

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- *Corporate governance* e sistema monistico
- Banca Popolare di Bari e aiuti di Stato
- Fondazioni di partecipazione
- Obbligazione e contratti
 - Protezione del promissario acquirente nel codice della crisi
 - Preliminare di vendita e consegna anticipata
- Responsabilità
 - Concessione abusiva del credito e responsabilità della banca
 - Robotica, intelligenza artificiale e responsabilità da algoritmo
- Impresa e società
 - Centrale dei rischi e natura del preavviso al cliente non consumatore
 - Trasferimento d'azienda e accollo *ex lege* del cessionario
 - Esercizio dei diritti di *voice* delle minoranze e pratiche abusive

 edicolaprofessionale.com/CI

DALL'OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE ALLA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE DEL MEDICO: RIGETTO LOCALE O TOTALE DEL CONTATTO SOCIALE “QUALIFICATO”?

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le fonti delle obbligazioni. – 3. (*segue*) il quasi contratto. – 4. (*segue*) I rapporti contrattuali di fatto. – 5. L'obbligazione di protezione senza prestazione. – 6. (*segue*) La critica basata sull'evoluzione della figura nell'ordinamento tedesco. – 7. (*segue*) La base giustificativa “interna”. – 8. Il contatto sociale nella giurisprudenza. – 9. La difficile individuazione del fondamento dell'obbligazione di protezione senza prestazione. – 10. L'art. 7, comma 3, della l. n. 24 dell'8 marzo 2017. – 11. (*segue*) L'autonomizzazione della posizione della struttura sanitaria rispetto a quella del medico. – 12. L'impatto della riforma sulle altre ipotesi di contatto sociale. Considerazioni conclusive.

1. – L'art. 7, comma 3, della l. 8 marzo 2017 n. 24 ha ricondotto la responsabilità dell'operatore sanitario, che non abbia concluso un contratto con il paziente, nell'alveo della disciplina dell'illecito extracontrattuale ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ai sensi dell'art. 7, comma 3, prima parte, della l. 8 marzo 2017, n. 24 «L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'ambito di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

La riforma si caratterizza per essere il primo tentativo riuscito di riforma organica in materia di responsabilità sanitaria.

Precedentemente la l. 8 novembre 2012, n. 189 c.d. “Balduzzi” – dal nome dell'On. Renato Balduzzi, Ministro alla Salute dal 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013, al quale si deve in realtà il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 e non la legge di conversione – ha tentato – ma invano – di intervenire in maniera organica in materia.

Dal 2008 sono stati presentati diversi disegni di legge con l'obiettivo comune di autonomizzare la responsabilità della struttura da quella del singolo operatore: in particolare si segnalano il d.d.l. Gasparri (n. 1067/2008), il d.d.l. Bianchi (n. 1183/2008), il d.d.l. Tommasini (n. 50/2008), il d.d.l. Pedoto (n. 3806/2010).

Inoltre, la riforma si caratterizza per l'origine “mista” cioè tecnica e parlamentare e per l'ampia campagna informativa che l'ha preceduta.

In particolare, il 26 marzo 2015, Guido Alpa è stato incaricato di presiedere la Commissione consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie con il compito di elaborare un progetto di riforma in materia. Tale progetto è stato poi oggetto dei lavori parlamentari – relatori alla Camera On. Gelli e al Senato On. Bianco – che hanno portato alla riforma in commento

La novella si pone in rottura con l'indirizzo che ha da tempo sottoposto l'illecito dell'operatore sanitario alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione, anche in assenza di un contratto con il paziente ⁽²⁾, ricorrendo alla figura del contatto sociale, intesa quale fonte di un'obbligazione di protezione ⁽³⁾.

Il superamento del diritto vivente, iniziato con la l. 8 novembre 2012 n. 189, di conversione del decreto "Balduzzi" ⁽⁴⁾, che faceva un timido

sulla quale si vedano AA.VV. *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di Alpa, Pisa, 2017; AA.VV. *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di Gelli, Hazan e Zorzit, Milano, 2017; PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *questa rivista*, 2017, p. 356 ss.; ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *questa rivista*, 2017, p. 728 ss.; DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, 2^a ed. rivista e aggiornata (2007, 1^a ed.), Padova, 2017; FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Prima parte), in *Studium iuris*, 2017, p. 659 ss.; ID., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Seconda parte), in *Studium iuris*, 2017, p. 786 ss.; GAGGERO, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *questa rivista*, 2018, p. 734 ss.; ALPA, *Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica*, in *questa rivista*, 2019, p. 1 ss.

Si segnalano inoltre i contributi pubblicati su *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 1, 2017: PUCCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, p. 3 e 4; FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, p. 5-16; GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, p. 17-34; SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, p. 35-42; ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*.

⁽²⁾ L'indirizzo giurisprudenziale poi consolidatosi è stato inaugurato dalla nota pronuncia Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto* e di DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; in *Corriere giur.*, 1999, p. 441, annotata da DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 999; in *Arch. civ.*, 1999, p. 713; in *Resp. civ.*, 1999, p. 652, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Contratti*, 1999, p. 999, con nota di GUERINONI, *Obbligazione da "contratto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*; e in *Nuova giur. civ.*, 2000, con commento di THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*.

⁽³⁾ L'intuizione dell'obbligazione di protezione senza prestazione, nell'ordinamento interno, si deve a Castronovo. In particolare, si vedano CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI, p. 1 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2011; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

⁽⁴⁾ Per la ricostruzione del dibattito e delle oscillazioni giurisprudenziali sulla formulazione letterale dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012 si veda BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *questa rivista*, 2014, p. 768 ss.

riferimento all'art. 2043 c.c., riesce con la legge Gelli – Bianco, ove si opta in maniera cristallina per il regime della responsabilità extracontrattuale.

Il *novum* comporta una pluralità di riflessioni che investono non solo la particolare materia della responsabilità sanitaria ma più in generale il sistema delle fonti delle obbligazioni e i rapporti tra legislatore e interprete.

Il superamento del “dogma” del contatto sociale nella materia della responsabilità sanitaria, pur trovando ancora delle resistenze ⁽⁵⁾, sembra in realtà aprire le porte ad un ripensamento di questa figura, come sedimentata nella giurisprudenza quasi ventennale.

Con il presente contributo, dopo aver inquadrato la “resistibile ascesa” ⁽⁶⁾ del contatto sociale all'interno delle fonti delle obbligazioni, saranno evidenziate le ragioni sottese all'intervento legislativo, per tentare, infine, di rispondere all'interrogativo sul futuro del contatto sociale o, meglio, dei contatti sociali cui continua a fare ricorso la giurisprudenza.

2. – Occorre prendere le mosse dal sistema delle fonti delle obbligazioni e, in particolare, dalla disposizione che ne rappresenta il referente normativo ⁽⁷⁾.

Posto in apertura del Libro sulle obbligazioni, l'art. 1173 c.c., con una certa enfasi, preferisce il termine “Fonti” delle obbligazioni, adoperato

⁽⁵⁾ Dubbi in tal senso vengono espressi, come si vedrà, da CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2017, p. 465 ss. e da QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, p. 38.

⁽⁶⁾ La locuzione si deve a ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del “contatto sociale”*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

⁽⁷⁾ È possibile richiamare soltanto alcune delle numerose opere in materia. In particolare, si segnalano GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 604 ss.; ID., *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 11 ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 133 ss.; MARICONDA, *Delle obbligazioni e dei contratti. Commentario*, Milano, 1984, p. 134; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 170 ss.; ID., *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993 (rist. agg.: 2004); BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudicazatti*, Milano, 1991, p. 192 ss.; CHIANALE, *Obbligazione*, in *Dig. civ.*, 4^a ed., vol. XII, Torino, 1995, p. 350 ss.; CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, 1995, p. 407 ss.; ID., *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Trattato Rescigno, Obbligazioni e contratti*, IX, 1984, p. 5 ss.; AA.VV., *Le obbligazioni. I. L'obbligazione in generale*, a cura di Franzoni, Torino, 2004; GALGANO, *Diritto civile e commerciale, vol. II, Le obbligazioni e i contratti*, 4^a ed., Padova, 2004, p. 32 ss.; AA.VV. *Le obbligazioni. III. Fatti e atti fonti di obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2005, p. 828 ss.; CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 29 ss.

dalle Disposizioni sulla legge in generale per le fonti del diritto, a quello utilizzato dal codice del 1865, che all'art. 1097 aveva optato per le "cause" dell'obbligazione.

Rispetto al codice precedente, pur continuando ad elencare le fonti delle obbligazioni, il legislatore del '42 passa da una quadripartizione – contratti, delitti, quasi contratti e quasi delitti, ai quali si aggiungeva, in posizione autonoma, la legge – ad una tripartizione – contratto, illecito e "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle" – che affonda le radici nelle *res cottidianae* (D. 44,7, 52 pr) (8).

Il superamento della quadripartizione può spiegarsi con le critiche che hanno investito le categorie dei quasi contratti e dei quasi delitti, reputate foriere più di dubbi che di utilità (9).

Nel precedente codice veniva richiamata anche la legge quale fonte di obbligazioni, con collocazione in posizione autonoma rispetto alle altre, in funzione garantista della libertà privata nel senso che, al di fuori delle fonti previste, obbligazioni potevano darsi solo in caso di «specifiche e testuali previsioni che limitassero la libertà dei privati con l'istituire vincoli obbligatori» (10).

Il codice del '42 supera il richiamo alla legge e, nel riecheggiare, con «talune improprietà» (11), la consueta distinzione tra negozio, atto e fatto giuridico, chiude l'elenco delle fonti espressamente enunciate con gli altri

(8) CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni* cit., p. 38 ss., spec. pp. 39-42; si vedano anche SCIALOJA, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1898, p. 342 ss. e POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1940, p. 459.

(9) Si veda la Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al codice civile del 4 aprile 1942, ove il superamento delle figure dei quasi – contratti e quasi – delitti si spiega perché queste «non hanno mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale, essendo ignote al diritto romano o classico, né dal lato sostanziale, essendo prive di un contenuto determinato».

In tal senso anche RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 150 e DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 207.

(10) RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 151 che ricorda come la *divisio* accolta dal codice abrogato risentisse del primato della volontà proclamato dalla scuola volontaristica, alla quale si devono anche le "escogitazioni" del quasi – contratto e del quasi – delitto (p. 163).

Il codice del '42 nel superare il riferimento alla legge recepisce la critica per la quale la legge «è, in un certo senso, fonte di tutte le obbligazioni» (PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1916, p. 444).

(11) RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 151. Le "improprietà" del linguaggio legislativo vanno evidentemente attribuite alla considerazione del solo contratto, in luogo della categoria più generale del negozio giuridico. Si veda anche ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. 39, 2007 p. 555 ss., che riconduce l'omissione alla scelta consapevole del legislatore dell'epoca, come dimostra l'attrazione, all'art. 1324 c.c., degli "atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale" nell'orbita del contratto.

atti o fatti idonei a produrre obbligazioni «in conformità all'ordinamento giuridico». Nella prospettiva accolta dal legislatore storico, tale rinvio si riferisce ai valori del regime fascista incorporati nella «legge, le norme per la disciplina dei rapporti collettivi e i regolamenti»⁽¹²⁾, che avrebbero dovuto svolgere un ruolo di selezione degli altri fatti e atti meritevoli di produrre obbligazioni⁽¹³⁾. È proprio ai «principi della solidarietà corporativa» che il legislatore faceva espresso riferimento nel successivo articolo 1175 c.c., quale parametro su cui misurare la correttezza dovuta da debitore e creditore.

Non è un caso che la medesima formula di rinvio all'ordinamento giuridico nel suo complesso è adoperata anche ad altri fini: per guidare l'interprete nel ricorso al criterio dell'analogia iuris (art. 12, ultimo comma, delle disposizioni sulla legge in generale); in materia di proprietà, per delineare i diritti e gli obblighi in capo al proprietario (art. 832 c.c.); all'interno della disciplina sul contratto, quale parametro per dare riconoscimento giuridico ai contratti atipici (art. 1322 c.c.).

Con l'entrata in vigore della Costituzione, la clausola di rinvio all'ordinamento giuridico cambia il proprio referente e consente di «inserire nel capitolo delle fonti principi, soprattutto di rango costituzionale, che non si esauriscono o che trascendono singole proposizioni legislative» e che attingono «agli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica, sociale, alla rimozione delle disegualianze di fatto, al diritto e al dovere del lavoro, alla funzione sociale della proprietà, alla sicurezza, libertà e dignità della persona umana tutelate in confronto dell'iniziativa economica privata»⁽¹⁴⁾. È la stessa Costituzione a manifestare un favore per le fonti atipiche⁽¹⁵⁾ di obbligazioni prevedendo la tipicità legislativa per i soli

(12) Così la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale n. 19 che spiega l'opzione a favore del mantenimento di una elencazione delle fonti delle obbligazioni, cui aveva rinunciato la Commissione reale, sul rilievo che la soluzione contraria «può ingenerare dubbi sull'attitudine della volontà individuale a essere fonte autonoma di effetti giuridici. Nella società fascista solo l'ordinamento giuridico può attribuire tali effetti ad un atto o ad un fatto; ed è opportuno fissare questo principio, che viene così a rappresentare uno dei cardini del sistema sorto dalla Rivoluzione del 1922».

(13) RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 151.

(14) RESCIGNO, *Ibidem*, p. 152, ove si sottolinea anche che i richiamati principi vengono in rilievo nel giudizio attinente non solo la nascita del rapporto obbligatorio ma anche «la persistenza o la modifica» dello stesso.

(15) Sulla tipicità dell'art. 1173 c.c. si vedano in dottrina, tra gli altri, GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 70 ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 155 ss.; BRECCIA, *op. cit.*, p. 108 ss.; BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., pag. 6 ss., con specifiche perplessità sul ricorso alle figure quasi contrattuali; CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da

modi di acquisto della proprietà (art. 42, comma 2, Cost.), senza dedicare una analoga disciplina di dettaglio alla costituzione dei rapporti obbligatori⁽¹⁶⁾.

Sulla scorta di tali premesse, come si vedrà in seguito, si è fatta strada la figura del contatto sociale qualificato, quale fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità ai principi costituzionali, alla luce della clausola di chiusura di cui all'art. 1173 c.c.

3. – In verità, l'applicazione della disciplina contrattuale anche in assenza di un contratto non rappresenta una novità ma è fenomeno presente nella tradizione.

Il riferimento è alla figura del quasi contratto, enucleata tra le fonti delle obbligazioni dal codice del 1865 e abbandonata dal codice vigente. L'art. 1440 del codice precedente definiva il quasi contratto come un fatto lecito «dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti». A tale figura riconduceva la gestione di affari altrui (artt. 1141-1144) e la ripetizione dell'indebito (artt. 1145-1150)⁽¹⁷⁾.

Come è noto, la figura delle obbligazioni che nascono “*quasi ex contractu*” si deve al parafrase delle Istituzioni di Gaio che, nelle *res cottidianae*, vi raggruppa la gestione di affari, il pagamento indebito e il legato

Zoppini, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 21 ss. e spec. p. 27 ss.; TROISI, *Le obbligazioni. Corso diritto civile*, Torino, 2015, p. 85 ss., in particolare p. 87 ss.; FERCIA, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano: un problema aperto*, in *Riv. giur. sarda*, 2017, II p. 12;

⁽¹⁶⁾ In tal senso CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 24. Può condividersi l'osservazione anche se si riferisce l'art. 23 Cost., che prevede una riserva di legge relativa in materia di prestazioni patrimoniali e personali imposte, ai rapporti tra privati e non solo tra amministrazione e privati (per la lettura estensiva CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 115 ss.). Infatti, anche in tal caso, il riferimento alla base legislativa richiesta per la nascita dell'obbligazione non è paragonabile alla disciplina di dettaglio contenuta nell'art. 42, comma 2, Cost. per i modi di acquisto della proprietà ove da un lato si riconosce la proprietà dall'altro si finalizza la legge, in punto di disciplina dei modi di acquisto, nella duplice direzione della funzione sociale e della libera accessibilità della proprietà. L'osservazione non può però far passare in secondo piano l'anima garantista sottesa al principio di cui all'art. 23 Cost., sulla quale si tornerà successivamente (v. *infra* nt. 146), e che è tenuta in conto dallo stesso CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, cit., pp. 28 e 29 per il quale l'art. 23 Cost. fa divieto di applicare analogicamente le obbligazioni imposte dalla legge e non espressive dei principi generali della materia.

⁽¹⁷⁾ Per una ricostruzione storica della figura si vedano in particolare CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 28 ss.; SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000, p. 9 ss. e spec. 13 ss. (ove ampi riferimenti dottrinali).

obbligatorio, accomunati dalla produzione di effetti contrattuali, pure in assenza di consenso delle parti ⁽¹⁸⁾.

Già in precedenza, Celso aveva individuato taluni casi in cui l'obbligazione nasce "tacita" vale a dire anche in assenza della volontà delle parti di obbligarsi, con lo scopo di estendere la tutela contrattuale a situazioni connotate dall'assenza di un consenso contrattuale ⁽¹⁹⁾.

Rispetto alle *res cottidianae*, ove le fonti erano identificate in contratto, delitto e fonti «diverse, con un proprio regime», all'interno delle quali si collocava il quasi contratto, nelle Istituzioni giustinianee quest'ultima categoria viene enunciata in posizione autonoma, accanto al contratto, al delitto e al quasi delitto, in una quadripartizione poi accolta anche dal codice napoleonico e dal codice civile italiano del 1865. Nel diritto comune la figura continua ad essere utilizzata e viene costruita come basata su di una finzione: il rapporto, seppur non basato su di una fonte contrattuale, si reputa comunque tale quanto al regime degli effetti prodotti ⁽²⁰⁾.

