## **2.- Obbligo informativo e tutela della persona in ambito sanitario.**

Il collegamento tra obbligo informativo e tutela della persona emerge in tutta la sua evidenza nella relazione tra medico e paziente.

Ribaltata la tradizionale concezione paternalistica che relegava l'informazione nei meri doveri deontologici dettati dall'etica della professione medica, il consenso informato, sia nell'ordinamento italiano che in quello francese, diviene il veicolo attraverso il quale garantire la libertà e la dignità del paziente, riconoscendogli il diritto di decidere da sé delle scelte relative alla propria persona.

Probabilmente tale ambito<sup>10</sup> costituisce il settore privilegiato nel quale si consacra la piena maturazione degli obblighi d'informazione.

Come generalmente accade nelle ipotesi che vedono contrapporsi soggetti dotati di differente competenza ed esperienza, l'elemento fiduciario su cui si fonda la tutela dell'affidamento discende da uno squilibrio informativo che si presenta fisiologico, essendo la decisione di uno dei soggetti del rapporto essenzialmente rimessa alle notizie che può ricevere dal contraente professionale. Ma la responsabilità del medico per violazione degli obblighi d'informazione, se da un lato risente dell'elaborazione sull'*obligation de renseignement* o *de conseil* in ambito contrattuale, dall'altro se ne discosta, attraverso una particolare evoluzione che finisce per

---

<sup>10</sup> Ambito, quello della responsabilità medica *lato sensu* considerata, per il quale risulta impossibile richiamare la sconfinata letteratura esistente e che esula dal campo oggetto d'indagine.

affrancarla dalla lesione al diritto alla salute<sup>11</sup>, ampliandone i confini.

Tale fenomeno, come si evidenzierà nel corso della trattazione, accomuna, seppur con i dovuti distinguo, l'esperienza italiana e quella d'oltralpe.

Nel nostro ordinamento la necessità del consenso del paziente alla terapia, così come alle misure diagnostiche e profilattiche, trova dapprima il suo principale referente normativo nell'art. 32 Cost. che sancisce il principio secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, assicurando così la piena libertà di decisione. Le imposizioni legislative non possono, in ogni caso, violare i limiti derivanti dal rispetto della dignità della persona umana.

Corollario della norma è, evidentemente, la regola generale per cui qualunque intervento sanitario presuppone il consenso del soggetto interessato: la salute o, se si preferisce, il diritto alla integrità fisiopsichica è un bene della persona, protetto e tutelato dall'ordinamento nell'esclusivo interesse del titolare, con l'unica eccezione dell'imposizione di obblighi legislativi volti a salvaguardare il prevalente interesse della collettività<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> La natura del consenso al trattamento sanitario costituisce questione ampiamente dibattuta in dottrina. La disputa tra la teoria che riconduce il consenso alla categoria dell'atto giuridico e quella che, invece, preferisce inquadrare la figura in ambito negoziale rischia, tuttavia, di risolversi in una disquisizione sterile se si perde di vista il profilo dinamico-funzionale. La prospettiva contrattuale rischia di soffocare la tutela delle situazioni esistenziali, sacrificandole all'ottica patrimoniale. Il ruolo del consenso deve, dunque, essere valutato nell'ambito del procedimento cui inerisce, offrendo al paziente la possibilità di una partecipazione consapevole a ciascuna fase del trattamento terapeutico e, rinnovandosi nei diversi momenti della cura. Per questo motivo si ritiene di non aderire alla tesi che crede di poter riferire il consenso del paziente esclusivamente alla fase prenegoziale, con conseguente valutazione della responsabilità del medico per erronea o omessa informazione solo in termini di colpa *in contrahendo*. Muovendo da un'ampia interpretazione dell'art. 1338 c.c., che si crede di poter estendere a tutte le ipotesi di reticenza o silenzio intervenute durante la formazione del programma negoziale, si fa coincidere il difetto di informazione del medico con un caso di responsabilità precontrattuale, inerendo l'informazione alla definizione del contenuto del contratto. In tema M. Costanza, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, nota a Cass., 8 agosto 1985, n. 4394, in *Giust. civ.*, 1986, 1432 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, cit., 162. L'orientamento è confermato da App. Bologna, 21 novembre 1996, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 586. A parte l'ovvia considerazione che non sempre è possibile configurare il rapporto tra medico e paziente in chiave contrattuale, non sembra che la posizione di quest'ultimo possa essere equiparata a quella del contraente comune, in grado di valutare tra effetti positivi e negativi del trattamento, quasi che una simile scelta sia assimilabile a quella che inerisce gli atti di disposizione di natura patrimoniale. Più corretta appare, allora, la soluzione che tende a privilegiare il momento funzionale e la natura degli interessi coinvolti, attribuendo al consenso il ruolo di elemento essenziale ai fini della valutazione di una situazione di inadempimento, anche in quelle ipotesi nelle quali difettino le condizioni per la costituzione del contratto di cura. Cfr., *ex multis*, M. Graziadei, *Il consenso informato ed i suoi limiti*, in L. Lenti - P. Zatti - P. Fabris, *Trattato di biodiritto, i diritti in medicina*, Milano, 2011, vol. I, 191 ss.; G. Pellegrino, *Consenso informato e distorsioni cognitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 637 ss.; S. Rossi, *Consenso informato*, in *Dig. It., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2012, 177 ss.; M. Gorgoni, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 740 ss.

<sup>12</sup> L'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori si giustifica, ad esempio, al fine di prevenire o arginare il rischio di diffusione di malattie contagiose. Il limite ad un simile obbligo presenta natura composita: da un lato, è

La portata applicativa dell'art. 32 Cost. non riguarda semplicemente interventi terapeutici, ma anche attività dirette ad altro fine: si pensi alla medicina estetica o alle tecniche di sperimentazione. Consenso valido ed efficace è solo quello che deriva da una chiara rappresentazione delle conseguenze – rischi e vantaggi –, connesse al trattamento medico, attraverso informazioni esaustive circa la natura ed il decorso della patologia e delle concrete possibilità di guarigione.

Il tenore delle notizie fornite dev'essere adeguato alle conoscenze ed al grado culturale del paziente, onde consentire la possibilità di una scelta pienamente consapevole e ragionata<sup>13</sup>.

Il professionista deve valutare una serie di variabili, rappresentate dall'età, dal livello culturale, dalle capacità di comprensione e dalla situazione psicologica del malato, oltre che dal tipo di patologia e dall'intervento da eseguire.

In linea generale, può, tuttavia, affermarsi che l'ampiezza dell'informazione è direttamente proporzionale ai rischi ed agli effetti collaterali del trattamento ed è maggiore qualora

---

necessaria un'espressa previsione normativa – vincolo di ordine formale – dall'altro, il rispetto della persona umana opera come limitazione a carattere sostanziale. Secondo una parte della dottrina, l'art. 32 Cost., oltre a tutelare la salute quale fondamentale diritto dell'individuo anche nell'interesse della collettività, afferma il dovere di autotutela della propria integrità fisiopsichica. Si ritiene che il rifiuto di sottoporsi al trattamento medico sia illegittimo qualora possa nuocere alla salute dell'interessato: il controllo sociale degli scopi del singolo si ricollega all'art. 2 Cost. che pone su un piano di simmetria i diritti inviolabili dell'individuo ed i doveri di solidarietà economico-sociale. Dall'obbligo del cittadino di svolgere una funzione sociale, contribuendo allo sviluppo materiale e morale della società, deriva il dovere di sottoporsi alle cure adeguate, negandosi che il rispetto della dignità umana e dell'autodeterminazione possa spingersi fino al riconoscimento di un diritto all'autolesionismo. Per questa impostazione si veda P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 31.

<sup>13</sup> Il consenso, quale atto di esercizio del diritto di libertà del paziente, deve formarsi in modo libero e non coartato, deve essere lecito e consapevole, nonché revocabile prima dell'intervento e deve essere prestato direttamente dal medico al paziente in modo espresso ed esplicito. In dottrina, A.M. Princigalli, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 12; R. De Matteis, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 996, 219 ss.; A. Fusaro, *Il consenso all'anestesia non si presume*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 577 ss.; F. Intronà, *Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione deve essere dettagliata o sommaria?*, nota a Cass., 24 settembre 1997, n. 9374, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 830; P. Zangani, *Informazione, consenso e salute: aspetti medico-legali*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 400 ss. Di solito la validità del consenso si ricollega alla capacità di agire del paziente. La regola, tuttavia, non è dotata di valore assoluto poiché l'accettazione del trattamento sanitario implica una scelta personale ed informata. Se il consenso del malato è un atto di libertà appare troppo restrittivo ancorare questo tipo di scelta, come le valutazioni che investono situazioni di natura esistenziale, ad un concetto essenzialmente formalistico come quello di capacità legale. Sembra, allora, preferibile far riferimento alla capacità di discernimento, intesa quale concreta attitudine del soggetto all'autodeterminazione in ordine alla singola scelta esistenziale che questi deve compiere. Sul tema P. Stanzione, *Capacità*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, 85; Id., *Capacità. Diritto comparato e straniero*, in G. Autorino - P. Stanzione, *Comparazione e diritto civile. Saggi*, Napoli, 1987, 105. Un'attenta analisi sulle cause di limitazione della capacità è sviluppata da G. Autorino, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Camerino - Napoli, 1990, *passim*. Per l'ordinamento francese R. Savatier - J. M. Auby - J. Savatier - H. Pequignot, *Traité de droit médical*, Paris, 1956, 215 ss., ove la tradizionale concezione del concetto di capacità, applicato a scelte di natura esistenziale, è giudicato «*contraire à notre civilisation*».

l'intervento esuli da scopi meramente terapeutici.

È importante sottolineare, inoltre, che il consenso del paziente non vale ad esonerare il medico da un' eventuale responsabilità connessa ad errori nell'esecuzione della prestazione di cura: l'accettazione riguarda i soli rischi normalmente connessi alla terapia e non anche quelli derivanti da errori attribuibili a colpa professionale.

Ma c'è di più: sebbene la questione della responsabilità per omessa informazione venga in rilievo qualora le cure prestate si siano rivelate inefficaci, se non addirittura pregiudizievoli, il problema rimane distinto da questa fattispecie ed acquista un'autonoma rilevanza.

Fino ad un recente passato, l'obbligo informativo, ovvero il rilievo giuridico della sua assenza, è stato legato agli esiti dei trattamenti terapeutici, quasi che si trattasse di un aspetto della lesione del diritto alla salute. Non si dubitava del fatto che intanto si potesse far valere una responsabilità per la sua assenza o la sua erronea trasmissione in quanto, a seguito della stessa, si potesse individuare un pregiudizio all'integrità psicofisica della persona. Ma gli interventi della giurisprudenza prima<sup>14</sup> e del legislatore poi hanno ben evidenziato la posizione di sostanziale autonomia dell'informazione del paziente, quale strumento necessario all'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica<sup>15</sup>.

La rinnovata considerazione in materia sanitaria di tale diritto, non previsto testualmente dalla Costituzione, è frutto dell'evoluzione giurisprudenziale culminata nella sentenza della Corte costituzionale 23 dicembre 2008, n. 438, che lo configura come una prerogativa fondamentale della persona<sup>16</sup>.

Si tratta, secondo il *dictum* della Corte, di un diritto, che esplicitando quello della libertà

---

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. la pregevole ricostruzione di F.D. Busnelli, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. "nascita malformata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1520.

<sup>15</sup> Sull'autodeterminazione si vedano C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1037 ss.; S. Rodotà, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, S. Rodotà - M. Talacchini (a cura di), Milano, 2010, 176 ss.; B. Salvatore, *Principio di autodeterminazione e decisioni di fine vita*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 107 ss.; F.D. Busnelli, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 15 ss.; G. Giaimo, *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 1211 ss.; F. Rescigno, *L'autodeterminazione della persona: il faticoso cammino del diritto positivo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 13 ss.

<sup>16</sup> «Al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Così Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss.

personale, garantito ai sensi dell'art. 13 Cost., sottende l'autonomia della propria persona e ne subordina gli atti di disposizione alla dignità ed al rispetto della stessa. Sebbene si presenti strettamente correlato al diritto alla salute, non coincide con il medesimo, rivestendo una posizione di piena autonomia e di conseguente differenziata tutela.

Colmando una lacuna della L. n. 24/2017, c.d. Gelli - Bianco<sup>17</sup>, sulla responsabilità medica, la L. n. 219/2017, in tema di disposizioni anticipate di trattamento, ha positivamente l'autodeterminazione terapeutica, regolata per un lungo periodo dall'attività vicaria della giurisprudenza, prevedendo, salvo per le ipotesi eccezionali<sup>18</sup>, che nessun trattamento medico - sanitario possa avere luogo in assenza del consenso informato<sup>19</sup>.

Quest'ultimo si consacra come elemento essenziale ed indefettibile del rapporto medico paziente, che può originare da un contratto d'opera professionale, da un contratto atipico di ospitalità intercorrente con una struttura sanitaria, pubblica o privata, dall'affidamento alle cure del sanitario esercente *intramoenia* o del medico di medicina generale.

La responsabilità medica che ne deriva è diversificata, giusta la previsione dell'art. 7, L. n. 24/2017: contrattuale quella del medico contraente e della struttura sanitaria, che risponde ai

---

<sup>17</sup> Tra i numerosi commentatori della legge, si rinvia a G. Alpa, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, 728; A. Astone, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1115; V. Bachelet, *Il rapporto tra ASL e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 777; A. Barbarisi, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contr.*, 2017, 217; R. Breda, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2017, 283; V. Carbone, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, 737; Id., *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno e resp.*, 2017, 393; A. D'Adda, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769; M. Franzoni, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 271; C. Granelli, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contr.*, 2017, 377; L. Lambo, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in *Foro it.*, 2017, V, 242; C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2017, 752; M. Faccioli, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (cd. "legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (parte prima)*, in *Studium iuris*, 2017, 665; D. Roncali, *Le linee guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e resp.*, 2017, 280.

<sup>18</sup> Si allude evidentemente al trattamento sanitario obbligatorio ed allo stato di necessità.

<sup>19</sup> Per un commento alla legge, sui profili che interessano la trattazione, cfr. A. Astone, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 1508 ss. S. Canestrari, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018, 301; P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247 ss.; C. Cerri, *La violazione del diritto all'autodeterminazione, quale danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2019, 558 ss.; P. Ziviz, *Le sabbie mobili del danno da lesione all'autodeterminazione nel trattamento sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1485 ss. E. Fazio, *Lesione del diritto all'autodeterminazione e danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2020, 163; M. Gagliardi, *Responsabilità civile - «Un decalogo anche su consenso informato (complicanze) e danni risarcibili»*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2020, 267 ss.

sensi dell'art. 1228 c.c. dell'operato dei medici strutturati, nonché degli esercenti la professione *intramoenia* e dei medici di base in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale; extracontrattuale quella del medico che opera nella struttura, anche in regime di *extramoenia*, e del medico di base anche in regime di convenzione<sup>20</sup>.

La richiesta del consenso, dev'essere preceduta da tutte le indicazioni necessarie e strumentali alla sua acquisizione, allo scopo di chiarire al paziente in maniera semplice ed intellegibile i rischi ed i benefici del relativo trattamento sanitario.

La considerazione dell'autodeterminazione come *alterum* rispetto all'integrità psicofisica produce come rilevante conseguenza la possibilità di configurare il danno da violazione del consenso informato c.d. "puro", ovvero di esercitare un'azione di responsabilità per la sola assenza della sua acquisizione, anche qualora l'esito dell'intervento medico si sia rivelato fausto, determinando un miglioramento delle condizioni del paziente<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Questo il testo dell'art. 7, L. n. 24/2017: «1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. 3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge. 4. Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo. 5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile». Sul cd. "doppio-binario" della legge 24/2017, si vedano, in particolare R. Pardolesi, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 261; R. Pardolesi - R. Simone, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 161 ss.; G. Ponzanelli, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli - Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, 268 ss.; Id, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, 356; C. Scognamiglio, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740 ss.

<sup>21</sup> Sul punto si veda la recente Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2020, 267 ss. La Sezione III della Corte di cassazione coglie l'occasione per ricapitolare il quadro dei principi in materia di consenso informato e risarcimento danni. Alla luce delle enunciazioni della Sezione III, risulta sedimentato il principio secondo cui la violazione del dovere di informare può causare o un danno alla salute, quando il paziente correttamente informato avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento, oppure un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione. Secondo la Suprema Corte: «La violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente può causare due tipi di danni: a) un danno alla salute, quando il paziente – su cui grava il relativo onere probatorio – se correttamente informato avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento; b) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio patrimoniale oppure non patrimoniale (e, in tale caso, tale da superare la soglia di tollerabilità)

Naturalmente, ai fini dell'ammissibilità di una fattispecie di danno in assenza della lesione del diritto alla salute, occorre la prova della lesione di un'altra situazione soggettiva<sup>22</sup> dalla quale siano derivate conseguenze dannose.

Non sarebbe possibile postulare infatti una violazione dell'interesse protetto *tout court*, stante la considerazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. quale danno - conseguenza, che necessita di puntuale allegazione e prova<sup>23</sup>. Si ritiene, in altri termini, che in questo caso, sia indispensabile individuare la compromissione di uno specifico interesse - libertà personale, libertà religiosa, riservatezza - alla cui tutela l'autodeterminazione sia preordinata, compromissione che dev'essere grave quanto all'offesa, e tale da determinare un serio pregiudizio<sup>24</sup>.

Va rammentato, infatti, che nell'ambito dei valori della persona non può trascurarsi il rilievo dell'ingiustizia del danno che, quale criterio di qualificazione del medesimo, vale a selezionare la risarcibilità del pregiudizio, sulla scorta di una valutazione di prevalenza assiologica. Che la fonte sia contrattuale o extracontrattuale, ci troviamo, evidentemente, di fronte alla lesione di un interesse inerente ad una prerogativa della persona umana in sé

---

diverso dalla lesione del diritto alla salute. Pertanto, possono prospettarsi diverse situazioni conseguenti ad una omessa od insufficiente informazione, nelle quali diversi sono i danni risarcibili».

<sup>22</sup> Si veda la recente Cass., 19 agosto 2020, n. 17322, su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), secondo cui «... è risarcibile il diritto violato all'autodeterminazione a condizione che il paziente alleggi e provi che, una volta in possesso dell'informazione, avrebbe prestato il rifiuto all'intervento (e, nel caso di specie, si sarebbe rivolto ad altra struttura). Il rifiuto del consenso alla pratica terapeutica rileva, come afferma sempre Cass. n. 28985 del 2019, sul piano della causalità giuridica ex art. 1223 c.c., e cioè della relazione tra evento lesivo del diritto alla autodeterminazione - perfezionatosi con la condotta omissiva violativi dell'obbligo informativo preventivo - e conseguenze pregiudizievoli che da quello derivano secondo un nesso di regolarità causale».

<sup>23</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.*, 2009, 1, 61, per la quale: «Soltanto la lesione di un diritto soggettivo di rilevanza costituzionale può dar luogo, fuori dai casi previsti dalla legge ordinaria, a risarcimento del danno non patrimoniale; questo costituisce sempre danno-conseguenza e necessita, come tale, di specifica allegazione e prova da parte del danneggiato». Per un commento alla sentenza, si vedano, *ex multis*, G. Ponzanelli, *Sezioni Unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, 137 ss.; A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 40 ss. Sull'evoluzione del danno non patrimoniale, nella sconfinata letteratura giuridica, si segnala la pregevole ricostruzione di C. Castronovo, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 298 ss.

<sup>24</sup> Gravità dell'offesa e serietà del pregiudizio sono elementi espressamente richiesti da Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26975. Trattasi, quindi, di un danno «non incondizionatamente risarcibile»; la condizione di risarcibilità è che lo stesso «varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni Unite nn. 26972-26975 del 2008, con le quali è stato condivisibilmente affermato che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità»; inoltre, anche in questa prospettiva, «non essendo predicabile un danno in *re ipsa*, presupposto comunque indispensabile per l'apprezzamento e la conseguente risarcibilità di un pregiudizio discendente dalla lesione del diritto del paziente ad autodeterminarsi è che, appunto, l'intervento si ponga in correlazione causale con le sofferenze patite». Così Cass., 22 agosto 2018, n. 20885, reperibile su [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

considerata che rileva, per *imprimatur* legislativo e giurisprudenziale, autonomamente sul piano della tutela risarcitoria<sup>25</sup>.

## 2.1.- L'esperienza francese.

Anche l'ordinamento francese si attesta su posizioni analoghe e la necessità che *l'assentiment du patient à l'acte médical* sia prestato in piena consapevolezza trova esplicito riconoscimento nell'art. 16-3 *code civil*, a norma del quale: «*Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors de cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir*» e nell'art. 1142-1-1 *du Code de la Santé Publique*<sup>26</sup>. L'inadempimento del professionista al dovere d'informazione è, dunque, fonte dell'obbligo risarcitorio e, come per l'ordinamento nostrano, l'elemento fiduciario nella relazione tra medico e paziente costituisce la “valvola” attraverso la quale filtrano nel rapporto giuridico istanze personalistiche<sup>27</sup>. Le peculiarità del caso concreto sono destinate ad influire sull'ampiezza dell'obbligo, graduandolo a seconda della natura del trattamento.