La locuzione si spiega non tanto con la somiglianza intercorrente tra il contratto – accordo e le differenti fattispecie cui era ricollegato il medesimo effetto obbligatorio (si pensi alle analogie tra gestione di affari altrui e mandato da un lato, pagamento dell'indebito e mutuo dall'altro), quanto piuttosto in ragione della circostanza che essa comprende tutte quelle fattispecie che possono definirsi contrattuali quanto agli effetti prodotti e non anche rispetto alla fonte ⁽²¹⁾.

Anche se il legislatore del '42 ha superato la categoria, è possibile individuare un *fil rouge* tra quasi contratto, rapporti contrattuali di fatto

⁽¹⁸⁾ Come è noto, le *variae causarum figurae* non vengono attribuite a Gaio ma si ritiene che le *Res cottidianae* costituiscano un rifacimento del periodo post classico. In tal senso tra i molti altri ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res Cottidianae. Studio di giurisprudenza post classica*, Studi Bonfante, I, Milano, 1930, p. 495 ss. Per ampi riferimenti sul punto si rinvia a SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 16, nt. 65.

⁽¹⁹⁾ Si fa riferimento a D. 13, 6, 13, 2 e all'interpretazione offerta da CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008, II, p. 147 ss. e 182 ss. Per una differente interpretazione si veda FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto@Storia*, 2014, nt. 136.

⁽²⁰⁾ DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929, p. 6 ss.; CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, cit., p. 30; CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, cit., pp. 432 e 433.

Costruisce il quasi contratto come basato su "un consenso presunto o supposto dal legislatore" RICCI, *Corso di diritto civile*, VI, Torino, 1912, p. 92.

⁽²¹⁾ BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, p. 354; per questo significato della locuzione si veda anche KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, p. 98. Si veda anche CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, cit., pp. 29-31.

e contatto sociale, strumenti tutti volti ad applicare la disciplina contrattuale anche in assenza della conclusione di un contratto (22).

4. – La categoria dei rapporti contrattuali di fatto, originata nella Germania degli anni '40, grazie all'opera di Haupt, fa riferimento ad ipotesi da assoggettare alla disciplina contrattuale anche in assenza della conclusione di un contratto mediante scambio di consensi (23). Nella prima ricostruzione, la locuzione include: a) il contatto sociale, comprensivo dei rapporti di cortesia e dei rapporti precontrattuali b) i rapporti derivanti dalla partecipazione ad un'organizzazione comunitaria, laddove manchi un valido contratto o atto costitutivo (è il caso della società di fatto o della esecuzione di fatto di un rapporto di lavoro) c) i rapporti derivanti da un obbligo sociale di prestazione e cioè da un'offerta al pubblico di un bene o servizio di interesse generale che viene richiesto o messo a profitto dagli utenti (ad es. utilizzazione di un mezzo di trasporto pubblico).

Nelle ipotesi *sub c)*, la categoria serve per assicurare stabilità alla circolazione della ricchezza nei rapporti di massa, rendendo irrilevanti l'errore o l'incapacità di agire dell'utente, che resta in ogni caso tenuto al pagamento della tariffa prevista.

In quelle *sub b)*, l'applicazione della disciplina contrattuale serve a neutralizzare l'assenza di un valido contratto o atto costitutivo per tutelare, rispettivamente, il lavoratore e l'affidamento dei terzi entrati in relazione con la società.

(22) In tal senso si vedano CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, cit., pp. 26 e 27; MAYER – MALY, *Divisio obligationum*, in *The Irish Jurist*, 2 N.S., 1967, p. 375 ss. Si veda *infra* in corrispondenza della nt. 27.

(23) Si veda HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Lipsia, 1941. Per la traduzione italiana si veda HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it., a cura di Varanese, Torino, 2012.

Per la dottrina italiana si vedano BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, p. 353 ss.; ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 8 ss.; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 33 ss.; LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 415 ss.; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, Torino, 1975, p. 86 ss.; STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss.; FRANCESCHELLI, *Rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984, p. 8 ss.; STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, p. 78 ss.; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 36 ss.; ALBANESE, *I rapporti contrattuali di fatto*, in AA.VV., *Le obbligazioni*, III. *Fatti e atti fonti di obbligazioni*, cit., p. 828 ss.; DI DONNA, *Gentlemen's agreements. Notazioni sulla fenomenologia degli accordi*, Napoli, 2013.

Infine, il contatto sociale è fonte di obbligazioni per la relazione specifica instauratasi tra due soggetti, in assenza di un precedente contratto, e comportante l'esecuzione di prestazioni assimilabili a quelle derivanti da un rapporto contrattuale e incidenti sulla sfera giuridica personale e/o patrimoniale del soggetto al quale sono destinate.

In tutte le ipotesi richiamate manca un valido contratto ma il rapporto è assoggettato alla medesima disciplina quanto alla dimensione degli effetti: proprio per evidenziare tale profilo si rimarca che la traduzione preferibile dell'espressione "*faktische Vertragsverhältnisse*" è "rapporti contrattuali nella loro dimensione effettuale" piuttosto che rapporti contrattuali di fatto (24).

L'elaborazione riceve diverse critiche in Germania dovute in gran parte all'eterogeneità delle ipotesi ricondotte alla categoria (25). Critiche si rinvengono anche nella dottrina italiana: in particolare si lamenta la svalutazione dell'autonomia privata, in aderenza agli ideali nazionalsocialisti dell'epoca (26); o si riduce la figura alle sole ipotesi della società e del rapporto di lavoro di fatto o nulli (27).

In un secondo momento e con maggior successo, un Autore si concentra su una delle ipotesi trattate da Haupt vale a dire sul contatto sociale, che trova fondamento nella fiducia che lega le parti, per cui una affida sé e i propri beni alla diligenza di un'altra, che opera nella sfera giuridica della prima (28).

Ai fini del presente contributo, interessa mettere in luce i punti di contatto tra rapporti contrattuali di fatto e quasi contratto rilevati dalla dottrina. Nel recensire la monografia di Haupt, Lehmann, giurista formatosi quando in Germania era ancora vigente il diritto romano, commentò: «Quando ascoltavo la lezione inaugurale, la mia impressione fu: Haupt ha riscoperto i quasi-contratti» (29). Sia pure nell'incertezza dei rispettivi

(24) CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, cit., p. 26.

(25) ANGELICI, *op. cit.*, p. 2.

(26) In tal senso BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, p. 39; GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1996, p. 191; FAILLACE, *op. cit.*, p. 34; RICCA, *op. cit.*, *passim*.

(27) STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 156 ss.

(28) DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, p. 67 ss. Per le critiche a tale ricostruzione si veda LARENZ, "Culpa in contrahendo", *Verkehrssicherungspflicht und 'sozialer Kontakt'*, in *MDR*, 1954, p. 515 ss.

(29) LEHMANN, *Das faktische Vertragsverhältnisse*, in *Jb. Jb.*, 1942, XC, p. 133. La citazione è riportata da CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, cit., p. 9 per il quale (nota 27) «L'atteggiamento di questo giurista, già vecchio all'epoca, si spiega bene pensando che egli aveva conosciuto il diritto tedesco precedente la promulgazione del *Bürgerliches*

contorni, le due figure sono state accomunate perché entrambe volte, in differenti momenti storici, a mitigare la rigidità del sistema delle fonti delle obbligazioni ⁽³⁰⁾.

Per una autorevole ricostruzione, il quasi contratto costituisce una categoria con valenza classificatoria generale, volta a comprendere tutte quelle ipotesi, compresi i rapporti contrattuali di fatto, che vengono assoggettate alla “disciplina contrattuale” ⁽³¹⁾ pur mancando un contratto ⁽³²⁾.

Occorrerebbe a questo punto domandarsi quale sia la ragione per assoggettare una determinata figura alla disciplina contrattuale anche in assenza della conclusione di un contratto. Per la dottrina che riconduce l'elaborazione dei rapporti contrattuali di fatto alla figura del quasi contratto possono rinvenirsi atti atipici produttivi di obbligazioni «in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.) alla luce dell'equità, intesa «nel senso dell'*aequitas* come giustizia distributiva» ⁽³³⁾. Ma la stessa

Gesetzbuch, e cioè il diritto romano nell'elaborazione pandettistica, nel quale il *Quasicontract* era ben noto, anche se inteso (nello spirito del diritto giustiniano, piuttosto che in quello della tradizione del diritto comune) come una categoria puramente sistematica. V., ad esempio, e in particolare, ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten* 9, Stuttgart, 1877, p. 242 (p. 414 ss.). Si veda anche CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 188 ss. e 192 ss.

Contro l'assimilazione delle due figure si veda FERCIA, *op. cit.*, pp. 45 e 46. L'approfondita analisi dell'Autore mira a dimostrare l'estraneità dell'obbligazione senza prestazione al diritto romano laddove erano conosciute soltanto obbligazioni con prestazioni. Ma, si badi, nel saggio, sia pure rifiutandosi una assimilazione tra quasi contratto e rapporti contrattuali di fatto (pp. 45 e 46) si afferma la perdurante vitalità del quasi contratto, «utile quanto meno ad una stregua descrittiva» (p. 53), per indicare tutte le obbligazioni che sorgono “*citra conventionem ed ex facto non turpi*” (citando Vinnen richiamato da CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 195).

⁽³⁰⁾ ANGELICI, *op. cit.*, p. 3; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 375 ss.

⁽³¹⁾ La locuzione, come chiarito da autorevole dottrina, costituisce una sineddoche indicando la disciplina dell'inadempimento di obbligazioni anche di fonte non contrattuale: MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 1072.

⁽³²⁾ CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, cit., p. 26 ss. spec. p. 31; ANGELICI, *op. cit.*, p. 3.

Invece, per RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, in «*Annali Palermo*», III-IV, 1917, p. 165 ss. (ora in *Scritti di diritto romano. II. Dal diritto romano al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul. 3 ad Plinium)*, Palermo, 1964, p. 1 ss.), la figura non ha una valenza classificatoria generale ma raggruppa una serie di singole figure le quali presentano analogie con tipi di obbligazioni *ex contractu* (la *negotiorum gestio* con il mandato; la *communio* con la *societas*; l'*interrogatio in iure* con la stipulazione). Svaluta la categoria SCHLESINGER, voce *Quasi – contratto e Quasi – delitto (diritto moderno)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 635. Il superamento della categoria è auspicato anche da PACCHIONI, *Dei quasi contratti*, Padova, 1938, *passim*.

⁽³³⁾ CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, cit., p. 59. Deve però chiarirsi che per Cannata il contatto sociale non costituisce una idonea fonte di obbligazioni: l'Autore infatti

dottrina ritiene un errore la ricerca di un principio generale in materia: «il quasi – contratto, per avere un senso, deve restare una struttura definita solo per i suoi effetti, da applicarsi a situazioni che si ritengono di volta in volta meritevoli di avere quegli effetti» ⁽³⁴⁾.

Da tale excursus emerge che il sistema delle fonti delle obbligazioni ha confini storicamente mobili, se si considera che una data figura, attratta in un determinato frangente storico alla disciplina contrattuale, ben potrà uscirne in un momento successivo ⁽³⁵⁾. Queste figure, che non sono contratti, vengono trattate come se fossero contratti, vale a dire quasi *ex contractu*, come del resto è accaduto anche nell'esperienza di altri ordinamenti ⁽³⁶⁾.

5. – Quale categoria dai confini mobili, il quasi – contratto, qualora se ne accetti l'utilità scientifica, può comprendere, sia pure a livello descrittivo ⁽³⁷⁾, anche la figura del contatto sociale, che si è venuta imponendo nel diritto vivente, quale fonte di un'obbligazione in assenza di contratto.

fa riferimento, quali fatti leciti che costituiscono fonti atipiche di obbligazioni, ai rapporti di massa come l'offerta di parcheggi pubblici e la percorrenza di autostrade e ai rapporti di cortesia (CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., 26 ss.).

⁽³⁴⁾ CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, cit., p. 63; si veda anche CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, cit., p. 433 per il quale «il vero problema delle obbligazioni non contrattuali da atto lecito» consiste nell'individuazione del criterio per stabilire quando un fatto umano lecito possa essere considerato fonte di obbligazioni, problema che «i Romani avevano potuto agevolmente risolvere perché disponevano di una giurisprudenza dotata della necessaria autorevolezza e che operava, insieme con la giurisdizione pretoria, costruendo la casistica appropriata».

⁽³⁵⁾ Si legga ancora CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, cit., pp. 64 e 65; BRECCIA, *op. cit.*, pp. 107 e 108.

⁽³⁶⁾ Si veda GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori*, cit., p. 154 ss. per il quale la fioritura dei rimedi quasi – contrattuali, ivi compresi quelli relativi ai rapporti contrattuali di fatto, è inversamente proporzionale al grado di rigidità del sistema. L'A. compie anche un parallelismo con i “quasi contracts” di *common law* spiegandone il sorgere in questa prospettiva.

⁽³⁷⁾ Il riferimento che qui si fa alla figura del quasi contratto è in senso meramente descrittivo vale a dire quale contenitore di atti leciti che in un certo momento storico producono un'obbligazione anche in assenza di contratto. Deve anche chiarirsi che CASTRONOVO rimarca l'autonomia del contatto sociale (non dal quasi contratto ma) rispetto ai rapporti contrattuali di fatto, dal momento che, mentre dal primo nascerebbero soltanto obblighi accessori, dai secondi sorgerebbe «un'obbligazione in senso tradizionale» (CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 144). Si vedano anche CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit.; CANARIS, *Il “contatto” sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 4 ss.

Nella voce rapporti contrattuali di fatto non ne tratta Angelici, ritenendolo «ormai totalmente estromesso dalla discussione sui rapporti contrattuali di fatto», ANGELICI, *op. cit.*, pp. 2 e 3.

Nella declinazione della figura attribuibile a Castronovo, più che di contatto sociale dovrebbe farsi riferimento all'obbligazione senza prestazione, categoria elaborata dalla dottrina tedesca che ha generalizzato gli obblighi di protezione scaturenti dalla *culpa in contrahendo* sull'assunto che «non le trattative precontrattuali, ma il contatto sociale in cui esse consistono costituisce la fattispecie da cui nascono gli obblighi» (38).

L'elaborazione di Castronovo costituisce sviluppo della ricostruzione in chiave contrattuale della responsabilità *in contrahendo*, che la dottrina italiana ha effettuato valorizzando da un lato l'art. 1337 c.c., capace di trasformare la relazione tra le parti della trattativa «in un rapporto obbligatorio» (39), dall'altro le varie disposizioni dedicate alla violazione di obblighi di informazione inerenti ai vizi della cosa oggetto di un contratto che rimane ciononostante valido (gli artt. 798, 1494, comma 1, 1578, 1812, 1821) (40).

Una volta individuata la ragione giustificativa della responsabilità precontrattuale nella tutela dell'affidamento e nell'obbligazione senza prestazione la forma giuridica di tale tutela, il passaggio successivo è stato l'utilizzo della medesima forma giuridica in tutte quelle ipotesi connotate da un affidamento anche al di fuori dell'ambito delle trattative (41).

L'obbligazione di protezione sorge infatti quando «una persona al fine di conseguire un determinato scopo affida i propri beni della vita all'in-

(38) DÖLLE, *op. cit.*, p. 74. La citazione è riportata da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 142.

(39) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, p. 272.

(40) *Ibidem*, p. 282.

(41) CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 545. Per la critica a tale operazione ermeneutica si veda VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *questa rivista*, 2017, p. 335 ss. in particolare p. 347. In dottrina, favorevoli alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, sia pure con diverse impostazioni: FAILLACE, *op. cit.*, p. 69 ss.; THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*, Padova, 2006, p. 168 ss.; ID., *Inadempimento delle obbligazioni senza prestazioni*, in *Trattato resp. contr.*, 2009, a cura di Visintini, *Inadempimento e rimedi*, I, cit., p. 317 ss.; MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. obbl.*, diretto da Garofalo e Talamanca, III, Padova, 2010, p. 3 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 675 ss.; ID., *La buona fede in senso oggettivo*, 2015, p. 230 ss.; NANNA, *Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione*, Bari, 2012, *passim* e spec. p. 90 ss.; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1228 ss.; MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, p. 90 ss.; ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, 2014, pp. 17-19, 40 ss.; IULLIANI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: alcune riflessioni attorno all'interesse legittimo dalla prospettiva dei rimedi*, in *questa rivista*, 2016, p. 1213 ss.

fluenza di un'altra persona e con questo alla cura e all'attenzione della stessa» (42). E ciò non accade soltanto alla luce delle trattative ma in tutte quelle ipotesi in cui viene in rilievo un «affidamento alla professionalità in vista di uno scopo» (43) di modo che la categoria può abbracciare sia le ipotesi di informazioni errate date da un professionista ad un terzo al di fuori di un rapporto contrattuale, sia quelle in cui manchi una errata informazione ma venga comunque in rilievo l'affidamento di un soggetto nei confronti di un altro alla luce della posizione di garanzia rivestita da quest'ultimo (44).