L'incidenza del *devoir de conseil* diviene, di conseguenza, più marcata nel campo degli interventi che esulano dalla medicina semplicemente curativa. La casistica distingue tra interventi diagnostici, terapeutici, chirurgici e puramente estetici, rispetto ai quali la responsabilità per difetto d'informazioni è valutata secondo un criterio particolarmente

---

<sup>25</sup> «Il diritto all'autodeterminazione sussiste indipendentemente dal rapporto medico-paziente nello schema contrattuale o del contatto sociale, ovvero dell'illecito extracontrattuale: ai fini della verifica della violazione del diritto all'autodeterminazione, non assume, dunque, alcun rilievo la modifica legislativa della natura della responsabilità professionale medica, trasformata da contrattuale o paracontrattuale ad extracontrattuale, operata dalle leggi intervenute nel 2012 (D.L. n. 158 del 2012, conv. in L. n. 189 del 2012, c.d. Balduzzi) e nel 2017 (L. n. 24 del 2017, c.d. Gelli-Bianco)». Così Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit.

<sup>26</sup> Consultabile su [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>27</sup> Cfr. App. Aix en Provence, 16 aprile 1981, in *J.C.P.*, 1983, II, 1992, con nota di F. Chabas. La pronuncia sottolinea che il medico deve valutare lo stato psicologico del paziente, anteriore e posteriore all'intervento. In dottrina, V. Haim, *De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet. Réflexions sur quelques questions d'actualité*, in *Dalloz Chron.*, 1997, 125; J.F. Barbieri, *Défaut d'information et responsabilité médicale: les principes de droit privé*, in *Les Pet. Aff.*, 1995, 16; F. Bouvier, *Le consentement à l'acte thérapeutique: réalité et perspective*, in *J.C.P.*, 1986, 3249; Y. Dagonne Labbe, *L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient*, in *Les Pet. Aff.*, 1998, 18; P.J. Doll, *Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé*, in *Gaz. Pal.*, 1972, 428; A. Dorsner Dolivet - J.H. Soutoul, *Médecine et information du malade*, in *Gaz. Pal.*, 1977, 432; T. Douraki, *Principes des droits du patient en Europe*, in *Rev. trim. dr. de l'homme*, 1996, 157; J. Mestre, *Obligations et contrat spéciaux*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, 462; P. Sargos, *Modalités, prouve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient*, in *Rev. med. dr.*, 1997, 1.

rigido<sup>28</sup>.

Il medico è vincolato da un obbligo di scienza e coscienza imposto dal codice di etica professionale<sup>29</sup>. Pertanto, qualsiasi difetto tecnico, ritardo nella diagnosi della malattia o qualunque insufficienza del trattamento, costituisce una violazione del suo obbligo ed il paziente che ne subisce le conseguenze ha diritto al risarcimento danni: accanto alla nozione di colpa medica tradizionalmente concepita, dottrina e giurisprudenza giungono all'individuazione di una colpa *contre l'humanisme médicale*, che si traduce in un concetto più ampio, in cui giocano un ruolo essenziale informazione, assistenza morale e consenso al trattamento sanitario<sup>30</sup>.

Presupposto essenziale del regime di responsabilità per violazione dell'obbligo di informazione è il legame causale tra colpa e danno, la cui modalità di valutazione, secondo il consueto schema della *condicio sine qua non*, ha subito nel tempo una progressiva evoluzione.

Il giudizio sul profilo eziologico nell'appurare se una corretta informazione avrebbe consentito al paziente di optare per una scelta differente (in caso di esito infausto o peggiorativo delle condizioni di salute) assume una connotazione marcatamente ipotetica e probabilistica che ha indotto la giurisprudenza a ricorrere alla categoria della perdita di *chance*<sup>31</sup> con conseguente risarcimento parziale del danno subito.

La *Cour de Cassation* ha stabilito che «*La violation d'une obligation d'information ne peut*

---

<sup>28</sup> Con specifico riguardo alla chirurgia estetica la responsabilità per difetto d'informazioni è valutata con maggiore rigore: l'obbligo si permea di un contenuto diverso che non riguarda semplicemente la possibilità di conseguire un duraturo ed effettivo miglioramento dell'aspetto fisico, ma comporta la chiara manifestazione di tutti i fattori di rischio, anche remoti, che possano compromettere il conseguimento del risultato sperato. Cfr. Cass., 17 novembre 1969, in *J.C.P.*, 1970, 16507, con nota di R. Savatier; Cass., 14 gennaio 1992, *ibidem*, 1993, 21996, con nota di A. Dorsner Dolivet; Cass., 22 settembre 1981, in *Dalloz*, 1982, 274, con nota di J. Penneau; App. Paris, 23 novembre 1989, in *Dalloz, Somm. com.*, 1991, 182, con nota di J. Penneau; App. Versailles, 17 gennaio 1991, in *J.C.P.*, 1992, 21929, con nota di G. Memeteau. In dottrina, D. Asquinazi Bailleux, *Un regard sur la prestation de chirurgie esthétique*, in *Les Pet. Aff.*, 1995, 16; F. Chabas, *La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique*, *Annales de l'Université de Paris*, Paris, 1977, 17; H. Fabre, *Chirurgie esthétique: le patient devient un consommateur averti et responsable*, in *Gaz. Pal.*, 1997, 1378.

<sup>29</sup> Sul tema, *ex multis*, J. Dusmesnil, *Implications éthiques d'une «protocollisation» croissante de la pratique médicale*, in *Traité de bioéthique*, Tome 1, Toulouse, 2010, *passim*.

<sup>30</sup> Sul punto v., ad esempio, Cass., 29 maggio 1984, in *Dalloz, Jur.*, 1985, 281 ss., con nota di F. Bouvier. Sulla nozione di colpa *contre l'humanisme médicale* cfr. App. Paris, 20 febbraio 1992, in *Dalloz, Somm. com.*, 1993, 30. La pronuncia riguarda la necessità del previo consenso del paziente alle varie fasi del trattamento sanitario, in cui rientrano anche le misure diagnostiche. La condanna al risarcimento dei danni si fonda sull'inadempimento del *devoir d'humanisme*.

<sup>31</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 10 gennaio 1990 e 5 febbraio 1991, in *Dalloz, Somm. com.*, 1991, 358; App. Versailles, 20 dicembre 1991, in *Dalloz, Somm. com.*, 1993, 30; Cass., 26 marzo 1996, in *Dalloz, Jur.*, 1997, 35 ss.

*être sanctionnée qu'au titre de la perte d'une chance subie par le patient d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé<sup>32</sup>».*

La mancanza di informazioni si traduce in un errore rilevante ogni qual volta faccia perdere al paziente la possibilità di prendere la decisione giusta per il miglioramento delle sue condizioni. Spetta al danneggiato dimostrare che il contegno del medico lo ha privato di una possibilità di guarigione o di evitare gravi conseguenze.

Infinita è la casistica con la quale la giurisprudenza ha dovuto misurarsi nel tempo, consentendo solo un ristoro parziale del danno, secondo il costante richiamo all'applicazione del criterio della perdita di *chance* che, in definitiva, si risolve in un parametro incerto, di difficile riscontro, influenzato dalle circostanze del caso concreto, condizionando la pronuncia risarcitoria all'apprezzamento del giudice<sup>33</sup>.

Per ovviare a tali limiti, si è proposto, in seguito, l'elaborazione di un criterio alternativo, rappresentato dal *préjudice d'impréparation*.

Con la locuzione, s'intende, in realtà, far riferimento a due distinti aspetti del danno legato al difetto d'informazione.

Sotto un primo profilo, viene in rilievo il danno di natura economica: il pregiudizio derivante da carenza d'informazione circa i rischi di un determinato intervento può riflettersi sulla sfera lavorativa del paziente per eventuali disfunzioni relative all'andamento della propria attività professionale. Per altro verso, occorre considerare l'aspetto del danno morale conseguente all'assenza di un'adeguata preparazione psicologica alle conseguenze del trattamento sanitario dovuto dall'*impréparation*<sup>34</sup>. Un danno autonomo, quindi, e distinto dal quello relativo alla

---

<sup>32</sup> Cass., 12 giugno 2006, riportata e commentata da C. Haboubi, in *Le régime de la responsabilité du défaut d'information*, su [www.mondroitmeslibertes.fr](http://www.mondroitmeslibertes.fr).

<sup>33</sup> Le considerazioni espresse sulla difficoltà di accertamento del danno da perdita di *chance* valgono anche per il nostro ordinamento. Recentemente la Suprema Corte ha cercato di tracciarne lo stato dell'arte, stabilendo che la perdita di *chance* si sostanzia «...nell'incertezza del risultato, la cui 'perdita', ossia l'evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato» e che «In tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la perdita di chance a carattere non patrimoniale consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente – secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica – alla condotta colposa del sanitario ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente». Cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Danno e resp.*, 2020, 85, con nota di R. Pucella.

<sup>34</sup> L'impostazione è suggerita da M. Penneau, nota ad App. Angers, 11 settembre 1998, in *Dalloz, Jur.*, 1999, 46. Ma si vedano anche Cass., 3 giugno 2010, 10 aprile 2013, 23 gennaio 2014, 25 gennaio 2017, tutte reperibili su [actu.dalloz-etudiant.fr](http://actu.dalloz-etudiant.fr), provvedimenti nei quali i giudici chiariscono la portata del concetto «*Mais attendu qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte individuel*

c.d. perdita di *chance*.

La situazione si è ulteriormente modificata con l’emanazione della famosa *loi Kouchner*<sup>35</sup> che istituisce un meccanismo di solidarietà nazionale – *l’Office National d’Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales* (ONIAM155)<sup>36</sup> – ispirato al *no fault system* dei paesi del nord Europa e caratterizzati da una diminuzione del ruolo della responsabilità individuale in favore di una tendenza alla “collettivizzazione dei rischi”<sup>37</sup>. Con tale provvedimento legislativo, che costituisce un’importante riforma del sistema sanitario ed incide sul titolo della responsabilità per colpa medica, si assiste alla positivizzazione del dovere d’informazione, il quale assurge ad un obbligo legale vincolante ed imprescindibile<sup>38</sup>. Tuttavia, quanto alla sua reale portata, è sempre all’attività vicaria della giurisprudenza che occorre guardare. È, infatti, con un provvedimento della Corte di

---

*de prévention, de diagnostic ou de soins a fait perdre au patient une chance d’éviter le dommage résultant de la réalisation de l’un de ces risques, en refusant qu’il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d’information cause à celui auquel l’information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice moral résultant d’un défaut de préparation aux conséquences d’un tel risque, qui, dès lors qu’il est invoqué, doit être réparé».*

<sup>35</sup> Per un’attenta disamina della riforma si rinvia a; F. Alt Maes, *Les deux faces d’information médicale. Vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002?*, in *Gaz. pal.*, 2003, 3639; J. Moret Bailly, *Les rapports entre la loi et les déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2003, 581; ID, *Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi n. 2002-303 du 4 mars 2002, journée d’étude, 17 janvier 2003*, in *Rev. gén. droit méd.*, 2003, 10, 9; S. Cacace, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno e resp.*, 2003, 435-443; L. Germini Francini, *La Loi Kouchner nel contesto della responsabilità medica francese*, in *Studium iuris*, 2003, 1433; P. Lokiec, *La décision médicale*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2004, 641; C. Rouge Maillart - N. Sousset - M. Pennau, *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d’information du patient*, in *Méd. droit*, 2006, 64; M. Dupont, *Le libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002*, in *Rev. droit san. soc.*, 2007, 795.