Tale area è stata denominata responsabilità contrattuale in senso debole per rimarcare che «le è estranea la finalità di attribuzione per via risarcitoria di un incremento patrimoniale programmato, dovuto e non realizzato» (45) mentre nel campo della violazione degli obblighi di protezione «assolve a una pura funzione di salvaguardia della persona e del patrimonio dei soggetti dell'obbligazione o di relazioni sufficientemente corpose e affidanti da divenire rapporti giuridici» (46).

6. – In tempi recenti, una critica all'obbligazione di protezione senza prestazione ha fatto leva sulla evoluzione che ha riguardato la figura nell'ordinamento tedesco, nel quale il ricorso al contatto sociale si spiega alla luce delle particolarità della disciplina della responsabilità extracontrattuale. Inoltre, per rimarcare la differenza che passa tra la configurazione

(42) DÖLLE, *op. cit.*, p. 74 nella traduzione di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 142.

(43) CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 551.

(44) Nel saggio *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, Castronovo riconduce al contatto sociale l'ipotesi delle informazioni erronee fornite da un professionista al di fuori dell'adempimento di un'obbligazione avente tale oggetto; le informazioni contenute in un prospetto finanziario relativo a una società o ad una operazione di investimento; l'informazione erronea formulata da un professionista su incarico di un cliente e comunicata a un terzo che su di essa fonda un affidamento che risulta deluso (CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, 1995, p. 147 ss.). In un successivo scritto (ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 637 ss.), il medesimo Autore accosta a tali ipotesi altre, dove pure viene in rilievo un affidamento violato ma che rispetto alle prime mancano di un obbligo di informazione violato. Si tratta in particolare: del professionista sanitario dipendente da una struttura in relazione ai danni arrecati al paziente affidato alle sue cure; della responsabilità del dipendente scolastico per i danni subiti dallo scolaro durante le attività di competenza dell'istituto di istruzione; della responsabilità da affidamento della pubblica amministrazione.

(45) MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 713.

(46) *Ibidem*.

assunta nell'ordinamento interno e in quello tedesco si richiama la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002, che ha disciplinato la materia (47).

Nell'ordinamento "di provenienza" la figura è servita a superare i limiti della tutela aquiliana previsti dal codice tedesco che, a differenza del codice italiano, non conosce una grande clausola generale ma tre "piccole" clausole per le quali il risarcimento può ottenersi a fronte della lesione di un diritto assoluto o di un bene giuridico (§ 823, comma 1, BGB), di un comportamento contrario a una previsione normativa posta a tutela del danneggiato (§ 823, comma 2, BGB) e di un comportamento doloso contrario a buon costume (§ 826 BGB). Al contrario, in caso di inadempimento di un'obbligazione contrattuale, il sistema risulta atipico (48).

Ancora, nell'ordinamento tedesco la disciplina della responsabilità per fatto altrui risulta più vantaggiosa per il danneggiato in caso di responsabilità contrattuale sia in relazione alla prova liberatoria dell'assenza di *culpa in vigilando* o *in eligendo*, ammessa solo in sede extracontrattuale (§ 831, comma 1, BGB), sia per la più ampia nozione di ausiliario, comprendente non solo i dipendenti (come avviene nell'illecito extracontrattuale) ma anche i c.d. *independent contractors* (49).

Terza ragione alla base delle preferenze per la disciplina contrattuale nell'ordinamento tedesco è data dalla tendenziale vantaggiosità per il creditore in materia di distribuzione dei carichi probatori (§ 280, comma 1, BGB) (50).

La teoria del contatto sociale è allora servita a sottoporre alla disciplina della responsabilità da inadempimento lesioni di interessi che altrimenti non avrebbero trovato tutela alla luce delle caratteristiche della disciplina dell'illecito extracontrattuale (51). E ciò al contrario di quanto accade

(47) La critica basata (anche) su questi argomenti si deve in particolare a ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del contatto sociale*, cit., p. 77 ss.; ID., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss. Sulla riforma del diritto tedesco delle obbligazioni si vedano tra gli altri CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, a cura di De Cristofaro, Padova, 2003, p. 16 ss.; MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *questa rivista.*, 2004, p. 797 e ss.; CANARIS, *Il "contatto" sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., *passim*; GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2018, p. 15 ss.

(48) CANARIS, *Il "contatto" sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., pp. 1 e 2.

(49) *Ibidem*, pp. 2 e 3.

(50) *Ibidem*, p. 3.

(51) In tal senso si veda anche PROCIDA MIRABELLI DI LAURO E FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 49 ss.

nell'ordinamento italiano in cui l'illecito aquilano è costruito mediante il riferimento al danno ingiusto ⁽⁵²⁾ e la responsabilità del preponente (art. 2049 c.c.) è più ampia rispetto alla disciplina tedesca ⁽⁵³⁾.

Inoltre, la teoria del contatto sociale risulta superata dalla dottrina tedesca maggioritaria: all'elaborazione di Dölle, volta ad estendere la disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione al di fuori delle trattative nei casi in cui ricorra un analogo *sozialer Kontakt* ⁽⁵⁴⁾, sono state da subito rivolte le critiche di Larenz per il quale l'accoglimento di un contatto sociale nel senso prospettato dal primo comporterebbe una erosione della responsabilità aquiliana, senza alcuna certezza circa l'ambito di applicazione della figura ⁽⁵⁵⁾, che potrebbe riguardare finanche un incidente automobilistico ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ Sulla clausola generale di responsabilità (il danno ingiusto) si vedano RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim* e spec. p. 116 ss. e la recensione di GALGANO a RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 535 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 171; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41 ss.; BUSNELLI E BRECCIA, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, Milano, 1978, p. 515 ss.; ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 76; SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modello e funzioni*, Napoli, 1985, p. 295 ss.; GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *questa rivista*, 1985, p. 1 ss.; CENDON, *La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, Milano, 1988, *passim*; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 3a ed., 2005, p. 132 ss.; VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, 2a ed., Napoli, 2014, *passim*; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., *passim* e spec. p. 99 ss. e 129 ss.

Con particolare riferimento al danno meramente patrimoniale si vedano DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297 ss.; PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno resp.*, 1998, p. 729 ss.; MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003; MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 349 ss.

⁽⁵³⁾ In relazione alla responsabilità ex art. 2049 c.c. si vedano tra gli altri TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 57 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, art. 1218 – 1229, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1967, p. 383 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, cit., p. 775 ss.; GALGANO, *Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni. La tutela del credito. L'impresa*, in *Trattato di diritto civile*, III, 3a ed., agg., Padova, 2015, p. 124; ANZANI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e responsabilità per fatto dei preposti: fattispecie a confronto*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 429 ss.

⁽⁵⁴⁾ DÖLLE, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁽⁵⁵⁾ LARENZ, "Culpa in contrahendo", *Verkehrssicherungspflicht und 'sozialer Kontakt'*, cit., p. 515 ss.; si veda anche LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht*, in *JuS*, 1965, p. 378.

⁽⁵⁶⁾ LARENZ, "Culpa in contrahendo", *Verkehrssicherungspflicht und 'sozialer Kontakt'*, cit., p. 517 ss.; SCHUR, *Leistung und Sorgfalt*, Tübingen, 2001, pp. 241 e 242. L'esempio è ripreso anche da ZACCARIA, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 354.

Perciò, alla teoria del contatto sociale viene contrapposta quella del contatto negoziale: non la semplice relazione tra due soggetti, ma soltanto la relazione che si situa nell'ambito delle trattative può essere fonte di obbligazioni pure in mancanza di un contratto. Larenz vi comprende soltanto i contatti che nascono «*auf der Ebene des Geschäftsverkehrs*»⁽⁵⁷⁾: da un lato, le trattative; dall'altro, i contatti con i clienti potenziali (si pensi al caso della signora danneggiata all'interno di un grande magazzino a seguito della negligenza di un dipendente in cui la Corte tedesca applicò la disciplina della *culpa in contrabendo* per far rispondere a titolo contrattuale il titolare dell'esercizio commerciale anche se la trattativa con quest'ultimo non era ancora iniziata)⁽⁵⁸⁾.

Le critiche di Larenz sono state ulteriormente sviluppate da Canaris, suo allievo, che, pur ammettendo la possibilità di ampliare la *culpa in contrabendo* rispetto alle trattative intese in senso stretto, ha posto in risalto l'esigenza di delimitare in maniera scrupolosa le fattispecie da cui nascono obblighi di protezione arginando in tal modo l'arbitrio dell'interprete⁽⁵⁹⁾. Nella stessa prospettiva si colloca la riforma del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001⁽⁶⁰⁾.

Il legislatore tedesco positivizza gli obblighi di protezione aggiungendo un secondo comma al § 241 BGB sul contenuto dell'obbligazione, collocato in apertura del secondo libro del BGB sulle obbligazioni⁽⁶¹⁾.

Ai sensi del § 241, comma 1, BGB, rimasto inalterato, in forza del rapporto obbligatorio il creditore ha il diritto di esigere dal debitore una prestazione. La prestazione può anche consistere in un non fare. Il secondo comma del medesimo paragrafo, aggiunto dalla riforma, stabilisce che «il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte».

⁽⁵⁷⁾ LARENZ, "Culpa in contrabendo", *Verkehrssicherungspflicht und 'sozialer Kontakt'*, cit., p. 518.

⁽⁵⁸⁾ Al caso fa riferimento CANARIS, *Il "contatto" sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., pp. 1 e 2; per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione della figura nell'ordinamento tedesco, anche in relazione alla dottrina che continua a seguire l'impostazione di Dölle, si veda GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 6 ss.

⁽⁵⁹⁾ Si veda CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss.

⁽⁶⁰⁾ In tal senso GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 16 ss. anche per ampi riferimenti al dibattito che ha impegnato la dottrina tedesca prima e dopo la riforma.

⁽⁶¹⁾ Sui doveri di protezione prima della riforma si vedano LARENZ, *Die Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Berlin, 1957, p. 20 ss.; STOLL, *Die Lehre von der Leistungsstörungen*; CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit., p. 567 ss.

Si prevede poi al § 311, comma 2, BGB che un'obbligazione avente ad oggetto i doveri di cui al secondo comma del § 241 sorge: 1. con l'avvio di trattative contrattuali intese in senso stretto quali e vere e proprie negoziazioni; 2. la preparazione di un contratto, durante la quale una parte, in considerazione di rapporti negoziali già consolidati, consente alla controparte di incidere sui suoi diritti, beni ed interessi, oppure affidi ad essa gli stessi; 3. contatti pseudo – negoziali (“*änliche geschäftliche Kontakte*”).

Infine, il § 311, comma 3, BGB, stabilisce che l'obbligazione protettiva prevista dal precedente comma può sorgere anche tra soggetti che non sono destinati a diventare parti di un contratto e fa in particolare riferimento al terzo che «suscita un rilevante affidamento in ordine ad un proprio comportamento ed in tal modo influenza in maniera decisiva le trattative o la stipulazione del contratto» (62).

La disposizione di cui al § 311, comma 2, BGB, che presenta tratti oscuri (63), pone il problema di differenziare le tre ipotesi previste. In particolare, ai fini del presente contributo, solleva particolare interesse l'ipotesi dei “*geschäftliche Kontakte*”. Se si interpretassero le tre previsioni quali cerchi concentrici che passano dall'ipotesi minore (trattative) a quella intermedia (preparazione di un contratto ancora in assenza di trattative) infine a quella più estesa rappresentata dal cerchio più ampio (contatto sociale) sembrerebbe che il legislatore della riforma abbia posto al centro il contatto sociale qualificato, di cui la *culpa in contrahendo* rappresenterebbe una *species* (64).

Invece, nella dottrina tedesca l'interpretazione maggioritaria è quella per la quale il legislatore ha dato seguito alla ricostruzione di Canaris, che

(62) La traduzione si deve a MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 797 e ss. L'A. osserva: «Nella sua nuova versione, il § 241 BGB costituisce il presupposto per una ridefinizione del concetto stesso di inadempimento. È inadempimento non solo la mancanza della prestazione principale, ma anche l'inadempimento dei doveri accessori, ai quali il secondo comma del § 241 attribuisce autonomia concettuale, ma soprattutto giuridica».

(63) KOLLER, *Recht der Leistungsstörungen*, in Koller, Roth e Zimmermann, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002, p. 64; nello stesso senso GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 18.

(64) Sembra questa l'interpretazione offerta da MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 797 ss. per la quale «a ragione i commentatori sottolineano come la formulazione della norma apra nel contempo nuove prospettive interpretative: il riferimento espresso ai “contatti sociali”, come possibile fonte di obbligazione assimilabile al contratto, è segno di piena consapevolezza da parte del legislatore delle moderne tendenze del diritto delle obbligazioni, in particolare del consolidarsi della teoria della responsabilità da contatto sociale, di cui vivacemente si discute nella dottrina e nella giurisprudenza italiane».

delimita l'idoneità a produrre obbligazioni al solo contatto negoziale. Quindi la terza ipotesi avrebbe il senso di porre un argine alla «proliferazione delle ipotesi di mero contatto c.d. "sociale"»⁽⁶⁵⁾ e farebbe riferimento alle obbligazioni nascenti dalla partecipazione al traffico negoziale e in particolare ai rapporti di cortesia che postulano un rapporto quasi contrattuale come quello tra banche che danno consigli gratuitamente a terzi che non sono loro clienti⁽⁶⁶⁾. Invece, il comma 3 farebbe riferimento alle ipotesi elaborate da dottrina e giurisprudenza di responsabilità pre-contrattuale di un terzo⁽⁶⁷⁾.

Inoltre, a prescindere dall'interpretazione da attribuire all'espressione, è sicuramente maggioritario nella dottrina tedesca l'indirizzo favorevole all'esclusione dalle fonti delle obbligazioni di un semplice contatto sociale «per tale dovendosi intendere un contatto non negoziale, né assimilabile a un contatto negoziale di qualunque genere di contatto sociale si tratti: un "contatto sociale" può costituire fonte di obbligazioni soltanto per il tramite di una base negoziale o normativa»⁽⁶⁸⁾. Il contatto sociale non negoziale né assimilabile a quest'ultimo resta attratto alla disciplina dell'illecito extracontrattuale⁽⁶⁹⁾.

Infine, va dato conto del fatto che quando la dottrina tedesca fa riferimento all'affidamento ciò non avviene nel senso proposto da Castronovo: non viene cioè in rilievo un affidamento oggettivo bensì soggettivo. A tal fine può richiamarsi la posizione di Canaris in relazione alla responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria: quest'ultimo potrebbe essere chiamato a rispondere a titolo di inadempimento nei

⁽⁶⁵⁾ CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., p. 27 ss.

⁽⁶⁶⁾ Si veda GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 18 ss.; in senso analogo ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., p. 90 ss. e spec. 91 dove l'Autore sostiene che l'espressione di cui al n. 3 andrebbe tradotta, discostandosi dal dato letterale, nel senso di «"contatti (non negoziali) simili ai contatti negoziali" di cui ai nn. 1 e 2».

⁽⁶⁷⁾ In tal senso CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., p. 27 ss.; ID, *Il "contatto" sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., p. 7.

⁽⁶⁸⁾ ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., p. 92; nello stesso senso si veda GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 22. Per la lettura restrittiva del novum si vedano anche STOLL, FAVALE, FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 98 e DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2570. Per la critica a tale interpretazione si veda CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 553.

⁽⁶⁹⁾ ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., p. 92.

confronti del paziente non in virtù del solo *status* professionale ma «per esempio, qualora una clinica avesse guadagnato un paziente facendo leva sulla particolare competenza di un medico, con il consenso di quest'ultimo, o se un medico, nel corso di conversazioni intrattenute con il paziente, lo avesse influenzato oltre la misura usuale e consona a un medico dipendente da una clinica» (70).

L'esempio rivela che la via tedesca del contatto sociale *rectius* negoziale sia quella costruita sull'affidamento inteso prevalentemente in senso soggettivo, conformemente «alla costruzione della responsabilità precontrattuale soprattutto come *Erklärungschaftung*» (71).

7. – A fronte delle critiche mosse all'obbligazione senza prestazione sulla base dell'evoluzione della figura nell'ordinamento tedesco (72), non si è fatta attendere la risposta di Castronovo (73), per il quale il contatto sociale rappresenta una fonte di obbligazioni nell'ordinamento interno (anche) a prescindere dall'argomento di diritto comparato e ciò sulla base di precisi referenti normativi, giustificativi dell'obbligazione protettiva (74).

La base normativa dell'obbligazione senza prestazione viene allora individuata, in via alternativa:

– nel combinato disposto degli articoli 12 delle disposizioni sulla legge in generale e 1337 c.c.: quest'ultima disposizione, riferita alle sole trattative, è suscettibile di applicazione analogica, per *eadem ratio*, ai casi in cui vi è un affidamento a prescindere da una trattativa contrattuale (75);

– nell'art. 1173 c.c. che prevede un sistema aperto di fonti delle obbligazioni e che dunque giustifica, in quanto meritevole alla luce dell'ordinamento, la giuridicizzazione dell'obbligo di proteggere un soggetto in caso di affidamento qualificato (76).

(70) CANARIS, *Il "contatto" sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., p. 8.

(71) GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 22. Nella dottrina tedesca in relazione alla *Erklärungschaftung* si veda HILDEBRANDT, *Erklärungschaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin-Leipzig, 1931, *passim* spec. 132.

(72) ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., *passim*.

(73) Risposta che segue ad uno scambio "acceso" se solo si tiene conto dell'intitolazione del paragrafo dedicato da Castronovo alla replica alla critica di Zaccaria: «L'obbligazione senza prestazione e la critica che viene dal freddo» (CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit.).