<sup>36</sup> L’art. 1142-1, al. II, C.S.P. individua l’intervento dell’ONIAM stabilendo che «*Lorsque la responsabilité d’un professionnel, d’un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d’un producteur de produits n’est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu’ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu’ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l’évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d’atteinte permanente à l’intégrité physique ou psychique, de la durée de l’arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire*».

<sup>37</sup> G. Comandè, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Torino, 1999, 325; G. Ponzanelli, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management?*, in *Danno e resp.*, 2003, 430; L. Nocco, *Un no-fault plan come risposta alla “crisi” della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull’“alternativa francese” a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 449.

<sup>38</sup> Per una compiuta analisi sul tema, si veda O. Lanzara, *Medical malpractice: uno studio di diritto comparato*, Torino, 2019, 57 ss.

Cassazione del 3 giugno 2010<sup>39</sup> che l'informazione sui trattamenti sanitari *lato sensu* considerati si affranca dalla lesione al diritto alla salute, per conquistare una posizione di autonomo rilievo. Il ragionamento della Corte, chiaramente frutto di una mutata sensibilità sociale e culturale, si rivela di una estrema linearità: posto che l'attività medica, vuoi che consista nella prescrizione di farmaci, in interventi, o ancora in attività diagnostiche dotate di un certo rischio, si traduce comunque in un' "invasione" dell'integrità psicofisica del soggetto che ne è sottoposto, esige sempre il consenso del paziente correttamente formato e validamente prestato. L'assenza del dovere d'informazione equivale allora alla contestuale violazione del rispetto del diritto all'integrità fisica (ex art. 16-3 *code civil*) ed alla dignità delle persone (ex art. 16 *code civil*). Ciò vale in maniera definitiva a recidere il necessario rapporto tra consenso informato e danno alla salute: indipendentemente dall'esito dell'intervento medico e prescindendo quindi dalla materializzazione del rischio, la responsabilità dell'operatore sanitario può essere sollevata senza dover passare dalle strette maglie del giudizio controfattuale tipico del risarcimento per perdita di *chance*. La mancanza d'informazioni dovute costituisce un danno *ex se*, accertabile attraverso i parametri dell'art. 1240 *code civil*, che consentono un ristoro anche del pregiudizio morale.

### 3.- Il carattere "ambiguo" della responsabilità da informazioni inesatte.

L'intera produzione dottrina in tema di responsabilità da false informazioni si è occupata di questo profilo, non certo marginale, se è vero che dalla differente qualificazione della fattispecie deriva l'individuazione della disciplina applicabile. Ma è noto che il problema è ben lungi dall'essere approdato ad una soluzione definitiva, tanto da poter rappresentare una vera e propria quadratura del cerchio<sup>40</sup>.

L'analisi finora svolta consente, tuttavia, di formulare alcune considerazioni che dimostrano come la responsabilità da false informazioni evidenzii profili critici che si riflettono sulle categorie giuridiche tradizionali.

In primo luogo, emerge l'insuccesso dei tentativi volti ad assegnare alla responsabilità da false informazioni una previsione normativa tipica e di risolvere le relative questioni in

---

<sup>39</sup> Si tratta di Cass., 3 giugno, 2010, n. 09-13.591, riportata e commentata da C. Haboubi, su [www.mondroitmeslibertes.fr](http://www.mondroitmeslibertes.fr), cit.

<sup>40</sup> «Le informazioni non veritiere come fonte di responsabilità costituiscono la fattispecie che ha messo in luce modernamente la questione dei confini tra contratto e torto». Così C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., 574.

prospettiva generalizzante. L'affermazione comporta come importante corollario le riscoperta della regola generale della responsabilità per colpa, parametro flessibile e maggiormente adeguato alla formulazione di soluzioni ispirate al criterio della giustizia sostanziale.

In secondo luogo, si fa strada una tendenziale assimilazione delle regole di responsabilità, implicita nella definizione dell'*obligation de renseignement* quale obbligazioni di mezzi. Infine, nel campo squisitamente extracontrattuale, si registra il definitivo superamento della configurazione dell'ingiustizia del danno come lesione di un diritto soggettivo e l'assunzione, da parte della giurisprudenza, del compito di operare una selezione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria secondo criteri normativi generali<sup>41</sup>.

L'ordinamento francese sembra fornire il terreno d'elezione per saggiare il riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, proposto da quella parte dottrina che suggerisce l'uniformazione del loro regime normativo<sup>42</sup>.

La tematica delle false informazioni costituisce l'apice del più ampio dibattito dottrinale circa l'attualità e la legittimità della distinzione tra le due forme di responsabilità.

Come si è cercato di evidenziare diversi sono i modelli normativi di riferimento a seconda che la circolazione di notizie sia avvenuta in occasione di un mero contatto sociale, in costanza di un vero e proprio rapporto contrattuale o nel corso di una relazione di fiducia. Tuttavia, una rigida applicazione dei criteri che fondano la dicotomia tra i due tipi di responsabilità non porta sempre a risultati soddisfacenti ed, anzi, conduce al paradosso dell'applicazione di soluzioni eterogenee in ordine a quello che appare un medesimo fatto.

---

<sup>41</sup> Sul tema si richiama la storica sentenza della Cassazione a Sezioni Unite sulla risarcibilità degli interessi legittimi, 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, 1367, con nota di A. Di Maio - V. Marinconda, secondo la quale «...agli effetti della risarcibilità, ai sensi, dell'art. 2043 c.c., si considera ingiusto il danno arrecato in assenza di una causa di giustificazione, che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito all'autore del fatto, perché lesivo di interessi giuridicamente tutelati (in quanto comunque presi in considerazione da qualche norma di protezione anche a fini diversi da quelli risarcitori), quale che sia la qualificazione formale di detti interessi, e senza che sia determinante la strutturazione come diritti soggettivi perfetti».

<sup>42</sup> Sottolinea come la stessa nozione di contratto e di obbligazione abbia assunto carattere peregrino G. Viney, *op. cit.*, 197-130. Testualmente: «*Pour qu'une action en responsabilité soit soumise au régime contractuel, il faut, rappelons-le, que le dommage dont le débiteur se plaint résulte de l'inexécution d'une obligation née du contrat ne sont exemptes d'incertitudes, ce qui alimente actuellement un contentieux important qui est déjà en lui même regrettable*». È per il superamento della distinzione nell'ordinamento italiano A. Procida Mirabelli Di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 910, per il quale «Il prevalere dei modelli d'imputazione sulla natura della fonte, contrattuale o delittuale, suggerisce di prospettare un superamento della *summa divisio* e di elaborare un "diritto comune" della responsabilità».

La circostanza induce a chiedersi se i confini tra contratto e fatto illecito siano correttamente individuati e, soprattutto, se la *summa divisio* risponda a logiche di coerenza e giustizia sostanziale o se, piuttosto, non costituisca semplicemente il frutto di stratificazioni giuridiche tradizionali.

Il problema è avvertito particolarmente da quella dottrina francese che, pur essendo “arroccata” sul principio del non cumulo, sottolinea come la distinzione sia affidata a parametri imprecisi e fluttuanti. È singolare che l’interrogativo abbia impegnato gli interpreti francesi, tradizionalmente inclini a concepire la dicotomia in termini rigidi. Il problema risale già alla fine del XIX secolo, epoca in cui le opposte tesi “dell’unità” o “dualità” tra le due branche della responsabilità vengono per la prima volta esposte ed articolate in modo sistematico.

La *thèse de la dualité* si fonda essenzialmente sulla rigida contrapposizione tra legge e contratto, intese quali uniche fonti dell’obbligazione. La diversa fonte del vincolo obbligatorio dovrebbe riflettere il differente interesse sotteso alla regola di responsabilità: la funzione della *responsabilité délictuelle* risiederebbe nel rispetto della legge e dell’interesse pubblico, viceversa, la *responsabilité contractuelle* sarebbe posta a tutela di interessi privatistici ed il relativo regime giuridico recepirebbe le istanze individualistiche dei contraenti.

La divergenza dell’elemento funzionale dovrebbe tradursi nella radicale distinzione del regime normativo. Emerge con chiarezza l’influenza esercitata dalla teoria classica, fondata sul dogma della signoria della volontà e sulla definizione del contratto come mero *accord de volontés*. La *thèse de l’unité*, rimasta pressoché isolata, nega, all’opposto, qualunque differenza tra obblighi legali ed obblighi contrattuali. Secondo tale impostazione, l’obbligo risarcitorio che grava sul debitore a seguito dell’inadempimento non corrisponde all’obbligazione originariamente dedotta in contratto. La mancata realizzazione del programma negoziale troverebbe nell’accordo solo la sua fonte mediata, mentre la regola di responsabilità sarebbe indistintamente sancita dall’art. 1382 *code civil* (oggi 1240).

L’orientamento della dottrina contemporanea si esprime in termini più neutri.

La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non è posta in dubbio, ma si tende ad affermare un rapporto tra *genus ad speciem* tra i due istituti che presenterebbero

numerosi aspetti in comune e contribuirebbero a svolgere un ruolo complementare<sup>43</sup>. È diffusa l'insoddisfazione verso un atteggiamento agnostico degli interpreti che, unito ad un'interpretazione letterale del dato normativo, ha contribuito ad innalzare, mattone dopo mattone, una vera e propria barriera tra gli articoli dettati in tema dell'una e dell'altra responsabilità, senza considerare la *ratio* sottesa alla distinzione.

Sotto altro profilo, sul crinale della qualificazione della prestazione contrattuale, la configurazione dell'obbligo derivante dal *contrat de conseil* come *obligation de moyens* obbliga il debitore al risarcimento del danno solo qualora il creditore riesca a provare la colpa del debitore stesso, analogamente a quanto avviene secondo la regola generale in tema di responsabilità aquiliana, dettata dall'art. 1240 *code civil*. Del resto, tale disposizione sembra concedere tutela indifferenziata a chiunque sia stato leso da un'inesatta informazione, fornita con dolo o colpa, secondo la tradizionale concezione che fonda la responsabilità sulla concorrenza di tre fattori: il danno, la colpa ed in nesso di causalità tra comportamento colposo e pregiudizio arrecato. Ma, come si è evidenziato in precedenza, al lineare schema delineato dalla norma richiamata non corrisponde la regola operativa concretamente applicata.

In altri termini, la posizione del diritto francese è assimilabile a quella dell'ordinamento italiano che richiede espressamente, quale ulteriore elemento che contribuisce a fondare il giudizio di responsabilità, l'ingiustizia del danno. Con specifico riferimento al tema in esame la tendenza si riflette anche nel particolare apprezzamento dell'elemento soggettivo che finisce per connotare di illiceità comportamenti altrimenti sottratti all'area della responsabilità.

Pochi i casi in cui si prescinde dal superamento della soglia della malafede relativi a fattispecie di informazioni contenute in pubblicazioni destinate al grande pubblico: si allude all'*affaire Brandly*<sup>44</sup>. In quest'ultima fattispecie, uno storico, nello scrivere un saggio sulla storia della telegrafia, omette di ricordare il contributo determinante ai fini della scoperta fornito da E. Brandly. I giudici di merito tuttavia, esentano lo scrittore da responsabilità per l'accertata mancanza dell'*animus nocendi*. La vicenda si conclude con una pronuncia della Corte di Cassazione che si dimostra di opinione contraria, ritenendo che una carente informazione possa recare danno anche se non accompagnata dalla prava intenzione di

---

<sup>43</sup> Così F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., 321 ss.

<sup>44</sup> Cass., 27 febbraio 1951, in *Dalloz, Jur.*, 1951, 329.

nuocere. L'affermazione conduce alla condanna dell'autore, al quale si rimprovera di non essersi comportato come uno storico avveduto, in palese violazione dei doveri di obiettività che professionalmente gli incombevano.

Il panorama offerto dal *trend* giurisprudenziale francese sembra confermare il riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel settore delle false informazioni e, per altro verso, testimonia il continuo intreccio tra regola di responsabilità e regola di validità, attraverso il tendenziale assorbimento dell'obbligo precontrattuale d'informazione nella disciplina dei vizi del consenso.

Si dimostrano, peraltro, fallaci i tentativi volti alla configurazione di un obbligo informativo generale ed indifferenziato<sup>45</sup>. Come si è più volte ribadito, il riferimento al principio di buona fede, in funzione di riequilibrio dell'intera vicenda negoziale, consente di porre un argine al divario conoscitivo, ma non è idoneo a fondare un dovere di comunicazione dal contenuto indeterminato. Ma non basta. Viene, infatti, smentito l'assunto che configura la responsabilità da false informazioni sulla base della semplice ricorrenza dei presupposti contemplati dall'art. 1240 *code civil*. Anche se traslata in campo squisitamente extracontrattuale, la prospettiva di un' indistinta responsabilità da informazioni inesatte si rivela fuorviante, dovendosi necessariamente distinguere tra ipotesi in cui la divulgazione di notizie inesatte sia fonte di un ingiusto pregiudizio, dalle ipotesi in cui tale requisito manchi, oltre a dover differenziare la responsabilità in ragione della diversa natura e dell'incidenza del coefficiente di imputazione soggettivo.

Quest'ultimo profilo assume particolare rilevanza nella valutazione del contegno omissivo e reticente, come emerge dalla stessa locuzione di *réticence dolosive*: in assenza di un generale obbligo informativo, il comportamento inerte si colora di illiceità se sorretto dall'*animus decipiendi*. Il particolare atteggiarsi della colpa, quindi, caratterizza in senso uniformante la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Alla responsabilità contrattuale per inadempimento di un'*obligation de moyens* corrisponde una responsabilità extracontrattuale per colpa grave; quando l'informazione esula dal contesto professionale e confluisce nella nozione di 'prodotto', sul versante contrattuale si assiste ad

---

<sup>45</sup> Così A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1972, 92, che paventa il rischio di paralisi dei traffici e di una visione «esasperata» della concezione della responsabilità.

una metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato<sup>46</sup>.

L'esperienza francese offre un significativo modello di riferimento anche per l'analisi della problematica in esame alla stregua del sistema normativo italiano, caratterizzato dalla esplicita previsione del requisito dell'ingiustizia del danno nella regola della responsabilità civile.

L'esigenza di operare una selezione degli interessi meritevoli di tutela viene fatta filtrare attraverso il criterio di imputazione soggettiva. Benché l'art. 2043 c.c. operi una equiparazione tra dolo e colpa, la necessità di circoscrivere la responsabilità da false informazioni viene soddisfatta limitando il risarcimento ai soli casi di dolo o colpa grave, analogamente alla tecnica utilizzata dalla giurisprudenza francese, che condiziona la risarcibilità del danno alla ricorrenza di una *faute lourde*<sup>47</sup>. Ma ciò accade solo qualora la diffusione delle notizie avvenga in assenza di un pregresso rapporto tra informante ed informato che giustifichi la previsione di uno specifico obbligo informativo. Si torna così alla distinzione tra consiglio o informazione fornita nell'ambito di un rapporto di cortesia, che si suole ricondurre agli illeciti di dolo, ed informazione - servizio, ipotesi che comporta la valutazione dell'inesattezza secondo il parametro della diligenza, implicando la qualificazione professionale dell'informante.

A conferma, l'orientamento giurisprudenziale in tema di benefondi bancario che riporta in campo aquiliano la responsabilità della banca che fornisce inesatte informazioni circa la situazione economica o la solvibilità di un cliente<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Si allude al pregresso ma significativo tentativo della dottrina francese di assimilare la responsabilità da false informazioni a quella derivante dalla messa in circolazione di un prodotto difettoso, disciplinata dalla direttiva C.E.E. del 25 luglio 1985. In senso critico, V. Zeno Zencovich, *Profili di responsabilità contrattuale ed aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in *Dir. inf.*, 1990, 468 ss., il quale evidenzia come il ricorso alla disciplina speciale non si traduca necessariamente in una posizione più vantaggiosa per il danneggiato, rispetto ai tradizionali rimedi della responsabilità civile.

<sup>47</sup> È esplicito il riferimento alla dottrina italiana che si è occupata della problematica degli illeciti di dolo. La locuzione indica le ipotesi in cui l'illecito si qualifica come tale per il "modo in cui è posto in essere". Il particolare atteggiarsi dell'*animus attrae* nel campo aquiliano comportamenti privi di autonoma vocazione lesiva. Cfr. P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, 42, ove l'autore considera l'ipotesi delle false informazioni, precisando, peraltro, che può parlarsi di illecito di dolo solo qualora la diffusione di notizie avvenga a prescindere da uno specifico obbligo informativo, da valutare alla stregua del diverso criterio della diligenza adempitiva.

<sup>48</sup> Secondo la giurisprudenza, come precedentemente chiarito, la divulgazione di false o inesatte informazioni commerciali (quando non abbia la sua fonte in un contratto) può dare luogo a responsabilità civile, anche sulla base di una condotta meramente colposa, allorché avvenga nell'ambito di un rapporto commerciale o

Quando, dunque, l'informazione viene fornita da un soggetto particolarmente qualificato, sia nel settore bancario che nell'ambito di relazioni professionali e non ci si trovi di fronte ad un obbligo di prestazione, tornano a valere le regole generali in tema di responsabilità civile e si assiste ad una riesplorazione del criterio della colpa. All'estensione del coefficiente soggettivo d'imputazione della responsabilità fa seguito il problema d'individuazione del danno ingiusto, il quale non potendo più definirsi tale per la connotazione dell'*animus*, postula una selezione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria.

A questo punto si avverte l'influenza delle concezioni tradizionali sulla categoria dell'ingiustizia del danno, che caratterizzano in modo peculiare il sistema di responsabilità civile nell'ordinamento italiano.

Di fronte alla tangibile impossibilità di riconoscere la sussistenza di un diritto soggettivo assoluto alla veridicità dell'informazione ci si imbatte in «una drastica alternativa<sup>49</sup>»: o si finisce per escludere la configurabilità della responsabilità aquiliana, ovvero si ricorre alla finzione di costruire nuovi diritti dai confini evanescenti e dal contenuto così ampio da risultare indeterminato<sup>50</sup>.

Entrambe le prospettive si dimostrano insoddisfacenti perché viziate da ambiguità o incertezza. Lo stesso tentativo di “contrattualizzare” la responsabilità derivante da colposa divulgazione di notizie inesatte, volto ad aggirare il profilo dell'ingiustizia del danno, non perviene ai risultati sperati.

#### **4.- La contrattualizzazione del settore? La tesi del contatto sociale “qualificato”.**

L'affermazione merita di essere approfondita alla luce della posizione “da protagonista” che la violazione degli obblighi d'informazione riveste nell'ambito della discussa categoria del contatto sociale qualificato, un “luogo giuridico”, un costrutto quasi ventennale dell'elaborazione giurisprudenziale<sup>51</sup> e ove, molto spesso, viene collocata la responsabilità per

---

d'affari da parte di una persona che, per le sue qualità soggettive e professionali o per pregressi rapporti con l'informato, sia in grado di suscitare un ragionevole affidamento e abbia potere di controllo sulle informazioni rese, le notizie fornite siano precise ed inequivoche, dotate di un alto grado di verificabilità empirica e sussista, infine, un nesso eziologico tra l'informazione ed il danno arrecato.

<sup>49</sup> F. D. Busnelli, *op. ult. cit.*, 340.

<sup>50</sup> Si allude, per esempio, alla categoria di creazione giurisprudenziale del “diritto all'integrità del patrimonio”.

<sup>51</sup> La prima sentenza della Cassazione in cui figura il contatto sociale è del 1999. Nel dettaglio Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss.

inosservanza di siffatti obblighi.

L'espressione si riferisce a particolari relazioni che intercorrono tra due o più soggetti, determinanti il sorgere di doveri di collaborazione e protezione, volti a salvaguardare situazioni soggettive degna di tutela.

Trattasi di una particolare forma di responsabilità, nata, o meglio "riscoperta", al fine di soddisfare le istanze difensive di posizioni difficilmente inquadrabili nella tassonomia contratto/fatto illecito.

Il riferimento è alla categoria del *quasi contratto*, annoverata tra le fonti delle obbligazioni dal codice del 1865 e successivamente abbandonata da quello in vigore. Com'è noto, il previgente art. 1440 c.c. definiva il *quasi contratto* come un fatto lecito «dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti», comprensivo della gestione di affari altrui (artt. 1141-1144 c.c.) e della ripetizione dell'indebito (artt. 1145-1150 c.c.)<sup>52</sup>. Alla base delle obbligazioni *quasi ex contractu*, l'operatività di una *fictio iuris*, secondo la quale il rapporto giuridico pur non trovando la sua fonte in un accordo contrattuale viene a questo assimilato quanto al regime degli effetti prodotti<sup>53</sup>.

È agevole notare la similitudine tra la suddetta categoria e le fattispecie di contatto sociale, strumenti volti all'applicazione della disciplina contrattuale anche in assenza della formalizzazione di un accordo negoziale. Elemento costitutivo di una simile estensione è costituito dal principio giustificativo della responsabilità da false informazioni: la tutela dell'affidamento, espressione di una legittima aspettativa all'osservanza di regole cautelari di condotta in quei settori caratterizzati dall'esistenza di particolari rischi, in grado di causare pregiudizio a beni o interessi giuridicamente rilevanti.

L'idea di una responsabilità da affidamento nell'ambito di rapporti contrattuali di fatto, non solo, come già sottolineato, non costituisce una novità assoluta nel nostro ordinamento, ma risulta probabilmente influenzata dalla dottrina tedesca degli anni '40 di Haupt e Dölle<sup>54</sup>. Ed infatti, il contatto sociale è assimilabile alla cosiddetta "obbligazione senza prestazione",

---

<sup>52</sup> Per una ricostruzione storica della figura si vedano in particolare C. A. Cannata, *Quasi-contratti e quasi delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 28 ss.; P. Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000, 9 ss.; F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impresa*, 2008, 73 ss.