(74) CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 145 ss.

(75) CASTRONOVO, *ibidem*, p. 146.

(76) CASTRONOVO, *ibidem*, p. 145 ss. In questo modo l'Autore risponde alla critica di ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., p. 89 ss. per il quale: «Il problema è che, secondo Canaris, un semplice

A sostegno di tale ricostruzione è invocato il principio di ragionevolezza: se è il contatto sociale e non la trattativa a dare vita ad un'obbligazione di protezione allora il vincolo giuridico sorge a prescindere da una trattativa in atto ⁽⁷⁷⁾.

Vengono inoltre richiamate anche le ipotesi codicistiche che positivizzano singoli obblighi di protezione in assenza di una relazione contrattuale o accessori a quest'ultima (come l'articolo 1718 c.c. in materia di mandato o l'articolo 2087 c.c. in materia di tutela delle condizioni di lavoro) ⁽⁷⁸⁾.

8. – La figura in discorso viene recepita dalla giurisprudenza quale strumento di politica del diritto: essa consente di attrarre nell'alveo della disciplina dell'inadempimento di un'obbligazione fattispecie altrimenti sottoposte al regime dell'illecito extracontrattuale con i noti effetti in materia di riparto del carico probatorio tra le parti, termine di prescrizione, delimitazione dei danni risarcibili ⁽⁷⁹⁾. Tale utilizzo "strumentale" dell'obblighi

richiamo al "contatto sociale" (nel senso già fatto proprio da Dölle) al fine di fondare obblighi di protezione non potrebbe considerarsi sufficiente. L'idea di fondo è che il diritto debba sempre "regnare sovrano", e che obblighi di protezione al di là della sfera della responsabilità precontrattuale non possano pertanto essere fondati su un semplice "contatto sociale" (in quanto tale, se di per sé considerato, estraneo all'ordinamento). Gli obblighi di protezione al di là della sfera precontrattuale, nel contesto di una sia pure generale *Vertrauenshaftung*, dovrebbero essere invece fondati o sull'analogia con fattispecie in modo specifico legislativamente regolate o in collegamento con la fattispecie della responsabilità in *contrahendo*.

⁽⁷⁷⁾ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 145 ss.

⁽⁷⁸⁾ In tal senso THIENE, *Inadempimento e obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* a cura di Visintini, Torino, 2009, p. 331-337.

⁽⁷⁹⁾ Sul riparto dell'onere della prova si vedano VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, *passim*; ID., *Inadempimento e mora del debitore*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Schlesinger (artt. 1218 – 1222), Milano, 1987, p. 224 ss.; PATTI, «*Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*», in *Commentario Scialoja-Branca*, Libro VI: Della tutela dei diritti, Bologna, 1987, p. 184 ss.; TARUFFO, «*Onere della prova*», in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 72 ss. In relazione alla materia della responsabilità sanitaria si vedano FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, in *La Resp. civ.*, 2012, p. 5 ss. e TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, p. 133 ss.

Con riferimento alla delimitazione dei danni risarcibili si vedano, sulla disposizione di cui all'art. 1225 c.c., TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 95 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, art. 1218 – 1229, cit., p. 373; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 381 ss.

Più in generale, la figura del contatto sociale si inserisce all'interno del processo di progressiva erosione della responsabilità extracontrattuale a favore di quella contrattuale. Si è assistito infatti a quella definibile come "contrattualizzazione" della responsabilità aquiliana, consistente nel passaggio di talune fattispecie, prima tutelate ai sensi dell'art. 2043 c.c., nell'alveo dell'art. 1218 c.c. Per la contrattualizzazione della responsabilità professionale

gazione di protezione si desume dallo stesso iter seguito dalla giurisprudenza che ha in primo momento rifiutato la figura proprio nell'ambito precontrattuale, ove la stessa è stata elaborata, per utilizzarla, invece, in aree estranee a quella delle trattative.

Nella pronuncia capostipite, della fine degli anni '90, il contatto sociale è servito a parificare la posizione giuridica del medico operante all'interno di un ente e quella del medico libero professionista ⁽⁸⁰⁾.

Si noti che tale pronuncia tenta di dare un fondamento teorico al contatto sociale rispolverando la categoria dei rapporti contrattuali di fatto, «suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (art. 2126, comma 1, 2332, comma 2 e 3, c.c., art. 3, comma 2, l. n. 756-1964), ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice “contatto sociale” (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi)».

L'assenza di un contratto tra medico e paziente non risulta allora dirimente perché «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».

CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 138 ss.

Le ragioni di carattere sostanziale sottese a tale passaggio sono evidenti e coincidono con il più vantaggioso regime relativo alla responsabilità da inadempimento di una obbligazione rispetto a quello relativo al fatto illecito.

La “contrattualizzazione della responsabilità aquiliana” è avvenuta in tre direzioni.

Nella prima direzione si trovano gli obblighi di protezione all'interno del contratto e nei confronti dell'altro contraente per tenere indenne la sfera giuridica di quest'ultimo esposta a un rischio in conseguenza della relazione contrattuale.

Nella seconda direzione si rinvencono gli obblighi di protezione nei confronti di soggetti terzi – che non sono contraenti – legati alla controparte contrattuale da una relazione qualificata: c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi (si vedano DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 1 ss.; MAGGIOLIO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 39 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1344 ss.).

La terza direzione riguarda l'obbligazione senza prestazione e dunque il contatto sociale ex art. 1173 c.c. che, come si è visto, viene fondato sul legittimo affidamento nel particolare status della controparte.

⁽⁸⁰⁾ Il riferimento è alla nota Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.

Ancora, la pronuncia aggiunge che il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico ma se quest'ultimo «interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico».

Dunque, dalla pronuncia possono desumersi i seguenti elementi fondanti un'obbligazione pure in assenza di un contratto:

- l'esistenza di una “professione protetta”, “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.”;

- la medesimezza del servizio prestato dal medico, che sia o meno tenuto contrattualmente con il paziente;

- l'esecuzione della prestazione non dovuta dal medico (almeno nei confronti del paziente);

- l'oggettivo affidamento che l'esercizio di una professione protetta suscita nei confronti dei terzi.

A fronte dell'incertezza dei criteri enunciati, che passano dallo status professionale alla qualità dell'interesse in gioco (art. 32 Cost.) per finire all'esecuzione – non dovuta al paziente – della prestazione dovuta alla struttura e all'affidamento, senza sottolineare se essi debbano essere presenti tutti o meno, la giurisprudenza successiva si concentra sullo status professionale del soggetto danneggiante, rispetto al quale l'affidamento del danneggiato risulta *in re ipsa*.

Può spiegarsi così il ricorso al contatto sociale in relazione alla responsabilità dell'insegnante per il danno che l'alunno si procura da sé laddove «appare più corretto ricondurre la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì nell'ambito della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.»⁽⁸¹⁾.

(81) In tal senso Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2635 ss., con nota di DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2414 ss.

La giurisprudenza successiva si è adeguata al *dictum* delle Sezioni Unite: si vedano Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, p. 491, con nota di CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del*

Se con l'istituto scolastico si conclude un contratto al momento dell'accoglimento della domanda di iscrizione e con la conseguente ammissione dell'allievo, con il precettore dipendente dall'istituto si instaura comunque, per contatto sociale, un rapporto giuridico, «nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona» (82).

In tal modo, la giurisprudenza interpreta in senso restrittivo l'art. 2048, comma 2 c.c., che dà luogo ad una propagazione di responsabilità per fatto illecito dell'alunno in capo al precettore o al genitore e, al contempo, sottopone al medesimo regime, in tema di riparto dei carichi probatori, l'inadempimento del precettore all'obbligo di sorveglianza dello scolaro nel caso di danni arrecati – non ad altri ma – a sé stesso (83).

Ancora, si è fatto riferimento al contatto sociale per contrattualizzare la responsabilità: della banca ai sensi del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, c.d. legge assegno nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine dell'operazione (84); del notaio in assenza di un vincolo contrattuale con il danneggiato (85) e, più in generale, del professionista per erronee informazioni rilasciate a terzi (86).

risarcimento; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss., con commento di BENEDETTI, *La caduta di un alunno durante una gita scolastica: chi risponde?*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1538 ss., con commento di COCCHI, *La responsabilità per i danni da cose in custodia e quella derivante da contatto sociale per le lesioni autocagionate dall'allievo*; Cass., 11 giugno 2012, n. 9437, in *Danno e resp.*, 2012, p. 169 ss., con commento di TRIPODI, *Condotta autolesiva dell'allievo e responsabilità contrattuale della scuola di sci*; Cass., 12 ottobre 2015, n. 20475, in *Danno resp.*, 2016, p. 271 ss., con commento di PIAIA, *La responsabilità per condotta autolesiva dell'allievo: tra risarcimento del danno e onere della prova*.

(82) Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit.

(83) Nel senso del medesimo riparto dei carichi probatori ai sensi dell'art. 2048 c.c. e dell'art. 1218 c.c. si veda Cass., 12 ottobre 2015, n. 20475, cit., p. 271 ss.

(84) Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. it.*, 2008, p. 1150 ss., con nota di COTTINO, *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1706 ss., con nota di DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*. Si veda anche PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di Piraino e Cherti, Torino, 2016, p. 35 ss.

(85) Cass., 9 maggio 2016, n. 9320, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2801; in tema di contatto sociale in ambito notarile cfr. anche Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934, in *Riv. not.*, 2003, p. 766 ss. e in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 112 ss.

(86) In relazione all'attività di intermediazione finanziaria si veda Cass., 7 aprile 2006, n. 8229, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; in ambito di mediazione si veda Cass., 22 ottobre 2010, n. 21737, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Mediazione», n. 24; Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corriere giur.*, 2010, p. 206.

Solo più recentemente, la Corte di legittimità ⁽⁸⁷⁾ ha condiviso la ricostruzione della natura contrattuale della *culpa in contrahendo* procedendo quindi a ritroso rispetto al modello tedesco, «esattamente a rovescio, alla maniera del gambero» ⁽⁸⁸⁾.

9. – L'utilizzo giurisprudenziale della figura non è esente da critiche.

Innanzitutto, né nella sentenza capostipite né nelle successive può rintracciarsi una esatta aderenza alla teoria dell'obbligazione senza prestazione dal momento che la giurisprudenza richiede in molti casi una vera e propria prestazione al professionista: così in relazione al medico sembra questo il senso della pronuncia richiamata laddove pone a suo carico obblighi di comportamento pure in assenza di contratto.

Ancora, in alcuni casi la giurisprudenza utilizza il contatto sociale in presenza di un contratto quindi in un ambito in cui la figura si presenta inutile ⁽⁸⁹⁾; in altri casi il contatto sociale è usato ancora una volta inu-

Sulla responsabilità da informazioni inesatte rilasciate sul mercato si veda VENOSTA, *Prestazione non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 139 ss. Più in generale, sulla responsabilità da contatto sociale in capo ai professionisti nei confronti dei terzi si veda CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 591 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss., con nota di DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit.; in *Corriere giur.*, 2016, p. 1504 ss., con nota di CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Danno resp.*, 2016, p. 1051 ss., con commento di CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 1451 ss., con commento di IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*.

Si vedano anche le analisi di SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, II, p. 1515 ss.; PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'imunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss.; TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, in *questa rivista*, 2017, p. 233 ss.; VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, cit., p. 335 ss. in particolare p. 347. Precedentemente si erano pronunciate a favore della natura contrattuale due note pronunce: Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, p. 1795 e Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 11, p. 1647 accolte favorevolmente da CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, p. 1233, nonché da SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 6, p. 1949. Più in generale si rinvia sul tema a CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1265 ss.; DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, Milano, 2008.

⁽⁸⁸⁾ ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., p. 358.

⁽⁸⁹⁾ Si veda tra le altre Cass., 28 novembre 2007, n. 24746, laddove il contatto sociale è riferito all'ente sanitario ma del tutto inutilmente se si considera che tra ente e assistito si

tilmente dal momento che viene in rilievo una obbligazione imposta direttamente dalla legge ⁽⁹⁰⁾; in una occasione la figura è stata invocata quale fonte dei doveri la cui omissione può essere imputata a titolo extracontrattuale ⁽⁹¹⁾.

Al di là delle inesattezze e della sovraesposizione della figura, dovuta, evidentemente, a quella che può definirsi la “moda” del contatto sociale, ciò che sembra fragile è il fondamento del contatto sociale qualificato e, dunque, la ragione giustificativa dell’obbligazione di protezione in assenza di una prestazione.

Secondo la soluzione offerta da Castronovo è la qualità del soggetto «l’elemento che qualifica il contatto sociale in funzione di affidamento» ⁽⁹²⁾ vale a dire lo status rivestito dal danneggiante. Questo elemento è non solo necessario ma anche sufficiente nella ricostruzione dell’Autore. Si pensi alla posizione del medico operante nell’ambito di una struttura: per Canaris, come si è visto, potrebbe essere chiamato a rispondere per inadempimento di una obbligazione solo qualora abbia concretamente suscitato un affidamento nel paziente, influenzandolo «oltre la misura usuale e consona a un medico dipendente da una clinica» ⁽⁹³⁾. Invece, come è noto, per Castronovo viene in rilievo solo lo status rivestito dal medico dunque l’affidamento è inteso in astratto e, di conseguenza, potrebbe produrre un’obbligazione di protezione anche nel caso di un paziente incapace di comprendere di essere sottoposto alle cure di un medico.

Tale criterio non sembra da solo sufficiente a guidare l’interprete nella delicata operazione di sottoporre al regime dell’inadempimento un soggetto che non ha concluso un contratto con il danneggiato. Anzi, seguendo tale criterio, si rischia di pervenire a risultati inadeguati rispetto alla sostanza dei rapporti.

conclude un contratto. Per altre pronunce che fanno un cattivo uso della figura in ipotesi in cui un contratto è concluso si veda ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del contatto sociale*, cit., p. 97.

⁽⁹⁰⁾ Si fa riferimento alla responsabilità del mediatore per inadempimento dell’obbligo di informazione previsto dall’art. 1759 c.c. ascritta al contatto sociale da Cass., 22 ottobre 2010, n. 21737, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Mediazione», n. 24; e da Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corriere giur.*, 2010, p. 206, sulle quali si veda ZACCARIA, *La mediazione è un «contatto sociale» mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 726 ss.; ID., *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *La resp. civ.*, 2010, p. 245 ss.; ZACCARIA *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del contatto sociale*, cit., p. 100.

⁽⁹¹⁾ Cass., sent. n. 1737 del 2011 richiamata da ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del contatto sociale*, cit., p. 105.

⁽⁹²⁾ CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, cit., p. 698.

⁽⁹³⁾ CANARIS, *Il “contatto” sociale nell’ordinamento giuridico tedesco*, cit., p. 8.

Valgono gli esempi del medico e dell'insegnante operanti quali ausiliari del debitore: in queste ipotesi l'individuazione di un'obbligazione a carico degli ausiliari si scontra con il fatto che la protezione degli interessi del paziente o dello scolaro non dipende tanto dall'operato dei primi bensì dall'attività organizzativa svolta a monte dalla struttura sanitaria o dall'istituto scolastico ⁽⁹⁴⁾.

Quindi, in questi casi, se si vuole che la forma rispecchi la sostanza delle cose ⁽⁹⁵⁾, non dovrebbe ammettersi una obbligazione di protezione che finisce per tradursi in una vera e propria garanzia, con effetti generali negativi come accaduto in relazione alla medicina difensiva ⁽⁹⁶⁾.

È interessante osservare che a ipotizzare un possibile superamento della responsabilità degli ausiliari sia lo stesso Castronovo che, in relazione al medico operante nell'ambito di una struttura sanitaria, ha prospettato un'interpretazione dell'art. 1228 c.c. per la quale, se la ratio della responsabilità del *dominus* è il rischio, la responsabilità dovrebbe ricadere esclusivamente su quest'ultimo, «*perché ogni responsabilità concorrente contraddice la ratio*»: in altre parole, la responsabilità della struttura sanitaria sarebbe idonea a schermare quella dell'operatore ⁽⁹⁷⁾.

Tale ricostruzione, come si vedrà successivamente, non risulta accolta dalla riforma ma è indicativa del fatto che lo status professionale non sempre dovrebbe giustificare il sorgere di un rapporto obbligatorio.

La difficoltà di individuare un sicuro fondamento del contatto sociale qualificato emerge anche dalla pluralità di ricostruzioni offerte dalla dottrina favorevole alla figura.

Se per l'Autore più volte richiamato, come si è visto, l'obbligazione di protezione sorge in virtù dell'«affidamento alla professionalità in vista di uno scopo» ⁽⁹⁸⁾, un'altra parte della dottrina reputa l'affidamento insufficiente «a fornire un quadro unitario alla responsabilità precontrattuale,

⁽⁹⁴⁾ Si vedano LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 390 e VENOSTA, *op. cit.*, p. 151 per il quale «L'insegnante, infatti, non ha di per sé alcuna particolare qualificazione, né addestramento, né specifica abilitazione legale come sorvegliante ⁽⁹²⁾, di modo che non si riesce a comprendere quale sia l'affidamento oggettivo che giustifica l'insorgere dell'obbligo di protezione».

⁽⁹⁵⁾ Si veda proprio CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 194, ove si richiamano «le esigenze di una forma giuridica che sia il più possibile aderente all'idea materiale (della materia che si distingue dalla forma ma ne reclama in pari tempo una sé omogenea) che del rapporto abbiano i soggetti che vi partecipano».