<sup>53</sup> E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1997, 354.

<sup>54</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda nella dottrina italiana A. Procida Mirabelli Di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., 90 ss.; C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., 547.

figura elaborata da tale scuola di pensiero nell'intento di generalizzare gli obblighi nascenti dalla fase delle trattative precontrattuali sul presupposto che non siano queste ultime, bensì il rapporto sociale nel quale si sostanziano a costituire la vera origine degli obblighi<sup>55</sup>, che si traduce, in maniera lapalissiana, nella generalizzazione del principio della tutela dell'affidamento oltre il limite della trattativa precontrattuale<sup>56</sup>.

Diversi sono peraltro gli agganci normativi a sostegno della suddetta tesi.

Primo tra tutti, l'art. 1173 c.c. che configura un sistema aperto di fonti delle obbligazioni nel rispetto del requisito della conformità all'ordinamento giuridico; segue la lettura in combinato disposto degli articoli 12 delle disposizioni sulla legge in generale e 1337 c.c., che consente un'interpretazione estensiva, analogica ed in chiave evolutiva del principio di buona fede; ed ancora il riferimento ad alcune previsioni codicistiche che prevedono l'esistenza di specifici obblighi di protezione accessori al rapporto contrattuale, come l'art. 1718 c.c.<sup>57</sup>

Tutte le volte in cui, sia possibile, allora, ravvisare una condizione di affidamento alla competenza e professionalità di un terzo, al fine di tutelare una posizione soggettiva meritevole di tutela, il 'contatto qualificato' varrebbe a trasformare una situazione potenzialmente ascrivibile, al più, alla clausola generale del 2043 c.c., in una obbligazione contrattuale. Tipiche ipotesi riconducibili alla categoria sono le informazioni errate fornite da un professionista ad un terzo che esulano da un rapporto contrattuale, o quelle nelle quali venga in rilievo l'affidamento di un soggetto nei confronti di un altro, alla luce della posizione di garanzia rivestita da quest'ultimo.

Fin qui, l'elaborazione dottrinale<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Sul punto C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 679 ss.; Id, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *ibidem*, 2011, 55 ss.

<sup>56</sup> Teoria caldeggiata da larga parte della dottrina. Si vedano, *ex multis*, A. Thiene, *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*, Padova, 2006, 168 ss.; L. Manna, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo - M. Talamanca, III, Padova, 2010, 3 ss.; F. Piraio, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 675 ss.; Id, *La buona fede in senso oggettivo*, 2015, 230 ss.; A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1228 ss.; S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 90 ss.

<sup>57</sup> In tal senso A. Thiene, *Inadempimento e obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, G. Visintini (a cura di) Torino, 2009, 331 ss.

<sup>58</sup> Tra i tanti interventi sul tema, cfr. V. Carbone, *Responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 299 ss.; A. DI Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss.; E. Guerinoni, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei*

Ma la categoria del contatto sociale deve la sua ascesa principalmente all'attività 'creativa' della giurisprudenza che ne ha dapprima tratteggiato gli elementi costitutivi ed in seguito individuato le fattispecie potenzialmente idonee a farne parte.

Campo d'elezione della "nuova responsabilità contrattuale" è l'attività del professionista sanitario<sup>59</sup>. La Cassazione equipara la posizione del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale a quella del libero professionista sul presupposto che sia consentita una possibile dissociazione tra la fonte - individuata secondo lo schema dell'art. 1173 - e l'obbligazione che ne scaturisce: quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è un accordo.

Alla base del "cambio di regime", l'esistenza di un'attività che incide su beni particolarmente

---

*confronti del terzo*, in *Contr.*, 1999, 1007 ss.; R. De Matteis, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, *ibidem*, 777 ss.

<sup>59</sup> Com'è noto, la prima pronuncia sul tema, Cass., 22 gennaio 1999, cit., ha parificato la posizione giuridica del medico operante all'interno di un ente e quella del medico libero professionista che, ad avviso della Corte, non possono essere differenziate, presentando le medesime caratteristiche: «In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano 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 questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale. Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione cd. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica (che è il caso della fattispecie in esame), che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost... invero a questo tipo di operatore professionale 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. Ciò 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».

tutelati - quale il diritto alla salute, ex art. 32 Cost. -, l' affidamento che l'esercizio di una professione protetta suscita nei confronti dei terzi, la sostanziale uguaglianza dell'attività prestata, qualunque sia il titolo a monte.

Diversi sono i casi successivamente selezionati dalla giurisprudenza: quello del precettore dipendente da un istituto scolastico per aver mal vigilato sull'incolumità dell'allievo durante il tempo in cui è affidato alle sue cure<sup>60</sup>, della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile<sup>61</sup>, della responsabilità del notaio in assenza di un vincolo contrattuale con il danneggiato<sup>62</sup> e, più in generale, quella del professionista per erronee informazioni rilasciate a terzi<sup>63</sup>. In tutte queste situazioni, l'attrarre alla disciplina del 1218 c.c. fattispecie altrimenti ascrivibili al genere della responsabilità aquiliana consente per il soggetto danneggiato un forte "alleggerimento" del carico probatorio, non essendo lo stesso tenuto a dimostrare l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi del 2043 c.c., con particolare riferimento alla dinamica causale<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> In tal senso, Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Corr. giur.*, 2002, 1287, per la quale: «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 c.c., 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».

<sup>61</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, secondo cui: «La responsabilità della banca negoziatrice ex art. 43 legge assegno - R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736 - è di natura contrattuale e trova la propria fonte nella violazione delle specifiche regole dettate dalla legge e poste nei confronti dei soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno: tale specie di responsabilità si configura come responsabilità da contatto sociale qualificato», in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss.

<sup>62</sup> Cass., 9 maggio 2016, n. 9320, in *Foro it.*, 2016, I, 2801 che ravvisa una responsabilità da contatto sociale dei danni subiti dall'istituto di credito mutuante, per il notaio che abbia negligenemente compiuto le visure ipotecarie richiestegli dall'aspirante alla concessione di un finanziamento ipotecario anche se quest'ultimo non gli aveva conferito l'incarico.

<sup>63</sup> Cass., 7 aprile 2006, n. 8229, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corr. giur.*, 2010, 206.

<sup>64</sup> Prova non semplice, sebbene la teoria condizionalistica appaia mitigata dal criterio del «più probabile che no», accolto dalla Cassazione civile, in luogo del «oltre il ragionevole dubbio», richiesto per l'accertamento delle

La notazione è particolarmente significativa nell'ambito della responsabilità medica a causa dell'insorgere del fenomeno della c.d. medicina difensiva<sup>65</sup>, che ha stimolato l'intervento del legislatore in materia, il quale con la legge n. 24/2017 (cosiddetta L. Gelli - Bianco), ha, all'art. 7, (ri)stabilito la natura extracontrattuale della responsabilità dell' esercente sanitario dipendente da una struttura sanitaria, rafforzando la citata previsione con una norma di chiusura che ne dichiara espressamente l'imperatività.

Sembra che, accanto ad evidenti ragioni di politica del diritto, tese a risolvere i problemi pratici derivanti dall'applicazione della nuova forma di responsabilità<sup>66</sup>, il legislatore abbia fatto proprie le numerose obiezioni alla tendenza alla contrattualizzazione della responsabilità civile, frutto dell'operatività del contatto sociale.

Diverse sono le critiche potenzialmente ascrivibili.

Dalla lettura dei precedenti giurisprudenziali emerge il ricorso in modo approssimativo alla teoria del contratto di fatto, degli obblighi di protezione, dell'obbligazione senza prestazione.

A volte, il richiamo al 'contatto' sembra, in realtà doppiare l'esistenza di un'obbligazione già imposta dal legislatore<sup>67</sup>; il concetto stesso di contatto sociale appare poco puntuale, eccessivamente generico, ipoteticamente riferibile ad una quantità indefinibile di casi<sup>68</sup>.

---

fattispecie penali, atteso che i caratteri morfologici e funzionali del nesso eziologico si strutturano secondo modelli di analisi ampiamente diversificati in seno a ciascuno dei due sottosistemi di responsabilità. La causalità civile ordinaria si attesta, difatti, sul versante della "probabilità relativa" caratterizzata dall'accedere ad una soglia probabilistica meno elevata rispetto a quella penale, secondo modalità che possono assumere molteplici forme espressive, senza che questo debba, peraltro, vincolare il giudice ad una formula peritale e senza che egli perda la sua funzione di operare una selezione di scelte del "giuridicamente rilevante" e con riferimento al singolocaso concreto, che ben può prescindere, in caso di specifica evidenza probatoria, dalle leggi e dalle risultanze di tipo statistico. Così Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. del merito*, 2008, 694 ss.

<sup>65</sup> Su tale fenomeno si vedano, *ex multis*, A. Ddiurni, *Gli eventi dannosi*, in *Le responsabilità in medicina*, A. Belvedere - S. Riondato (a cura di), in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 349 ss.; F. Macri, *La responsabilità medica*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, F.C. Palazzo - R. Bartoli (a cura di), Firenze, 2011, 7 ss.; U. Perfetti, *La responsabilità civile del medico*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, VII, Milano, 2013, 109 ss.; S. Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, 509. P. Cendon, *La responsabilità medica*, Torino, 2016, 10.

<sup>66</sup> Si allude al citato fenomeno della medicina difensiva.

<sup>67</sup> A. Zaccaria, *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 726 ss.

<sup>68</sup> Ancora A. Zaccaria, "Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, su *www.juscivile.it*, 3, 2017, 185, il quale nel contestare l'utilità della categoria del contatto sociale, richiama il "comportamento concludente" quale ipotetico sostitutivo, sostenendo che «Ben potrebbe darsi, in altre parole, che un comportamento possa essere inteso come situazione espressiva di un intento di vincolarsi

Va poi tenuta in considerazione la svalutazione della componente “volontaristica” dell’accordo contrattuale: non è, in altri termini, sostenibile che un soggetto che si trovi a rivestire una certa qualifica nell’ambito di una relazione di fatto possa essere automaticamente assoggettato alla disciplina contrattuale, rispondendo degli eventuali danni cagionati ai sensi dell’art. 1218 c.c., senza che si ravvisi una dichiarazione di volontà in questo senso. Tale criterio non sembra *ex se* sufficiente a considerare come ‘inadempimento contrattuale’, con tutto quello che ne consegue sul piano della disciplina, il comportamento di un soggetto, sia pur foriero di conseguenze dannose. Anzi, in attuazione di siffatto parametro si rischia di pervenire a risultati fallaci rispetto alla sostanza dei rapporti.

La tesi del contatto sociale presta il fianco a numerose eccezioni sul piano della sua giustificazione, del suo inquadramento, della sua necessità<sup>69</sup>.

La qualifica, lo *status* soggettivo, la tutela dell’affidamento bastano a giustificare la sostituzione delle regole sull’illecito aquiliano con quelle dettate in materia d’inadempimento senza una puntuale previsione legislativa?<sup>70</sup> O ci si trova di fronte ad un “arbitrio” giurisprudenziale?<sup>71</sup> che frustra il ruolo essenziale delle categorie ordinanti in assenza di una risposta appagante alla problematica classificazione di fattispecie “tra contratto e torto”?

È evidente che il legislatore della Gelli - Bianco sposi questa impostazione, nella qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale delle condotte *non iure* (e non

---

anche in quanto comportamento che tale significato assume (solo) alla luce di come certe relazioni quotidianamente si svolgono nel traffico giuridico, risultando in tal modo tipizzate».

<sup>69</sup> Parla di «moltiplicatore incontrollato e incontrollabile delle fattispecie di responsabilità», A. Zaccaria, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 78 ss.

<sup>70</sup> Cfr. P. Stanzione, *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, su [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), 2018, 5, il quale prende atto della crescente importanza del ruolo della giurisprudenza quale fonte di produzione del diritto: «La tendenza attuale della politica del diritto nel nostro sistema ordinamentale si avvia verso l’obbligatorietà del precedente.. È vero, peraltro, che si tratta di realizzare “un difficile equilibrio tra la mediazione interpretativa del giudice e il principio di legalità”, assicurando “ il bilanciamento tra pluralismo interpretativo, dimensione creativa del diritto giurisprudenziale, uniformità e prevedibilità delle decisioni” (Giovanni Canzio)... Ma devono altresì trovare spazio operativo, aggiungo io, i principi di ragionevolezza, adeguatezza e sussidiarietà, che non sono formule magiche della scienza giuridica alla Wiethölter, ma principi e criteri che si rivelano utili per consentire il passaggio dal testo al contesto».

<sup>71</sup> Così A. Zaccaria, *op. ult. cit.*, secondo il quale: «L’affidabilità di un sistema giuridico che abdica in favore di componenti straordinari fatalmente vacilla: un sistema giuridico che consegna la definizione di suoi contenuti a un “prudente apprezzamento” suscettibile di trasformarsi senza possibilità di controllo in forme di arbitrio in grado di autolegittimarsi attraverso anche soltanto generici richiami alla coscienza sociale del momento storico non può non destare preoccupazioni».

solo *contra ius*) dell' esercente la professione medica alle dipendenze di una struttura sanitaria (salvo che abbia agito nell' adempimento di un' obbligazione contrattuale assunta con il paziente), "blindando" eventuali *revirements* da parte della giurisprudenza con una norma di chiusura che conferisce alla previsione carattere imperativo<sup>72</sup>.

D'altra parte, sia pure con i dovuti distinguo, anche l'ordinamento francese segue la medesima tendenza proprio nel settore della responsabilità medica, attraverso la qualificazione della violazione dell'obbligo d'informazione come ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Le alterne vicende della responsabilità medica e della sua natura, caratterizzate da una continua dissociazione tra formanti, confermano la reale difficoltà di tracciare un valido *discrimen* tra 'contatti' fonte di obbligazioni e 'contatti' fonte di danni ingiusti ex art. 2043 c.c.

Quanto accaduto in relazione al settore sanitario potrebbe verificarsi anche per le altre fattispecie potenzialmente ascrivibili alla 'categoria' del contatto sociale.

Sono casi in cui all'esistenza della relazione qualificata tra danneggiato e danneggiante è seguito il convincimento della necessità di una responsabilità da inadempimento, pur potendo la responsabilità aquiliana ugualmente soddisfare un'esigenza di tutela senza dover necessariamente abdicare alla sistematica del nostro codice.

Numerose sono, infatti, le riserve sollevate dalla dottrina al fondamento dell'obbligazione senza prestazione.

La difficoltà d' individuare elementi certi che possano giustificare il bisogno di ricorrere a tale figura comporta il rischio di abusi da parte degli interpreti, in uno con un'ingiustificata erosione del campo di applicazione della responsabilità aquiliana.

D'altronde non si vede perché negare a quest'ultima la *chance* di una tutela maggiormente efficace a favore dei soggetti danneggiati, sul presupposto che la stessa non è attribuibile solo al *quivis de populo*, ma ben può riguardare fatti dannosi verificatisi all'interno di una precedente relazione. Basti riportare l'ovvia considerazione che il codice civile disciplina, dopo la regola generale di cui all'art. 2043 c.c., una serie di responsabilità 'speciali', la cui peculiarità riguarda proprio il rapporto soggettivo tra danneggiante e danneggiato.

In queste particolari ipotesi, stante l'operatività di un sistema di presunzioni, sul fronte del

---

<sup>72</sup> Si allude chiaramente al comma 5 dell'art. 7, L. n. 24/ 2017 per il quale «Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile».

riparto dell'onere della prova, le distinzioni tra le due *species* di responsabilità risultano molto ridimensionate.

È, quindi, evidente che la necessità di perseverare nella contrattualizzazione della responsabilità nascente da false informazioni appaia decisamente 'sfumata'.

### 5.- La (ri)scoperta della responsabilità aquiliana.

In assenza di una chiara *regola iuris*, che deponga per una soluzione diversa<sup>73</sup>, si ritiene, nel rispetto delle categorie ordinanti, che la responsabilità da false informazioni vada ascritta all'ampio *genus* della responsabilità aquiliana, quale clausola generale di risarcimento danni.

Lo spostamento dalla 'sede contrattuale impone, tuttavia, di selezionare, attraverso il criterio dell'ingiustizia, la tipologia di danni risarcibili, onde evitare l'indiscriminato moltiplicarsi delle pretese risarcitorie.

In tal senso, insoddisfacente e quasi "artificiosa" si presenta la strada che conduce alla creazione dei cosiddetti "diritti cornice".

Non a caso la dottrina più avveduta ha stigmatizzato il ricorso all'espedito del diritto all'integrità patrimoniale, categoria rivelatasi superflua<sup>74</sup>, che finisce per eludere completamente la portata selettiva del criterio dell'ingiustizia: ogni danno al patrimonio si configura come potenziale fonte di un obbligo risarcitorio.

Il discorso non muta qualora si faccia riferimento al dovere di solidarietà sociale o alla libertà di iniziativa economica e si invochi la garanzia costituzionale degli artt. 2 e 41 Cost., né quando si utilizzi la clausola generale di buona fede, che sarebbe violata ogni qualvolta un soggetto risulti pregiudicato da informazioni inveritiere, rese con dolo o colpa.

Tali argomentazioni, anziché fornire un parametro certo, rischiano di legittimare soluzioni arbitrarie.

---

<sup>73</sup> Fuori dalle ipotesi di responsabilità precontrattuale e quando, in altri termini, non sia il legislatore a qualificarla come "contrattuale".

<sup>74</sup> Il riferimento è alla categoria, di creazione giurisprudenziale del "diritto all'integrità del patrimonio" che, a giudizio di C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., 2999:«... è quello che, pur caratterizzandosi originariamente come perdita patrimoniale che, non scaturendo dalla lesione di una situazione soggettiva, si presenta priva della qualificazione di ingiustizia - necessaria secondo l'art. 2043 c.c. a renderla rilevante in finzione dell'esito di responsabilità - in tempi recenti ha offerto ugualmente ai giudici il destro per affermarne la risarcibilità, inventando lì per lì una situazione soggettiva atta a dare fondamento al risarcimento. In questi termini, il danno meramente patrimoniale si rivela punto cruciale di verifica dell'alternativa clausola generale - tipicità, la quale in una visione banalizzante del discorso giuridico avrebbe potuto sembrare ridotta a una questione nominalistica».

La tradizionale concezione dell'ingiustizia del danno, legata alla lesione di un diritto soggettivo perfetto, mostra nel settore delle false informazioni il segno del suo irreversibile superamento.

Il difficile compito affidato all'interprete è, allora, quello d'individuare gli interessi meritevoli di tutela secondo criteri sufficientemente determinati ed al tempo stesso "elastici", capaci cioè di adattarsi alle esigenze via via emergenti. Questi devono essere dotati della certezza offerta dal dato normativo, non potendosi demandare esclusivamente al giudizio delle Corti, (contingente e ispirato, talvolta, da ragioni equitative) la loro selezione.

In proposito, si condivide l'impostazione dottrinale che individua nella lesione dell'affidamento incolpevole il termine in base al quale condurre il giudizio sull'ingiustizia del danno derivante da false informazioni<sup>75</sup>.

L'indagine sul profilo funzionale, sulla natura dell'interesse tutelato, consente di pervenire ad una soluzione unitaria sia che si riferisca l'obbligo d'informazioni alla fase di formazione e di esecuzione del contratto, sia che si guardi alla problematica in ambito squisitamente extracontrattuale.

Nel settore delle relazioni precontrattuali la nozione di affidamento incolpevole fissa il limite all'*obligation de renseignement*, contribuendo all'individuazione del punto di equilibrio tra dovere d'informare ed onere d'informarsi, in un'ottica di redistribuzione e riequilibrio del rischio contrattuale.

Nella fase di esecuzione del rapporto negoziale la conclusione è analoga: il contraente debole può invocare la propria incompetenza a sostegno del dovere di comunicazione qualora la natura della prestazione o del contratto presentino un grado di complessità tale da legittimare un *tribut de confiance*. Il parametro utilizzato permette di graduare l'obbligo, tenendo conto delle circostanze oggettive e soggettive ed arricchendo il canone di diligenza con il

---

<sup>75</sup> L'orientamento è espresso nel magistrale contributo di F. D. Busnelli, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., 343. L'autore individua la nozione di affidamento incolpevole alla stregua del 'destinatario ragionevolmente prevedibile'. La combinazione tra i due criteri è frutto di un'interpretazione analogica della disciplina sulla responsabilità derivante dalla messa in circolazione di un prodotto difettoso. La tesi fa riferimento alle «circostanze» che l'art. 5 del DPR n. 224/88, comma I, individua per consentire di predeterminare la fascia di utenti che possono considerarsi potenziali destinatari del bene. Tali circostanze potrebbero essere trasferite nel settore delle false informazioni, anche se sganciate dal referente soggettivo del consumatore. La locuzione «uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato» fonda il canone di 'destinatarietà ragionevolmente prevedibile', suscettibile di essere applicata anche alla diffusione di inesatte informazioni.

riferimento alla collaborazione relativa al tipo negoziale ed a canoni sociali e professionali di condotta.

In campo aquiliano il concetto di affidamento consente di qualificare l'interesse oggetto di protezione, a differenza del generico diritto all'integrità del patrimonio, privo del requisito della necessaria differenziazione, pur costantemente postulato ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria<sup>76</sup>. Il referente proposto, inoltre, si dimostra sorretto da un valido fondamento normativo; a tacere dell'intera normativa sui vizi del consenso, basta guardare all'art.1338 c.c. che disciplina l'ipotesi di responsabilità per la conclusione di un contratto invalido. Se è vero che tale disposizione costituisce specificazione del precetto del *neminem laedere*, è possibile delineare un gruppo di illeciti in cui la condotta consiste nel creare un segno falso o fuorviante.