⁽⁹⁶⁾ Sulla quale si veda *infra*.

⁽⁹⁷⁾ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., pp. 158 e 159. Si veda anche VENOSTA, *op. cit.*, p. 147 ss.

⁽⁹⁸⁾ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 551.

come tale in grado di fungere da elemento di aggregazione delle diverse ipotesi di responsabilità»⁽⁹⁹⁾ e pone in rilievo l'«accentuazione del rischio di danno determinato dalla relazione, intesa come prossimità intenzionale delle sfere giuridiche dei contraenti»⁽¹⁰⁰⁾.

L'operazione ermeneutica è la stessa: individuato un certo fondamento della responsabilità precontrattuale, che reagisce alla violazione di un'obbligazione senza prestazione, la medesima disciplina viene applicata a contesti relazionali caratterizzati dal medesimo fondamento. Solo che nella seconda prospettiva richiamata quest'ultimo non è dato dall'affidamento bensì dall'«intenzionale approssimazione di più sfere giuridiche»⁽¹⁰¹⁾, criterio che fa riferimento a indici soggettivi («dati dal libero e consapevole accostamento delle sfere giuridiche da parte di soggetti non legati da un vincolo negoziale»)⁽¹⁰²⁾ e non solo oggettivi («l'innalzamento di rischio di danno reciproco»)⁽¹⁰³⁾.

Una ulteriore ricostruzione spiega la specifica relazione precontrattuale alla luce del «contatto fattuale, in cui un soggetto, sulla base di una situazione affidante, si fida concretamente, e si fida nell'ambito di una relazione precontrattuale che percepisce come tale»⁽¹⁰⁴⁾: in altre parole il fondamento è individuato in un affidamento non oggettivo, ritenuto «eccessivamente ampio»⁽¹⁰⁵⁾, ma soggettivo vale a dire «anche psichico»⁽¹⁰⁶⁾. Anche per questo indirizzo la disciplina della responsabilità precontrattuale sarebbe suscettibile di applicazione analogica, in tal caso ad altre ipotesi connotate da un affidamento parimenti soggettivo.

Sempre nel tentativo di individuare il *proprium* del contatto sociale qualificato, un Autore, rifiutando la via della generalizzazione della disciplina della *culpa in contrahendo*, dal raffronto tra l'art. 1175 c.c. e la disciplina della gestione di affari altrui, dell'adempimento del terzo e dell'adempimento di un'obbligazione naturale desume il principio generale che i doveri di protezione si fondano sull'«esecuzione di una prestazione non dovuta» giacché «si riscontra la presenza di quel medesimo elemento

⁽⁹⁹⁾ PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Persona e Mercato*, 2017, 2, p. 127.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, p. 130.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 130.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*, p. 131.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*, p. 131.

⁽¹⁰⁴⁾ GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 92.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*, p. 92.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*, p. 92.

che, nel rapporto obbligatorio “pieno”, giustifica l’insorgere dei doveri di protezione: appunto, l’esposizione delle rispettive sfere ad un rischio particolare cagionato dalla esecuzione di una prestazione» (107). L’elaborazione ha il pregio di individuare un criterio che lascia minori margini di incertezza per l’interprete ma solleva qualche perplessità alla luce dell’art. 1175 c.c., che non fa derivare obblighi di protezione dalla sola esecuzione del rapporto obbligatorio ma li riconnette alla semplice esistenza di quest’ultimo (si pensi al dovere di cooperazione che precede l’esecuzione) (108). Dunque, non sembra l’esecuzione della prestazione ma l’esistenza della stessa il fondamento degli obblighi protettivi.

Inoltre, resta da dimostrare che la riparazione dei danni provocati dall’ingerenza (non dovuta) nell’altrui sfera giuridica debba essere attratta alla disciplina dell’inadempimento e non a quella dell’illecito aquiliano, come lo stesso Autore ritiene in relazione all’esecuzione della prestazione da parte di un ausiliario (109).

La difficoltà che trapela dalle elaborazioni dottrinali richiamate sembra quella di individuare un preciso fondamento al contatto sociale e, dunque, un argine alla possibile deriva della figura, che potrebbe polverizzare l’area dell’illecito extracontrattuale, lasciando all’arbitrio dell’interprete il passaggio dall’una all’altra disciplina.

Del resto, si tratta del medesimo ostacolo individuato dalla dottrina tedesca nel momento in cui ha tentato di esportare gli obblighi di protezione oltre l’ambito segnato dalla *culpa in contrahendo* optando, infine, per la creazione di un argine alla «proliferazione delle ipotesi di mero contatto cd. “sociale”» (110).

10. – Alla luce dell’inquadramento del contatto sociale qualificato nel sistema delle fonti delle obbligazioni, risulta più agevole comprendere il significato del *novum* legislativo e anche riflettere sulle perplessità che ha destato tra alcuni commentatori, fino al punto da far dubitare della legittimità costituzionale della riconduzione nell’alveo aquiliano della respon-

(107) VENOSTA, *op. cit.*, p. 130 ss.

(108) Possono richiamarsi sul punto, tra gli altri, BENATTI, *op. cit.*, p. 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1991, p. 221 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173-1176, cit., p. 122 ss.; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit.; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all’adempimento*, Milano, 1964, p. 60 ss.; CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 48 ss.

(109) VENOSTA, *ibidem*, p. 175 ss.

(110) CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., p. 27 ss.

sabilità del medico o da far prefigurare una “riemersione” del contatto sociale, anche se «essa contraddirebbe la *voluntas legislatoris*» (111).

La critica all'intervento legislativo si dipana in particolare sul duplice rilievo che il legislatore «non possa rovesciare l'argomento logico-naturalistico, né porre un freno alla progressione della scienza giuridica» (112) e che verrebbe violato il principio di eguaglianza sostanziale, dal momento che la nuova disciplina «discrimina la responsabilità del medico facendo leva sulla variabile accidentale che egli sia stato prescelto dal paziente anziché dal preposto» (113). Si è anche dubitato della «ragionevolezza di una differenziazione di trattamento tra categorie di professionisti» (114) operanti in settori analoghi a quello sanitario.

Sembra però che ogni dubbio sulla legittimità costituzionale del novum venga dissipato dalle motivazioni che stanno alla base dello stesso.

In particolare, occorre considerare l'evoluzione che ha investito la posizione dell'operatore e della struttura sanitaria. In un primo momento, ha occupato una posizione di assoluta centralità l'atto del medico tanto che la responsabilità della struttura sanitaria è stata costruita quale responsabilità di secondo grado, intimamente legata alla prima. Il rapporto tra ente sanitario e paziente è stato infatti dapprima qualificato quale contratto d'opera intellettuale, sul rilievo che la prestazione oggetto dell'impegno della struttura sarebbe la medesima alla quale è tenuto l'operatore sanitario (115). Da ciò è derivato, come ammesso da una pronuncia a Sezioni

(111) Esprime tali dubbi CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, cit., p. 465 ss. In senso analogo QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., p. 38.

(112) *Ibidem*, p. 466.

(113) *Ibidem*, p. 468.

(114) QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., p. 38.

(115) La dottrina che si è soffermata sull'inquadramento del rapporto tra struttura e paziente – sul quale non è consentito in questa sede dilungarsi – ha osservato che la giurisprudenza meno recente ha seguito differenti percorsi interpretativi (contratto atipico di ospedalità; contratto d'opera professionale; rapporto di fonte legale) che, a livello di regole operazionali, «mostrano unitarietà di indirizzo nel rinvio sempre alla disciplina del contratto d'opera professionale». Si veda, anche per i riferimenti giurisprudenziali, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, 1° ed., Padova, 2007, *passim* e spec. pp. 124 e 356. In relazione alla responsabilità delle strutture sanitarie per deficienze organizzative si segnalano, fra i tanti, GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria»*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 952 ss.; FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 515 ss.; *Id.*, *Ancora sulla responsabilità degli enti sanitari per carenze strutturali ed organizzative: la definizione dello standard di efficienza esigibile dall'ospedale*, in *La resp. civ.*, 2007, p. 521 ss.; BREDA, *La responsabilità autonoma*

Unite della Cassazione, «che il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura fosse l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso la stessa» ⁽¹¹⁶⁾.

In questo quadro, per venire incontro alle istanze di tutela dei pazienti, la giurisprudenza ha proceduto ad un allargamento della responsabilità dell'operatore sanitario, anche attraverso la figura del contatto sociale, per ampliare di conseguenza la responsabilità della struttura ⁽¹¹⁷⁾.

Senonché, tale quadro è mutato nel momento in cui si è preso atto che la moderna medicina pone al centro non tanto l'atto medico ma l'attività sanitaria, che non è la somma degli atti dei vari medici ma si caratterizza per quel «complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.» ⁽¹¹⁸⁾.

Ciò ha comportato «l'apertura del sistema ad una concezione della responsabilità della struttura come autonoma rispetto al fatto illecito del medico e strutturalmente correlata all'inadempimento di obblighi (di varia natura) che ad essa fanno capo» ⁽¹¹⁹⁾.

Il nuovo inquadramento riprende studi non solo giuridici ma anche aziendalistici, i quali evidenziano il passaggio dalla concezione dell'attività della struttura quale somma di atti medici a quella intesa in termini di fare organizzato che va al di là dell'operato dei medici dipendenti dall'ente ⁽¹²⁰⁾.

delle strutture sanitarie, in *Nuova giur. civ.*, 2007, II, p. 103 ss.; CUCCIA, *La responsabilità dell'Azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, II, Padova, 2014, p. 1121 ss.

Più in generale, in relazione al rapporto tra contratto e attività sanitaria, si legga la riflessione di GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 711 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.*, 2008, 5, p. 397.

⁽¹¹⁷⁾ Tale evoluzione è ricostruita da DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, Padova, 2014, p. 127 ss.

Di notevole interesse l'analisi delle regole operazionali elaborate dalla giurisprudenza in ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2011, disponibile sul sito web della Corte di Cassazione.

⁽¹¹⁸⁾ ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 315 ss.

⁽¹¹⁹⁾ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, cit., p. 150. Nella stessa prospettiva si veda CATERINI, *Atto aziendale e responsabilità sanitaria*, cit., p. 76 ss.

⁽¹²⁰⁾ Per gli studi aziendalistici si veda tra gli altri AA.VV., *La gestione del rischio nelle organizzazioni sanitarie*, a cura di Cinotti, Roma, 2004, p. 15 ss.; REASON, *Human Error: models and management*, in *BMJ* 320, 2000, p. 768-770.

Pertanto, si prende atto che la struttura si impegna ad erogare un servizio complesso, che va oltre la prestazione del medico e comprende tutte quelle prestazioni organizzative e strumentali alla cura del paziente, con la conseguenza che l'ente risponde tanto per fatto proprio ai sensi dell'art. 1218 c.c. che per fatto degli ausiliari di cui si avvale per l'esecuzione della prestazione, ai sensi dell'art. 1228 c.c.

Senonché, alla interpretazione in chiave evolutiva della posizione della struttura sanitaria è corrisposto un analogo ampliamento della responsabilità dell'operatore sanitario, chiamato a rispondere per fatti non ascrivibili ad un proprio comportamento colposo. In altre parole, se in un primo momento responsabilità della struttura e dell'operatore sono state accomunate dalla figura del contratto d'opera intellettuale idonea a fondare una responsabilità solidale dei due soggetti in base al medesimo fatto illecito – quello dell'operatore sanitario –, quando si è passati a inquadrare il rapporto intercorso tra paziente e struttura in termini di contratto di ospedalità o di assistenza sanitaria, si è al contempo – e del tutto irragionevolmente – ampliata la responsabilità dell'operatore dipendente dall'ente ⁽¹²¹⁾, richiedendo un obbligo di assistenza sanitaria non solo in capo alla struttura ma anche al medico ⁽¹²²⁾.

Il «diritto speciale del professionista intellettuale medico» ⁽¹²³⁾ è stato creato alla luce del passaggio, già richiamato, dalla responsabilità extracontrattuale a quella da contatto sociale, del superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, della “vaporizzazione” del nesso di causalità e, infine, della creazione della figura della perdita di chance ⁽¹²⁴⁾.

Ciò ha comportato la costruzione in capo al medico di una “garanzia” nei confronti della salute del paziente, comprensiva ad esempio dell'impegno a informare il paziente della possibilità di recarsi in una differente

Per quelli giuridici è obbligato il riferimento a DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?* in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, *Le Responsabilità in medicina*, Milano 2011, p. 133 ss.

Per i riferimenti legislativi e giurisprudenziali dai quali può desumersi la concezione autonoma del “fare organizzato” della struttura rispetto al “fare professionale” del medico si veda DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario, Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, cit., p. 136 ss.

⁽¹²¹⁾ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario, Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, cit., pp. 141 e 142.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, pp. 138 e 139.

⁽¹²³⁾ PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 357.

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*, pp. 357 e 358. Sul cumulo delle responsabilità si veda FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, 2013, Padova, p. 179 ss.

struttura sanitaria, dotata di strumenti differenti e più evoluti ⁽¹²⁵⁾, tanto da giustificare la “denuncia” di «una sorta di miopia diffusa, soprattutto a livello giurisprudenziale, che come ogni forma di miopia consente di vedere bene da vicino ma impedisce di vedere bene in lontananza. Non v'è dubbio infatti che con riguardo alla situazione individuale delle singole vittime una giurisprudenza arcigna nei confronti del professionista è ben accetta ma in una ottica diffusa e più generale ci si avvede che questa stessa giurisprudenza fomenta i rischi or ora denunziati di scivolamento verso la medicina difensiva» ⁽¹²⁶⁾.

Le regole operazionali elaborate dalla giurisprudenza hanno comportato le note pratiche di medicina difensiva, che il medico adotta (anche) per difendersi dal rischio dell'esposizione giudiziaria, con le connesse ricadute (si pensi a quelle mediatiche) in termini di credito professionale, e dalla eventualità di subire sanzioni civili o penali ⁽¹²⁷⁾. Il fenomeno, dilatante nell'ultimo ventennio, può essere paragonato a quello verificatosi

⁽¹²⁵⁾ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario, Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, cit., p. 142. Si veda anche QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., pp. 33 e 34.

⁽¹²⁶⁾ MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 501 ss.

⁽¹²⁷⁾ La medicina difensiva è fenomeno non solo nazionale: i ricercatori del *European Center of Tort and Insurance Law* di Vienna ad esito di una approfondita ricerca svolta in ambito europeo (*Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, a cura di Koch, De Gruyter, Berlino-Boston, 2011) si sono soffermati sulle dimensioni del fenomeno, presente in tutti gli Stati europei.

Sul fenomeno si rinvia a IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 137 ss.; BUCCELLI, *La "koine" medico-legale tra medicina e diritto: cinque pericoli per reciproche incomprensioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 264 ss.; AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di Forti, Catino, D'Alessandro, Mazzucato e Varraso, Pisa, 2010; BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1125 ss.; GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 22 ss.

Il concetto di medicina difensiva viene ad assumere una accezione per lo più negativa in quanto l'alterazione del modello decisionale riguardante la diagnosi e il trattamento del paziente comporta che: – gli accertamenti e gli interventi prescritti dal medico per escludere ogni rischio, anche lontanamente connesso al disturbo segnalato dal paziente, da un lato sono ritenuti in molti casi non necessari se non nella prospettiva di evitare strascichi giudiziari, dall'altro costituiscono un potenziale danno per la salute del paziente; – essi vengono a pesare sulla macchina sanitaria, sottraendo risorse alla medicina “ordinaria” e intasando le liste di attesa per gli accertamenti sanitari; – risulta una vera e propria fuga di personale sanitario dai settori ove l'attività medica presenta maggiori ripercussioni giudiziarie (come chirurgia, ginecologia, ostetricia, ortopedia).

negli Stati Uniti a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso⁽¹²⁸⁾.

11. – A fronte del processo di autonomizzazione della posizione giuridica della struttura rispetto a quella del medico operante nell'ambito della prima, ben si giustifica allora un differente regime normativo per la prima e per il secondo: la struttura risponde dell'inadeguatezza organizzativa rispetto alla prestazione complessa cui è tenuta; il secondo è un tassello di un'attività complessa⁽¹²⁹⁾. La riforma persegue infatti l'obiettivo di contrastare il fenomeno della medicina difensiva rendendo sostenibili i costi sociali della responsabilità sanitaria⁽¹³⁰⁾.

Di tale evoluzione si trova precisa traccia nei lavori preparatori, infatti nella relazione di presentazione del progetto di riforma ad opera della Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, si precisa che:

«il modello italiano, nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dai modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell'Unione europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono in modo netto inoltre le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica, perché si tiene conto del fatto che la struttura sanitaria offre un servizio articolato, comprensivo di ospitalità, di servizi, della fornitura di farmaci e di strumenti medici, di terapie principali e collaterali, ed è, pubblica o privata che sia, convenzionata o meno, una impresa, come intesa nel linguaggio e nella normativa europea, mentre l'esercente la professione sanitaria svolge una attività intellettuale»⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁹⁾ Valorizza l'atto aziendale quale strumento per programmare l'attività cui è tenuta la struttura, CATERINI, *Rapporto di assistenza, "contenuto minimo" e tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, p. 356 ss.

⁽¹³⁰⁾ Per i costi che si ricollegano alla garanzia del diritto alla salute si rinvia a BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *questa rivista*, 2018, p. 127 ss.; più in generale, sul rapporto tra sostenibilità e ordinamento civile si veda CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, cit., *passim*.