Quanto all'individuazione dei limiti soggettivi, necessaria per selezionare le categorie di terzi il cui interesse possa dirsi meritevole di tutela, occorre distinguere il mero contatto sociale dalla relazione di fiducia, operazione che va condotta sempre alla stregua della ragionevolezza dell'affidamento.

A questo punto è possibile tornare al problema iniziale per trarre dall'analisi finora condotta gli spunti necessari alla ricostruzione della figura della responsabilità da false informazioni.

Si ritiene, come già chiaramente espresso, che fuori dai casi in cui l'obbligo di informazioni sia oggetto di una specifica convenzione, la responsabilità che ne consegue vada ascritta all'ambito essenzialmente extracontrattuale, anche se connotata da caratteristiche peculiari.

La sua inclusione nella sfera di operatività dell'art. 2043 c.c. comporta, infatti, un adattamento del criterio dell'ingiustizia del danno agli evidenziati profili di specificità<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Il diritto all'integrità del patrimonio è una formula che la giurisprudenza ha utilizzato, anche qualora non ve ne fosse la reale necessità. Si veda, ad esempio, Pretura Torino, 23 maggio 1997, in *Danno e resp.*, 1998, 277. La fattispecie ha da oggetto l'erronea pubblicazione del numero telefonico attribuito ad un'attività commerciale in un'inserzione sulle Pagine Gialle riguardante un'altra azienda. La società responsabile della pubblicazione è stata condannata al risarcimento del danno poiché l'errore, cagionando un'interferenza nell'attività produttiva dell'azienda estranea alla pubblicazione, avrebbe determinato una lesione del diritto all'integrità del patrimonio. Sembra piuttosto chiaro che la risarcibilità possa totalmente prescindere da una simile locuzione e derivare, più semplicemente, dal principio del *neminem laedere*.

<sup>77</sup> In particolare, non si ritiene necessario il ricorso alle soluzioni mutate dall'esperienza tedesca che, in quel modello, sono giustificate dalla tendenziale rigidità del sistema di responsabilità. La categoria dei danni meramente patrimoniali, elaborata dalla dottrina tedesca nell'intento di comprendervi i danni extracontrattuali che non si ricollegano alla lesione di un diritto soggettivo tipico, è priva di adeguato fondamento nell'ordinamento italiano ove il danno alla sfera patrimoniale può essere risarcito solo se ingiusto. Se tale

Per altro verso trova conferma, sia alla stregua del sistema italiano che di quello francese, l'assunto secondo cui la responsabilità extracontrattuale da false informazioni non si discosti grandemente, quanto alle modalità di tutela, dalla responsabilità contrattuale da inadempimento di un obbligo di informazioni.

L'elemento che è in grado di avvicinare i due tipi di responsabilità è costituito dal ruolo dell'affidamento: quest'ultimo determina un collegamento tra soggetti che può dar vita ad un rapporto contrattuale, assimilabile, sul piano aquiliano, ad una relazione tra chi fornisce l'informazione e i destinatari della stessa.

La *relatio* s'instaura tra un soggetto particolarmente qualificato, dotato di specifica competenza professionale, o, in ogni caso, in grado di esercitare un potere di controllo sulla selezione dei dati informativi, e altri soggetti in posizione di incolpevole affidamento.

L'interesse oggetto di tutela contrattuale ed extracontrattuale è il medesimo, come immutato permane il parametro di imputazione soggettiva, rappresentato dalla colpa, che deve essere provata dal danneggiato sia in via di azione da inadempimento (in quanto obbligazione di mezzi), che in via di azione extracontrattuale. In entrambi i casi il criterio della colpa offre la possibilità di determinare con maggiore o minor severità la responsabilità, consentendo di graduare il giudizio in relazione alla mutevolezza del caso concreto. Ne consegue che nelle ipotesi d'informazioni prestate a titolo di cortesia o ancora riguardanti la spiegazione di questioni di particolare difficoltà, la valutazione della responsabilità per colpa, sarà condotta mediante parametri meno severi.

Di contro contro, un giudizio improntato a particolare rigidità s'impone nel caso in cui la trasmissione di dati dettagliati costituisca l'oggetto della prestazione o contribuisca ad integrare il contenuto negoziale. Lo *standard* della diligenza richiesta si accresce al

---

requisito difetta, non si può aggirare l'ostacolo attraverso un ampliamento della responsabilità contrattuale. Se si supera l'equazione tra ingiustizia del danno e violazione del diritto soggettivo, si dimostra inutile anche la costruzione che tende a qualificare l'illecito da falsa informazione come un *tertium genus*, svincolato sia dall'art. 2043 c.c. che dall'art. 1218 c.c. e fondato esclusivamente sul particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo della mala fede o reticenza intenzionale. Egualmente superflua appare la teorizzazione dei cosiddetti obblighi di protezione per tutelare situazioni ai confini tra il contratto ed il fatto illecito, attraverso un' indiscriminata estensione del concetto di buona fede esecutiva. Se l'obbligo informativo contribuisce all'attuazione del rapporto obbligatorio, il parametro valutativo da impiegare è quello della diligenza: fuori da questa ipotesi, appare arbitrario sacrificare la logica del contratto ad un ipotetico dovere di protezione. Sul punto ancora F. D. Busnelli, *op. ult. cit.*, 343.

progressivo determinarsi di una posizione di vantaggio in ordine all'accesso ed al potere di verifica dell'esattezza delle notizie trasmesse. In questo modo risulta attutita la disputa tra coloro che discutono sul titolo di imputazione della responsabilità: considerato lo stretto parallelismo tra le tecniche di tutela adottate in campo contrattuale ed extracontrattuale, risultano 'inutili' le ricostruzioni tese a contrattualizzare la responsabilità, onde avvalersi della disciplina che regola l'inadempimento. Un tale risultato può, infatti, essere raggiunto anche in campo aquiliano, collegando l'evento dannoso al comportamento colposo del falso informante attraverso un processo logico - presuntivo, che in simili ipotesi appare pienamente giustificabile<sup>78</sup>.

La strada da percorrere, è, dunque, quella di adattare la categoria dell'ingiustizia del danno ai profili peculiari della responsabilità da false informazioni. In un'ottica di tendenziale ampliamento delle frontiere del danno ingiusto, la prevenzione del pericolo di un' indiscriminata proliferazione delle pretese risarcitorie è affidata all'adozione dei criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela. L'adozione del parametro dell'affidamento incolpevole sembra fornire un valido referente nell'operazione di selezione, fissando il limite al risarcimento.

La legittimità dell'affidamento è, infatti, un dato oggettivamente valutabile, essendo la fiducia giustificabile solo in ragione della particolare qualificazione del soggetto che trasmette le informazioni, e vale ad introdurre un limite a comportamenti altrimenti pienamente liberi ed insindacabili. Contemporaneamente, il giudizio di responsabilità può essere condotto secondo un canone elastico, se calato nel contesto della dimensione relazionale in cui si origina il rapporto intersoggettivo. Qualora non sia possibile ravvisare la struttura formale dell'obbligazione, all'interno della quale isolare le singole vicende relative alla formazione ed allo svolgimento del rapporto, e non si possa, conseguentemente, individuare nell'inattuazione del programma negoziale un'ipotesi di responsabilità per inadempimento, il collegamento tra informante ed informato dev' essere ricostruito *ex post*, secondo le circostanze del caso concreto. È dall'analisi della singola fattispecie che dipende la qualificazione del rapporto come contatto sociale meramente eventuale che, come tale, non

---

<sup>78</sup> Per un tendenziale superamento della dicotomia tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in Francia, P. Remy, *La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 323 ss.; D. Tallon, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, *ibidem*, 1994, 223 ss. Sull'estensione della responsabilità aquiliana in campo contrattuale si veda L. Leturmy, *ibidem*, 1998, 840 ss.

legittima l'affidamento del destinatario della notizia, ovvero come relazione di fiducia che, al contrario, giustifica il risarcimento<sup>79</sup>. Una volta reinterpretata la categoria dell'ingiustizia del danno, secondo un canone non più formalistico, ma flessibile e sufficientemente variabile, non resta che completare l'indagine sulla responsabilità con l'analisi dei criteri di imputazione soggettiva e di verifica dello specifico andamento del decorso eziologico.

---

<sup>79</sup> Si veda, per esempio, Cass., 14 giugno 1999, n. 5880, in *Danno e resp.*, 1999, 1022: «...pur non sussistendo un obbligo generale ed assoluto del datore di lavoro di dare informazione - alla clientela ed in genere ai terzi - della cessazione dei singoli rapporti di lavoro con i propri dipendenti, tuttavia, tale obbligo deve reputarsi imposto dal generale precetto del *neminem laedere*, previsto e sanzionato dall'art. 2043 c.c., tutte le volte che i terzi, in conseguenza delle particolari modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, prima della cessazione, possano ragionevolmente essere indotti a fare affidamento sulla sua persistenza». La fattispecie riguarda il danno subito da un cliente di un istituto di credito, a seguito dell'appropriazione di somme da lui affidate ad un dipendente, che prima della cessazione del rapporto di lavoro, era preposto a raccogliere, munito della occorrente documentazione, danaro a domicilio. L'attività era proseguita illecitamente anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro con la banca. Nell'inerzia dell'istituto nell'avvisare la propria clientela della mutata situazione di fatto, la S. C. ha ritenuto di aderire alla statuizione del giudice di merito, il quale aveva affermato una responsabilità dell'istituto di credito ex art. 2043 c.c. per avere omesso di far cessare l'affidamento del cliente.

**Abstract**

Il saggio ha ad oggetto la complessa tematica della responsabilità da false informazioni negli ordinamenti italiano e francese con particolare riferimento alla natura della stessa.

Difficile inquadrarla in una definitiva categoria dogmatica: si tratta, infatti, di una responsabilità trasversale al sistema ordinamentale che si qualifica e si differenzia a seconda del momento in cui l'informazione viene diffusa e dei soggetti tenuti alla sua divulgazione.

Il fondamento dogmatico della responsabilità da false o omesse informazioni non presenta aspetti particolarmente problematici quando la trasmissione di notizie si qualifichi come prestazione principale o accessoria di un obbligo contrattuale specificamente assunto.

Il vero *punctum dolens* consiste, invece, nell'individuazione della fonte di responsabilità in assenza di qualsiasi pregresso accordo tra informante ed informato.

The essay deals with the complex issue of liability for false information in the Italian and French order with particular reference to the nature of the same.

It is difficult to place it in a definitive dogmatic category: it is, in fact, a transversal liability to the legal system.

The dogmatic basis of liability for false or omitted information does not present particularly problematic aspects when the transmission of news qualifies as the main or ancillary service of a specifically assumed contractual obligation.

The real *punctum dolens* consists, however, in identifying the source of responsibility in the absence of any prior agreement between the informant and the informed.