⁽¹³¹⁾ Come si è anticipato, la riforma costituisce in gran parte la trasposizione del testo elaborato dalla Commissione consultiva presieduta da Guido Alpa, insediata con decreto del

Come si è anticipato, la forma giuridica dell'obbligazione senza prestazione non rispetta la sostanza del fenomeno e di ciò ha preso atto il legislatore della riforma.

Va infine chiarito che la novella riguarda tanto il dovere di curare quanto quello di informare l'assistito ⁽¹³²⁾, la cui violazione risulta sanzionabile alla luce dell'art. 2043 c.c. Ciò si desume non solo dalle ragioni giustificative della novella, che verrebbero tradite se si escludesse l'area del consenso informato al trattamento sanitario ma anche dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219, relativa al consenso informato e alle disposizioni anticipate di trattamento, che recepisce la surriferita differenziazione tra posizione della struttura e del professionista stabilendo che ciascuna struttura «garantisce con proprie modalità organizzative l'attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale» (art. 1 comma 9) ⁽¹³³⁾.

26 marzo 2015 dal Ministro Lorenzin.

Nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione Alpa la rubrica della disposizione era rubricata diversamente: «*Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria*».

Pur facendosi riferimento all'"inadempimento della prestazione sanitaria" al comma 3 della disposizione si stabiliva che «L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile». Evidentemente nel corso dei lavori preparatori si è voluto eliminare ogni riferimento all'inadempimento di un'obbligazione per evitare una riemersione della figura del contatto sociale.

La formulazione era però chiara nell'evidenziare che, a prescindere, dall'esistenza di un obbligo di prestazione a carico del medico (che, a ben vedere, può derivare anche dal contratto concluso tra medico e struttura sanitaria), la disciplina applicabile è quella della responsabilità extracontrattuale.

⁽¹³²⁾ Sulla rilevanza del consenso informato nel rapporto medico assistito si rinvia, tra i molti altri, a GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, a cura di Lenti, Palermo Fabris e Zatti, in *Tratt. biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2010, p. 190 ss.; FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *La resp. civ.*, 2012, p. 89; FACCIOLO, *Il medico che commette un errore ha l'obbligo di comunicarlo al paziente? Fra nemo tenetur se detegere e doveri d'informazione ex fide bona: spunti di riflessione dall'ordinamento tedesco*, in *questa rivista*, 2017, p. 956 ss. Con particolare riferimento alla l. 22 dicembre 2017, n. 219 si segnalano i contributi pubblicati su *Nuove leggi civ.*, 1, 2019.

⁽¹³³⁾ Per la stessa interpretazione si veda SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ.*, 1, 2019, p. 125 ss. spec. p. 127 ss. Si noti, però, che per l'Autore l'applicazione della disciplina aquiliana non influisce sul riparto dell'onere probatorio dal momento che, valorizzando «la rilevanza sistematica del principio della vicinanza e della prova dei fatti negativi» (p.129), dovrebbe essere il medico e non il paziente a provare di aver fornito le informazioni necessarie e acquisito il consenso richiesto. Non sembra condivisibile tale interpretazione (non perché il principio di vicinanza della prova non possa spostare i carichi probatori in materia aquiliana bensì) alla luce dell'obiettivo della riforma Gelli-Bianco, di canalizzare le azioni civili nei confronti della struttura sanitaria, disincentivando l'azione nei confronti dell'esercente una professione

12. – Da ultimo, è necessario soffermarsi sugli effetti della riforma sulle figure di contatto sociale che continuano a trovare applicazione giurisprudenziale: occorre infatti chiedersi se anche queste ultime vengano superate dalla novella.

Non sembra potersi optare per una soluzione di questo genere: la riforma trova giustificazione in precise motivazioni di politica legislativa che, come si è visto, attengono all'evoluzione del processo di cure, frutto sempre più di un'organizzazione piuttosto che dell'opera del singolo, e al contrasto della medicina difensiva.

Si assiste ad un «rigetto locale del contatto sociale qualificato» ⁽¹³⁴⁾ a fronte del quale se l'interprete continuasse ad utilizzarlo in materia di responsabilità sanitaria farebbe ricorso ad una finzione giuridica «non solo inutile, ma *contra legem*» ⁽¹³⁵⁾.

Si è però anche osservato che la figura del contatto sociale suscita numerose riserve quando si tenta di individuare il fondamento dell'obbligazione senza prestazione, variamente rintracciato in dottrina nell'affidamento oggettivo alla luce dello status rivestito dal danneggiante ⁽¹³⁶⁾, nell'intenzionale relazione ⁽¹³⁷⁾, nell'ingerenza non richiesta nell'altrui sfera giuridica ⁽¹³⁸⁾, nell'affidamento soggettivo ⁽¹³⁹⁾. La difficoltà di individuare un confine certo per la figura pone in evidenza il rischio di abusi da parte dell'interprete ⁽¹⁴⁰⁾ e, al contempo, di una polverizzazione della responsabilità extracontrattuale. Tutto ciò potrebbe far riflettere sull'effettiva presenza dei presupposti del procedimento analogico che la dottrina propone per giustificare l'applicazione della medesima disciplina prevista

sanitaria operante nell'ambito dell'ente. Vale chiaramente il contrario laddove il medico abbia concluso un contratto con il paziente dal momento che in tal caso è il *dominus* dell'organizzazione.

⁽¹³⁴⁾ PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 265.

⁽¹³⁵⁾ ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco – Gelli*, cit., p. 733. Sulle finzioni giuridiche si rinvia a GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, 2007.

⁽¹³⁶⁾ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 551.

⁽¹³⁷⁾ PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, cit., pp. 127 e 130.

⁽¹³⁸⁾ VENOSTA, *op. cit.*, p. 130 ss.

⁽¹³⁹⁾ GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, cit., p. 92 e ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Al rischio del «libero arbitrio» dell'interprete fa in particolare riferimento l'analisi di Zaccaria per il quale la teoria del contatto sociale, che risente dell'ambiente culturale nazionalsocialista in cui è maturata, sarebbe perciò da rigettare (ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., p. 354 ss. e *passim*).

per la *culpa in contrahendo* o per l'inadempimento dell'obbligazione a casi ritenuti simili ⁽¹⁴¹⁾.

Non sarebbe rintracciabile il presupposto dell'analogia, costituito dalla mancanza di «una norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato decidere» ⁽¹⁴²⁾, qualora si riconoscesse che la responsabilità extracontrattuale non è soltanto la responsabilità del passante ma può riguardare fatti dannosi verificatisi all'interno di una precedente relazione tra danneggiante (o responsabile) e danneggiato ⁽¹⁴³⁾. A favore della dimensione relazione della responsabilità extracontrattuale si pone anche la tradizione di diritto romano, come chiarito da un'accurata ricostruzione storica per la quale l'illecito aquiliano ha rappresentato il rimedio a fronte «della lesione dell'affidamento qualificato meramente relazionale» ⁽¹⁴⁴⁾.

Il rischio dell'arbitrio dell'interprete nella selezione tra contatti fonti di obbligazioni e contatti fonti di danno extracontrattuale è molto alto come si è visto in relazione alla responsabilità del medico e dell'insegnante operanti nell'ambito di un ente: almeno in questi casi la forma dell'obbli-

⁽¹⁴¹⁾ A favore dell'interpretazione analogica dell'art. 1337 c.c. si veda CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 146 ss.

⁽¹⁴²⁾ CAIANI, voce *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 349; sull'analogia è d'obbligo rinviare a BOBBIO, voce *Analogia*, in *Novissimo Dig. Italiano*, Torino, 1947, Vol. 1, p. 601 ss.

⁽¹⁴³⁾ Sulla dimensione relazionale della responsabilità aquiliana si veda ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, cit., p. 143 ss., ove si fa sì riferimento a un «contatto sociale» creato non tanto dall'evento dannoso, quanto piuttosto da una relazione pregressa tra le parti, che porta a responsabilità aquiliana solo perché fondata su un rapporto di fatto, e non su un rapporto contrattuale» (*ibidem*, p. 143); e, con particolare riferimento alla diffusione di informazioni economiche (p. 222), a proposito dei rapporti non negoziali, per l'Autore «si apre allora un'area nella quale trova applicazione sicura l'art. 2043 c.c.»; sulla compatibilità tra contatti sociali e responsabilità aquiliana si vedano inoltre CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, *passim* e spec. p. 156; BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 ss., ivi a p. 340 ss.; MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., p. 180 ss.;

⁽¹⁴⁴⁾ FERCIA, *op. cit.*, p. 84. L'Autore, a seguito di un'accurata analisi delle fonti romane e riprendendo la ricerca della Cursi (CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, *passim* nonché ID., *Dall'actio de dolo' al danno meramente patrimoniale*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di Fiori, Napoli, 2008, p. 77 ss.), conclude che «la clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., per la vicenda storica che ne sottende la formulazione, finisce per divenire il contenitore attuale di una storia millenaria che ha sempre visto affiancata, sul terreno della responsabilità extracontrattuale, all'*actio ex lege Aquilia l'actio de dolo'*» (*ibidem*, p. 23) quest'ultima utilizzata «proprio in contesti normalmente ricondotti all'obbligazione senza prestazione, come le informazioni inesatte rese per leggerezza o trascuratezza» (*ibidem*, p. 23).

gazione di protezione non corrisponde alla sostanza delle cose. Tale rischio dovrebbe essere tanto più avvertito in un ordinamento improntato alla garanzia dei singoli come dimostra il principio di cui all'art. 23 Cost., che «pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario»⁽¹⁴⁵⁾. La disposizione costituzionale, probabilmente pensata per i rapporti tra privato e amministrazione⁽¹⁴⁶⁾, manifesta la sua vis expansiva in relazione ai rapporti tra privati, se solo si tiene conto che anche in questi casi ricorre la ratio garantista che ha ispirato i costituenti⁽¹⁴⁷⁾. Con ciò non si vuole

⁽¹⁴⁵⁾ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 sulla quale si vedano i contributi di Alpa, Franzoni, Ponzanelli e Benatti in *Il dibattito intorno ai danni punitivi*, in *questa rivista*, 2017, p. 1084 ss. nonché SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *questa rivista*, 2018, p. 289 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Per la ricostruzione storica della disposizione si veda FEDELE, *Rapporti civili – Art. 23 Cost.*, in *Comm. della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, in *Foro it.*, 1978, c. 47 ove si dà atto che la nozione di “prestazione patrimoniale” è stata elaborata con riferimento alle prestazioni tributarie alla luce della loro particolare incidenza economica. Dal tenore dell'art. 30 dello Statuto Albertino secondo cui «nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re» l'Autore desume che l'art. 23 Cost. esige «l'applicazione della riserva di legge a tutte quelle prestazioni a favore dello Stato e degli altri enti pubblici che per essere assunte ad oggetto di rapporti obbligatori (o comunque di situazioni giuridiche soggettive a carattere doveroso) nascenti direttamente dalla legge e non da fonte negoziale, non possono in alcun modo ricondursi alla volontà del privato».

⁽¹⁴⁷⁾ Già da tempo si opta per una interpretazione estensiva della disposizione. Si pensi all'applicazione dell'art. 23 Cost. in relazione alle tariffe imposte anche quando il privato abbia acconsentito alla conclusione del contratto da parte della nota Corte Cost. 9 aprile 1969, n. 72, in *Giur. cost.*, 1969, p. 490, per la quale: «si deve affermare che il carattere impositivo della prestazione non è escluso per il solo fatto che la richiesta del servizio dipenda dalla volontà del privato». Si vedano in particolare: (per il collegamento tra l'art. 23 e l'art. 13 Cost.) PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 291; LUCIANI, *Le prestazioni imposte al giudizio della Consulta*, in *Corr. trib.*, 1988, p. 3139 ss.; ANTONINI, *Art. 23, in Commentario alla costituzione, Artt. 1-54*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, p. 484 ss.; (per una interpretazione dell'art. 1173 c.c. alla luce dell'art. 23 Cost.) GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 2012, pp. 933 e 934.

Per una lettura estensiva della disposizione si veda CATERINI, *Sostenibilità e diritto civile*, cit., p. 116, che sottolinea come l'art. 23 Cost. «sia posto a presidio anche delle limitazioni della libertà personale e patrimoniale riguardanti l'agire di colui che ha compiuto il fatto potenzialmente illecito; dunque, il tema della riserva di legge e di legalità non attiene soltanto agli effetti dell'atto, una volta che è stato qualificato come illecito, ma alla stessa qualificazione del fatto come illecito».

L'applicazione della disposizione ai rapporti tra privati può dirsi accolta alla luce della pronuncia a Sezioni Unite sui danni punitivi (Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601) sulla quale si rinvia alla precedente nota 146.

negare che altri principi, come quello di solidarietà sociale, possano innestarsi sull'art. 1173 c.c. per imporre una obbligazione ma a tal fine non sembra sufficiente il criterio del contatto sociale, sia pure qualificato dallo status del danneggiante ⁽¹⁴⁸⁾.

D'altra parte, le esigenze sottese all'utilizzo giurisprudenziale dei contatti sociali, coincidenti con la volontà di tutelare più efficacemente i danneggiati, potrebbero trovare adeguata soluzione anche in sede aquiliana.

Infatti, se in materia di riparto dell'onere probatorio le distinzioni tra i due poli tradizionali della responsabilità risultano attenuate dal criterio della *vicinitas* della prova ⁽¹⁴⁹⁾, in materia di prescrizione è vero che il termine è breve ma la disciplina aquiliana risulta più flessibile se solo si tiene conto dello spostamento del *dies a quo* dal momento in cui il fatto si è verificato a quello in cui il danno è stato o avrebbe potuto essere percepito ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Sull'influenza della Carta Costituzionale in sede di interpretazione si veda PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, p. 347 ss., Napoli, 2012.

⁽¹⁴⁹⁾ In tal senso si veda CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, cit., *passim.*; per un avvicinamento tra le due responsabilità in relazione al riparto dell'onere probatorio MAGGIOLO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2006, p. 165 ss. in particolare pp. 176 e 177; ID., MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., spec. p. 124. Considera “un punto di non ritorno” l'uniformità nella disciplina applicabile agli illeciti a prescindere dalla loro fonte GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, cit., p. 26. Vedi anche FRANZONI, *I professionisti e i criteri di accertamento della responsabilità*, in *questa rivista*, 2015, p. 587 ss. Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale si veda D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Del Contratto Roppo*, vol. V-2, Milano, 2006, p. 1115 ss., il quale, in riferimento alle regole sulla distribuzione dell'onere della prova e all'estensione del danno risarcibile, sostiene che «la “divergenza” sulla individuazione della “natura” della responsabilità precontrattuale non sembra avere incidenza decisiva nella soluzione dei problemi di trattamento di tale fattispecie di responsabilità».

⁽¹⁵⁰⁾ L'orientamento maturato con riferimento ai danni alla salute lungolatenti e consolidatosi con Cass., sez. un., n. 581 del 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 827 ss. con nota di Greco, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione del danno da emotrasfusioni infette* tende infatti ad influenzare anche altre aree di responsabilità. Si veda, ad esempio, Cass., n. 2305 del 2007 in *Corriere giur.*, 2007, p. 641 ss. in tema d'illecito anticoncorrenziale e Cass., 27 luglio 2007, n. 16658, in *Foro it.*, 2007, Professioni intellettuali, n. 168 in tema di responsabilità professionale. Rispetto a questo indirizzo si vedano in particolare VITUCCI-ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XX, Torino, 1984, 397; in senso critico MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, III, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, 1998, p. 373 ss.; in ottica comunitaria BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della “ragionevolezza”*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1709 ss.; LONGOBUCCO, *La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell'istituto*, in *Contratti*, 2012, p. 947.

Infine, va dato conto di un processo di assottigliamento delle differenze di disciplina, quanto meno in taluni settori ⁽¹⁵¹⁾, tra responsabilità da inadempimento ed extracontrattuale ⁽¹⁵²⁾, confermato dalle opinioni a favore della (e dagli interventi normativi francese e tedesco di) unificazione del termine prescrizione del diritto al risarcimento del danno ⁽¹⁵³⁾, e stimolato dal diritto di fonte comunitaria ove si detta una dettagliata

⁽¹⁵¹⁾ Nel senso che in taluni ambiti – danno alla persona, danno da prodotti difettosi, danno ambientale – la disciplina taglia trasversalmente la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale GIARDINA, *Responsabilità aquiliana e da inadempimento: un tema che non ha solo il fascino della tradizione*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 538 ss. Per una analisi di diritto comparato all'esito della quale si individuano modelli di responsabilità comuni all'inadempimento dell'obbligazione e all'illecito aquiliano PROCIDA MIRABELLI DI LAURO E FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit., *passim*, spec. 16 e 599.

⁽¹⁵²⁾ Si vedano in materia i contributi di SBIBÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi*, in *Resp. Civ. prev.*, p. 723 ss.; BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, 1977, p. 748 ss. Una ampia e documentata trattazione del tema è contenuta in VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 235 ss.; per una prospettiva anche di diritto comparato ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, p. 30 ss.

Ravvisa una comune base storica e dogmatica tra le due responsabilità FERCIA, *op. cit.*, p. 12 (nt. 27).

⁽¹⁵³⁾ La prescrizione breve in materia aquiliana è giustificata, secondo la Relazione al Re, dal fatto che “nella molteplicità dei casi la prova del fatto illecito si fonda sulla deposizione dei testimoni: col decorso del tempo il ricordo delle circostanze su cui questi sono chiamati a deporre svanisce o si attenua e si accrescono così i pericoli inerenti a siffatto mezzo di prova”.

Dunque, la distinzione tra i due termini è dovuta al carattere “strutturato” della responsabilità contrattuale e “liquido” di quella extracontrattuale: nel primo caso, il riferimento alla prova della fonte del diritto (contratto o altro atto o fatto costitutivo) e, dall'altro lato, all'inadempimento o alla causa non imputabile dell'impossibilità della prestazione delimita il tema della prova; invece, in caso di fatto illecito, l'assenza di una previa relazione tra danneggiato e danneggiante rende meno determinata la prova (Sul punto, si vedano BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle “rationes” dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2015, pp. 345 e 346; ROSELLI e VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, cit., 451 ss.).

In realtà, la considerazione della complessità delle relazioni contrattuali potrebbe consigliare un superamento delle ragioni storiche alla base della distinzione e suggerire per tal via un ripensamento della disciplina della prescrizione. Si veda GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, p. 159.

È interessante osservare che nell'ordinamento tedesco, con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, è stata unificata la disciplina dei termini di prescrizione a prescindere dall'esistenza di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale (si veda CANARIS, *Il “contatto” sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., 4). Inoltre, nell'ordinamento francese con la riforma del 2008 (*Loi n. 2008-561 du 17 juin 2008* che ha modificato l'art. 2224 del *code civil*) è stato fissato in 5 anni il termine di prescrizione per tutte le azioni civili senza alcuna distinzione tra quelle dirette a far valere la responsabilità contrattuale o extracontrattuale (cfr. da DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *questa rivista*, 2018, p. 81 ss.)

disciplina in punto di misura del danno risarcibile, cause di esonero della responsabilità e termini di prescrizione e decadenza prescindendo dalla fonte negoziale o meno del danno ⁽¹⁵⁴⁾.

Lo sforzo da fare dovrebbe essere allora non tanto quello di trasferire in ambito contrattuale fattispecie disciplinate nell'alveo degli illeciti aquiliani piuttosto di ragionare sulle singole ipotesi per verificare le esigenze prospettate sul piano della disciplina (criterio di imputazione, riparto dell'onere probatorio, prescrizione e così via) ⁽¹⁵⁵⁾.

Per tali ragioni, a decenni di "contrattualizzazione" della «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito» ⁽¹⁵⁶⁾ potrebbero seguirne altri in cui si mettono a frutto le potenzialità dei vari modelli di responsabilità, per vagliare, nei singoli casi, la regola da applicare, tenendo conto non solo dell'affidamento suscitato da un soggetto nei confronti di un altro ma anche della posizione di tutti i soggetti coinvolti, del contesto entro il quale si trovano ad operare, dell'attività svolta, della rilevanza degli interessi lesi.

⁽¹⁵⁴⁾ LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 199. Si pensi in tal senso non solo alla disciplina dei danni da prodotto difettoso (sulla quale si vedano, nell'ampia letteratura, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 415 ss.; il volume a cura di ALPA, Bin e Cendon, *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XIII, Padova, 1989; ALPA e BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999) ma anche a quella dell'illecito anticoncorrenziale (sulla quale si rinvia ai vari contributi su *Le Nuove Leggi civ. comm.*, 2018, p. 1 ss.), entrambe caratterizzate da uno specifico regime degli elementi costitutivi dell'illecito e, tra l'altro, da una disciplina della prescrizione che fa decorrere il *dies a quo* dal momento in cui il danneggiato avrebbe potuto avere conoscenza dell'illecito (art. 125 cod. cons. e art. 8 d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3).

⁽¹⁵⁵⁾ Sembra questo l'invito di BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 207, nt. 116. In tale direzione sembra porsi DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, cit., p. 81 ss. che analizza la disciplina normativa e giurisprudenziale della responsabilità precontrattuale in Francia (dove è intervenuta l'*ordonnance* n. 2016-131) e in Italia: per l'Autrice la scelta del regime applicabile deriva non tanto dalla natura attribuita in astratto alla responsabilità ma dalle particolarità dei singoli casi.

⁽¹⁵⁶⁾ Il riferimento è all'espressione di GILMORE, *The death of contract*, Columbus (Ohio), 1974, 88 con traduzione italiana di ALPA, *Il contratto tra passato e avvenire nella collana Giuristi stranieri di oggi*, n. 5 (GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1988). Si veda BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *questa rivista*, 1991, p. 561 ss.

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista bimestrale di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE SANITARIA

di Domenico Pittella



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

60 L'IMPATTO DELL'EMERGENZA SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE SANITARIA (*)

di **Domenico Pittella**

Il contributo si interroga sulla tenuta della disciplina in materia di responsabilità civile sanitaria a fronte della situazione emergenziale. In particolare, si valuta la necessità di un intervento legislativo volto ad attenuare la responsabilità del personale sanitario impegnato nel contrasto all'epidemia. Inoltre, si esaminano gli eventuali profili di responsabilità degli altri soggetti coinvolti, comprese le Pubbliche Amministrazioni (Stato e Regioni, nelle rispettive sfere di competenza), tenute all'adozione di misure precauzionali finalizzate a fronteggiare la situazione emergenziale.

The essay questions how stable the medical malpractice law in respect of the emergency situation is. In particular, it assesses the need for legislative action to mitigate the liability of the healthcare personnel involved in combating the epidemic. Furthermore, it examines the prospective liability of other subjects bound to adopt precautionary measures in order to tackle the emergency, such as public administrations (i.e., State and Regions, according to their respective competencies).

Sommario 1. Il Covid-19 e le stagioni della responsabilità sanitaria. — 2. (Segue). Responsabilità delle strutture e degli operatori. — 3. (Segue). Le pronunce di «San Martino» del 2019. — 4. La responsabilità del personale sanitario. — 5. (Segue). Il richiamo all'art. 2236 c.c. — 6. La responsabilità delle strutture sanitarie. Profili di responsabilità a carico della Pubblica Amministrazione per mancata adozione di misure precauzionali. — 7. Considerazioni conclusive.

1. IL COVID-19 E LE STAGIONI DELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

L'emergenza epidemiologica Covid-19 ha sollevato un intenso dibattito sulle eventuali responsabilità delle strutture e degli operatori sanitari per i danni subiti dai pazienti e dai loro familiari ⁽¹⁾.

Più in generale, tenendo conto della complessità della materia della responsabilità civile sanitaria, sembra possibile individuare i seguenti profili di interesse:

(*) Contributo approvato dai Referee.

(1) Per il relativo dibattito si vedano: BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 5 ss.; M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *rivistaresponsabilitamedica.it*; CEREÀ, *Strategie per il contrasto a COVID-19 tra farmaci off label e sperimentazione clinica*, *ibidem*; COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, in *Danno resp.*, 2020; DEL PRATO, *Il post Covid-19 e la responsabilità dei medici*, in *formiche.net*; DE LUCA, *Covid-19, rischio sanitario e assicurazioni. Prime riflessioni*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia - società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, e-book, 2020, 1785 ss.; FACCI, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, in *giustiziacivile.com*; FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, in *Resp. medica*, 2020, 159; FINESCHI-FRATI-MANCARELLA-VIZZINO-LA RUSSA, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza Covid. È già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017*, in questa

- le eventuali responsabilità civili delle strutture e degli operatori, con particolare riferimento alla tenuta della quasi neonata legge 8 marzo 2017, n. 24, c.d. Gelli-Bianco, rispetto ad un fenomeno senza precedenti;

- l'opportunità di un intervento legislativo volto ad escludere o ad attenuare le responsabilità alla luce dell'eccezionalità del contesto nel quale il trattamento sanitario è destinato ad essere eseguito;

- le potenzialità dell'art. 2236 c.c. per escludere la responsabilità del professionista sanitario;

- l'opportunità (oltre che la realizzabilità) di un « piano » indennitario di fonte legislativa parallelo agli (o sostitutivo degli) obblighi risarcitori da illecito;

- l'individuazione della casistica che potrà seguire all'epidemia, anche con riferimento ai danni « collaterali », che non investono direttamente i contagiati e i loro familiari ma i terzi che, a causa della riorganizzazione del sistema sanitario, non riescono ad ottenere le cure ordinariamente erogate;

- i profili di responsabilità della Pubblica Amministrazione per mancata adozione delle misure precauzionali idonee a fronteggiare l'epidemia.

Per verificare l'effettivo impatto della pandemia, occorre valutare se la lunga elaborazione che ha interessato la materia della responsabilità sanitaria abbia partorito degli « anticorpi » che consentano di rispondere all'emergenza contemperando i vari interessi in gioco e, segnatamente, la riparazione e compensazione dei danneggiati, l'incentivazione delle attività di cura, la tenuta del sistema sanitario.

Come è noto, la storia della responsabilità sanitaria è quella della « mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria »⁽²⁾.

In una prima fase, il rapporto tra medico e paziente si presenta squilibrato a vantaggio

Rivista, 2020, 1714 ss.; GENTILI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia, comunicazione sottoposta al Governo nel quadro della legislazione d'emergenza necessaria a fronteggiare le gravi ricadute economiche dell'epidemia in corso*, Associazione Civiltà Italiani, 13 maggio 2020, in https://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Una_riflessione_ed_una_proposta_per_la_migliore_tutela_dei_soggetti_pregiudicati_dagli_effetti_della_pandemia.pdf; GIOVA, *La responsabilità della struttura sanitaria nella pandemia da Covid-19*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 1729 ss.; HAZAN-ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)*, in *Ridare.it*; IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla - I e II parte*, in questa *Rivista*, 2020, 6 ss. e 62 ss.; MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in giustiziavivile.com; PARTENZA, *Il cencio nero*, in rivistaresponsabilitamedica.it, 2020; PITTELLA, *La responsabilità civile sanitaria ai tempi dell'emergenza*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 1755 ss.; PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in giustiziavivile.com; RUFFOLO, *Le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in *Giur. it.*, 2021, 483 ss.; SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in questione-giustizia.it, 2020; TESCARO, *L'art. 2236 c.c. e l'auspicabile contenimento della responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Studium iuris*, 2021, 32 ss.; intervista a TRAVAGLINO, *Responsabilità medica e Covid 19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia?*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1067-responsabilita-medica-e-covid-19?hitcount=0>, 2020; VARANESE, *L'impatto del coronavirus sulla responsabilità civile dei professionisti sanitari*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 1739 ss.; si veda anche il documento dell'Associazione Civiltà Italiani dal titolo *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in www.juscivile.it, 2020.

⁽²⁾ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, con nota di PUCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in questa *Rivista*, 2018, 64. Si tratta della storica pronuncia a cui si deve il criterio del più probabile che non per l'accertamento del nesso di causalità nel diritto civile.

del primo sia sul versante delle informazioni, di cui solo questi è in possesso, sia su quello dell'impostazione concettuale di riferimento: se il medico decide «secondo scienza e coscienza» si ha una impossibilità logica prima ancora che giuridica di individuare un errore nell'attività svolta.

Di tale impostazione risente il quadro giuridico di riferimento che ruota attorno alla obbligazione di mezzi del professionista sanitario, con conseguente onere della prova della colpa in capo al paziente ⁽³⁾.

Lo stesso legislatore del 1942 manifesta un sicuro favore per i professionisti intellettuali come si desume dall'art. 2236 c.c. che, nell'intenzione dei *conditores*, è funzionale a «non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso» (Relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917).

Infine, in tale prima fase la scarsa incidenza sul contenzioso della *malpractice* sanitaria si spiega anche alla luce della concezione della malattia e della morte, considerate quali ineluttabili parti dell'esistenza, di cui non può che prendersi atto ⁽⁴⁾.

Nella seconda stagione della responsabilità sanitaria, che recentemente è stata fatta risalire al 1978 ⁽⁵⁾ e terminare con la legge 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», intervengono due importanti cambiamenti: viene superata l'area di rispetto per i medici; si fa strada una autonoma responsabilità delle strutture sanitarie.

In questa fase le linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali standardizzano l'attività del medico rendendo fruibile un parametro di valutazione, grazie al quale affermare la responsabilità in base ad una valutazione oggettiva di colpa condotta mediante la consulenza tecnica di ufficio.

Nella società dell'informazione, si schiudono ai pazienti, ormai scolarizzati, le porte della conoscenza medica. Ancora, il rapporto tra medico e assistito viene man mano improntato alla consensualità e il progetto di cura ricondotto ad una «intesa tra due protago-

⁽³⁾ Sulla categoria delle obbligazioni di mezzi si vedano in particolare CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 485 ss.; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173-1320, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 463 ss.; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, 186 ss., 280 ss., 305 ss., 365 ss., 383 ss.; PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 83 ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 190 ss.

Per la dottrina francese si veda, anche per indicazioni bibliografiche, FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Poitiers, 2003, 242 ss.

⁽⁴⁾ Per l'evoluzione del contenzioso in materia si veda ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2011, disponibile sul sito *web* della Corte di cassazione.

⁽⁵⁾ Fa risalire la seconda stagione della responsabilità sanitaria alla nota Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit. Con tale pronuncia si superò in parte la riconduzione dell'impegno del medico all'obbligazione di mezzi dal momento che, nel caso di prestazione medica non implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, si configurò un'obbligazione di risultato in capo al professionista: si veda Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953.

nisti in ruoli diversi: il medico e la sua competenza sul versante scientifico e tecnico ...; il paziente e la sua competenza riguardo alle scelte di vita»⁽⁶⁾.

In questa fase la tutela del professionista intellettuale cede rispetto all'interesse alla riparazione e compensazione dei danni, che diviene primario alla luce del passaggio dal fatto illecito al fatto dannoso⁽⁷⁾.

Il distacco della responsabilità civile rispetto a quella penale, la prima riparatoria del danno ingiusto, la seconda sanzionatoria della condotta colpevole, in uno con la preminenza dei beni che vengono in rilievo, la salute (art. 32 Cost.) e l'autodeterminazione (art. 13 Cost.), fanno della responsabilità civile sanitaria un campo minato per gli operatori.

La giurisprudenza recepisce i cambiamenti intervenuti e ad un tempo li agevola creando un apparato di regole operazionali che rendono la responsabilità sanitaria un «sottosistema» della responsabilità civile.

È in questa prospettiva che possono leggersi le seguenti «innovazioni» giurisprudenziali, molte delle quali sorte in ambito sanitario e poi esportate altrove:

- il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁽⁸⁾;
- l'importazione, da un ordinamento con caratteristiche differenti, della «finzione giuridica»⁽⁹⁾ del contatto sociale qualificato⁽¹⁰⁾;
- l'affermazione della regola del più probabile che non in materia di nesso di causalità⁽¹¹⁾;

⁽⁶⁾ ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 3, a commento della legge 22 dicembre 2017, n. 219, relativa al consenso informato e alle disposizioni anticipate di trattamento.

⁽⁷⁾ Si veda in particolare RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

⁽⁸⁾ Si veda in particolare Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, per la quale la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato «... non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni».

In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo.

In senso critico nei confronti dell'inversione dell'onere probatorio sancito, in ambito sanitario, da Sez. Un. civ. n. 577/2008 si vedano: M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in questa *Rivista*, 2008, 856; EAD., *Gli obblighi attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2010, 669; LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, 1; PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, in questa *Rivista*, 2014, 1087; nonché ID., *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno resp.*, 2016, 821.

In CANZIO-PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *disCrimen*, 2010, 47, si legge: «Anche la ripartizione tra le parti degli oneri probatori nell'azione di responsabilità contrattuale, operata dalle sezioni unite nella sentenza n. 577 del 2008 — secondo cui in tema di responsabilità contrattuale l'attore deve allegare "un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè efficiente alla produzione del danno" e "competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno" — sembra porre sempre a carico della struttura o del medico convenuti l'incertezza della causa ignota del danno».

⁽⁹⁾ ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto impr.*, 2017, 733.

⁽¹⁰⁾ Sia consentito rinviare a PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"?*, in *Contratto impr.*, 2020, 418 ss.

⁽¹¹⁾ Ciò avviene con Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, sulla quale si veda *supra* nt. 2.

- l'inserimento tra i danni ingiusti della lesione della *chance*, per temperare la regola dell'*all or nothing* in materia di causalità ⁽¹²⁾;

- l'ispessimento degli obblighi informativi a carico del medico, al punto tale da richiederli di rendere edotto il paziente dell'inadeguatezza della struttura presso la quale opera ⁽¹³⁾.

Tale «diritto speciale del professionista intellettuale medico» ⁽¹⁴⁾ porterà a «denunciare» «una sorta di miopia diffusa, soprattutto a livello giurisprudenziale, che come ogni forma di miopia consente di vedere bene da vicino ma impedisce di vedere bene in lontananza. Non v'è dubbio, infatti, che con riguardo alla situazione individuale delle singole vittime una giurisprudenza arcigna nei confronti del professionista è ben accetta ma in una ottica diffusa e più generale ci si avvede che questa stessa giurisprudenza fomenta i rischi o ora denunciati di scivolamento verso la medicina difensiva» ⁽¹⁵⁾.

2. (SEGUE). RESPONSABILITÀ DELLE STRUTTURE E DEGLI OPERATORI

Al contempo, in tale fase storica, si assiste all'autonomizzazione della responsabilità delle strutture, indifferentemente pubbliche o private, da quella dei medici.

In un primo momento, la responsabilità della struttura sanitaria è stata costruita quale responsabilità di secondo grado, intimamente legata a quella del medico e il rapporto tra ente sanitario e paziente è stato ricondotto al contratto d'opera intellettuale, sul rilievo che la prestazione oggetto dell'impegno della struttura sarebbe la medesima alla quale è tenuto l'operatore sanitario ⁽¹⁶⁾. Da ciò è derivato, come ammesso da una pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, «che il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale

⁽¹²⁾ Si veda da ultimo Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, in questa *Rivista*, 2020, 1903 (s.m.), con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come «forma dell'acqua» nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*; in *Corr. giur.*, 2020, 301 ss., con nota di CALVO *Perdita di chance terapeutiche: un precedente-decalogo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 305, con note di FRENDA, *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione*; e L. LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*, in *Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di PARDOLESI, 2020, 98.

⁽¹³⁾ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in ALEO-DE MATTEIS-VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, 142. Si veda anche QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in questa *Rivista*, 2017, 33 s.

⁽¹⁴⁾ PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto impr.*, 2017, 357.

⁽¹⁵⁾ MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 501 ss.

Sulla materia della responsabilità medica a tutto campo si veda CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 847 ss.

⁽¹⁶⁾ La dottrina che si è soffermata sull'inquadramento del rapporto tra struttura e paziente — sul quale non è consentito in questa sede dilungarsi — ha osservato che la giurisprudenza meno recente ha seguito differenti percorsi interpretativi (contratto atipico di ospedalità; contratto d'opera professionale; rapporto di fonte legale) che, a livello di regole operazionali, «mostrano unitarietà di indirizzo nel rinvio sempre alla disciplina del contratto d'opera professionale». Si veda, anche per i riferimenti giurisprudenziali, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, I ed., Padova, 2007, *passim* e spec. 124 e 356. In relazione alla responsabilità delle strutture sanitarie per deficienze organizzative si segnalano, fra i tanti, BREDA, *La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 103 ss.; CUCCIA, *La responsabilità dell'Azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in ALEO-DE MATTEIS-VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 1121 ss.; FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze*

della struttura fosse l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso la stessa»⁽¹⁷⁾.

In questo quadro, per venire incontro alle istanze di tutela dei pazienti, la giurisprudenza ha proceduto ad un allargamento della responsabilità dell'operatore sanitario, per ampliare di conseguenza la responsabilità della struttura⁽¹⁸⁾.

Solo in seguito si è avuta «l'apertura del sistema ad una concezione della responsabilità della struttura come autonoma rispetto al fatto illecito del medico e strutturalmente correlata all'inadempimento di obblighi (di varia natura) che ad essa fanno capo»⁽¹⁹⁾.

Ciò è accaduto quando si è considerato che al centro della moderna medicina è collocato non tanto l'atto medico ma l'attività sanitaria, irriducibile alla somma degli atti medici ma riconducibile a quel «complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.»⁽²⁰⁾.

Pertanto, si prende atto che la struttura si impegna ad erogare un servizio complesso, che va oltre la prestazione del medico e comprende quelle organizzative e strumentali alla cura del paziente, con la conseguenza che l'ente risponde sia per fatto proprio ai sensi dell'art. 1218 c.c. che per fatto degli ausiliari di cui si avvale per l'esecuzione della prestazione, ai sensi dell'art. 1228 c.c.⁽²¹⁾.

La terza stagione della responsabilità sanitaria è dovuta alle sempre maggiori critiche all'eccesso di responsabilità per i medici, cui è seguito il noto fenomeno della medicina difensiva, che il medico adotta (anche) per difendersi dal rischio dell'esposizione giudiziaria, onde evitare una perdita di credibilità professionale, oltre che eventuali sanzioni civili o penali⁽²²⁾.

L'art. 7, comma 3, della l. 8 marzo 2017, n. 24, riconduce la responsabilità dell'operatore

strutturali ed organizzative, in questa *Rivista*, 2006, 515 ss.; Id., *Ancora sulla responsabilità degli enti sanitari per carenze strutturali ed organizzative: la definizione dello standard di efficienza esigibile dall'ospedale*, *ivi*, 2007, 521 ss.; M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità « sanitaria »*, in questa *Rivista*, 2000, 952 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 297-340.

⁽¹⁷⁾ Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*

⁽¹⁸⁾ Tale evoluzione è ricostruita da DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, *cit.*, 127 ss.

Di notevole interesse l'analisi delle regole operazionali elaborate dalla giurisprudenza in ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, *cit.*

⁽¹⁹⁾ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, *cit.*, 150. Nella stessa prospettiva si veda CATERINI, *Atto aziendale e responsabilità sanitaria*, in ALPA (a cura di) *La responsabilità sanitaria commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Pacini ed., 2017, 76 ss.

⁽²⁰⁾ ALPA, *La responsabilità medica*, in questa *Rivista*, 1999, 315 ss.

⁽²¹⁾ Tale approdo rappresenta l'esito di studi tanto giuridici che aziendalistici. Per questi ultimi si vedano tra gli altri CINOTTI (a cura di), *La gestione del rischio nelle organizzazioni sanitarie*, Roma, 2004, 15 ss.; REASON, *Human Error: models and management*, in *BMJ* 320, 2000, 768-770. Per quelli giuridici è obbligato il riferimento a DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, *Le Responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 133 ss. Per i riferimenti legislativi e giurisprudenziali, dai quali può desumersi la concezione autonoma del « fare organizzato » della struttura rispetto al « fare professionale » del medico, si veda DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, *cit.*, 136 ss.

⁽²²⁾ La medicina difensiva è fenomeno non solo nazionale: i ricercatori del *European Center of Tort and Insurance Law* di Vienna ad esito di una approfondita ricerca svolta in ambito europeo [KOCH (ed.), *Medical*

sanitario, che non abbia concluso un contratto con il paziente, nell'alveo della disciplina dell'illecito extracontrattuale ⁽²³⁾.

Pur senza superare l'azione diretta nei confronti dell'esercente una professione sanitaria all'interno di una struttura, la riforma, prevedendo un diversificato regime, extracontrattuale per il primo, contrattuale per la seconda, persegue l'obiettivo di scoraggiare l'azione nei confronti dell'operatore.

La diversificazione delle posizioni giuridiche in tal modo perseguita non può che essere approvata: mentre la struttura esercita una attività assimilabile a quella di impresa e dunque risponde dell'inadeguatezza organizzativa rispetto alla prestazione complessa cui è tenuta, l'operatore costituisce un tassello di un'attività complessa ⁽²⁴⁾.

Il buon esito della prestazione sanitaria dipende, infatti, dall'attività organizzativa svolta a monte dall'ente, nell'ambito della quale si inserisce quella del medico.

—————
Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions, Berlino-Boston, 2011] si sono soffermati sulle dimensioni del fenomeno, presente in tutti gli Stati europei.

Sul fenomeno si rinvia a FORTI-CATINO-D'ALESSANDRO-MAZZUCATO-VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010; BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107 ss.; BUCCELLI, *La "koine" medico-legale tra medicina e diritto: cinque pericoli per reciproche incomprensioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 264 ss.; GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in questa Rivista, 2016, 22 ss.; IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2005, 137 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1125 ss.

Per l'esperienza statunitense si rinvia al noto saggio PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, in *Yale Law Journal*, 1987, 96, 1524.

⁽²³⁾ Precedentemente la l. 8 novembre 2012, n. 189 c.d. «Balduzzi» — dal nome dell'On. Renato Balduzzi, Ministro alla Salute dal 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013, al quale si deve in realtà il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, e non la legge di conversione — ha tentato — ma invano — di intervenire in maniera organica in materia.

Sulla riforma si vedano GELLI-HAZAN-ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017; ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017; IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019; ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., 728 ss.; ID., *Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica*, in *Contratto impr.*, 2019, 1 ss.; DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, II ed. rivista e aggiornata (2007, I ed.), Padova, 2017; FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Prima e Seconda parte), in *Studium iuris*, 2017, 659 ss. e 786 ss.; GAGGERO, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto impr.*, 2018, 734 ss.; GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in questa Rivista, 2018, 410-444; PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 356 ss.

Si segnalano inoltre i contributi pubblicati in *Resp. medica*, 2017: FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, 5-16; M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, 17-34; PUCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, 3-4; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, 35-42; ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*, 43-48.

⁽²⁴⁾ Si veda in particolare la presentazione del progetto di riforma ad opera della Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie presieduta da Guido Alpa, ove si precisa che: «il modello italiano, nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dai modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell'Unione europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono in modo netto inoltre le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica, perché si tiene conto del fatto che la struttura sanitaria offre un servizio articolato, comprensivo di ospitalità, di servizi, della fornitura di farmaci e di strumenti medici, di terapie principali e collaterali, ed è, pubblica o privata che sia,

3. (SEGUE). LE PRONUNCE DI «SAN MARTINO» DEL 2019

Una indiretta conferma del processo di attenuazione della responsabilità dell'operatore sanitario proviene dalle note pronunce con le quali la Terza Sezione della Corte di cassazione, a undici anni dalle Sezioni Unite sul danno non patrimoniale, prende posizione sui profili nevralgici dei rapporti tra struttura, medico e paziente, nell'intento di delineare un quadro stabile nella materia ⁽²⁵⁾.

In particolare, giova richiamare in materia di nesso di causalità Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, che pongono in capo al paziente la prova del nesso causale tra danno e condotta, attiva od omissiva, del medico, anche qualora quest'ultimo sia tenuto alla luce di un rapporto obbligatorio consolidando un indirizzo che supera, di fatto, quello accolto dalle Sezioni Unite del 2008 ⁽²⁶⁾.

Ancora, è rilevante Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28987, che, in materia di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico, esaminando un caso non rientrante *ratione temporis* nell'ambito della disciplina introdotta con la legge n. 24/2017, detta una limitazione pienamente coerente con l'idea per la quale la struttura sanitaria è il vero «dominus» della prestazione sanitaria ⁽²⁷⁾.

Per la Corte il costo del danno deve di regola restare per metà in capo alla struttura anche in caso di colpa esclusiva del sanitario dal momento che il medico opera «pur sempre nel contesto dei servizi resi dalla struttura presso cui svolge l'attività, che sia stabile o saltuaria, per cui la sua condotta negligente non può essere agevolmente "isolata" dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura, di cui il medico stesso è parte integrante ...».

4. LA RESPONSABILITÀ DEL PERSONALE SANITARIO

Il quadro delineato consente di affrontare le problematiche sollevate dal Covid-19 alla luce di una acquisizione gradualmente maturata nel tempo: le posizioni giuridiche delle strut-

 convenzionata o meno, una impresa, come intesa nel linguaggio e nella normativa europea, mentre l'esercente la professione sanitaria svolge una attività intellettuale».

Valorizza l'atto aziendale quale strumento per programmare l'attività cui è tenuta la struttura, CATERINI, *Rapporto di assistenza, "contenuto minimo" e tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 356 ss.

⁽²⁵⁾ Sulle quali si vedano in contributi in *Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di PARDOLESI, 2020. Si veda anche BONA, *Il calcolo del « danno differenziale » da invalidità preesistente: questione risolta dalla « doppia valutazione » di « San Martino 2019 »?*, in questa *Rivista*, 2020, 122-147.

⁽²⁶⁾ Su Sez. Un. civ. n. 577/2008 si veda *supra* nt. 8.

In relazione a Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, si vedano le note in *Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., di D'AMICO, *L'onore della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, 150; IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica contrattuale*, 198; MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, 162; PARDOLESI-SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale. Paziente in castigo*, 136; PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, 169.

⁽²⁷⁾ Si vedano: FACCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la l. Gelli-Bianco*, in questa *Rivista*, 2020, 224-239; D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalsa"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361; NOCCO, *I limiti ed i presupposti dell'azione di rivalsa prima della l. 24/17*, in *Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., 410.

ture e dei sanitari non possono essere sovrapposte rispondendo le prime dell'organizzazione della prestazione sanitaria, i secondi della prestazione intellettuale.

Pertanto, si tratteranno separatamente i profili attinenti alle prime e quelli relativi ai secondi.

I principali problemi riscontrati dai sanitari durante l'epidemia sono legati all'assenza di risorse per garantire cure adeguate e ciò non solo in relazione al Covid-19 ma anche ad altri trattamenti sanitari dal momento che la concentrazione delle risorse sull'emergenza ha provocato una carenza di personale e di strumenti per soddisfare la domanda di cure che, in molti casi, non sono state possibili, per assenza di risorse, le quali, in condizioni di normalità, sarebbero state possibili.

In altre ipotesi è stato messo in rilievo che, per assicurare il livello più esteso di cure, l'emergenza ha richiesto di assumere funzioni non rientranti nel proprio ambito di specializzazione dando luogo ad una «assunzione volontaria del rischio», che integra di regola un comportamento colposo per violazione della regola cautelare prudenziale che dovrebbe condurre ad astenersi dall'attività⁽²⁸⁾.

Una posizione ancora differente occupa la cura del Covid-19 nei casi in cui l'epidemia si è presentata, in tutta la sua tragicità, quale evento allo stato dell'arte non fronteggiabile.

Come è noto, il regime della responsabilità del personale sanitario inserito all'interno delle strutture è quello dell'illecito extracontrattuale basato sulla colpa, alla luce dell'innovazione introdotta dall'art. 7, comma 3, della legge n. 24/2017, applicabile *ratione temporis* alle ipotesi in rilievo. Pertanto, sembra utile verificare la presenza di nesso di causalità materiale e della colpa nelle ipotesi considerate⁽²⁹⁾.

Ad avviso di chi scrive, nelle prime due ipotesi considerate — danno subito in un contesto caratterizzato dall'assenza di risorse e danno arrecato da sanitari in caso di «assunzione volontaria del rischio» —, ferma restando la necessità di tener conto dei fatti concreti e di acquisire le necessarie valutazioni scientifiche, il paziente o i parenti della vittima potrebbero provare la riconducibilità del danno lamentato alla condotta, attiva od omissiva, del medico considerato che, in base ad una valutazione effettuata in astratto e sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento, una cura adeguata avrebbe potuto evitare il danno sofferto⁽³⁰⁾.

Pur ravvisando il nesso di causalità materiale nelle ipotesi considerate, mancherebbe

⁽²⁸⁾ CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema pen.*, 2020.

⁽²⁹⁾ Senza pretesa di esaustività, sul nesso di causalità e sulla colpa si rinvia a: ALFA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, 2010; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, Roma, XIV, 1 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 502; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, 1960; PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007; MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002. Di recente si segnala, anche per i riferimenti bibliografici, la nuova edizione di FRANZONI, *Dei fatti illeciti, artt. 2043-2059*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di DE NOVA, 2020, II ed., 26 ss. sul nesso di causalità e 59 ss. sulla colpa.

⁽³⁰⁾ La distinzione tra nesso di causalità materiale e colpa che si segue è quella consolidata nella giurisprudenza di legittimità e risalente a Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Danno resp.*, 2008, 1011 ss., con commento di SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; nonché in *Corr. merito*, 2008, 694 ss., con nota di TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

Per la pronuncia la «prevedibilità obbiettiva va esaminata in astratto e non in concreto ed il metro di valutazione da adottare non è quello della conoscenza dell'uomo medio ma delle migliori conoscenze scientifiche del momento (poiché non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale). In altri termini ciò che rileva è che

però la colpa dei sanitari dal momento che, in base ad una valutazione effettuata in concreto, non potrebbe addebitarsi al personale sanitario una condotta connotata da negligenza, imprudenza, imperizia: nel primo caso per l'assenza di risorse necessarie alle cure, nel secondo perché l'espletamento di funzioni non propriamente attinenti alla propria specializzazione risulta del tutto conforme alle buone pratiche clinico-assistenziali in un contesto emergenziale in cui l'alternativa sarebbe il diniego di cure.

Pertanto, il danneggiato non riuscirebbe a dare prova della colpa del sanitario ai sensi dell'art. 2043 c.c. o meglio, considerato il ruolo rivestito dalla consulenza tecnica in materia, non potrebbero emergere profili di colpa professionale ⁽³¹⁾.

Invece, in relazione al terzo caso considerato — mancata guarigione dalla malattia —, qualora risultasse che il personale sanitario abbia prestato le cure dovute e ciononostante si sia verificato il decesso del paziente, mancherebbe lo stesso nesso di causalità materiale tra il danno da Covid-19 e la condotta del personale sanitario poiché, sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento, non potrebbe ipotizzarsi una cura idonea a guarire dalla malattia.

Quindi, in queste ultime ipotesi ancor prima della colpa sembra assente il nesso di causalità materiale.

Qualora, invece, le cure da Covid-19 fossero mancate per un ritardo diagnostico dovuto a carenza di personale, si ricadrebbe nella prima casistica considerata e verrebbe in rilievo un'assenza di colpa.

Da ultimo, va osservato che conclusioni analoghe a quelle effettuate nella terza casistica in esame potrebbero valere per i medici generici o «di base» qualora, almeno nella prima fase dell'epidemia, non siano riusciti a diagnosticare il Covid-19. Anche in questa ipotesi sembra carente il nesso di causalità materiale, non potendosi ricondurre l'eventuale danno alla condotta omissiva del medico generico ⁽³²⁾. Al contrario, ad epidemia inoltrata, un ritardo diagnostico non dovuto a carenza di risorse potrebbe portare ad una condanna del medico di famiglia per colpa.

5. (SEGUE). IL RICHIAMO ALL'ART. 2236 C.C.

Tra i primi contributi sulla responsabilità del personale sanitario alla luce del Covid-19 è

l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento.

Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito».

⁽³¹⁾ Resta ferma la necessità di valutare le peculiarità del singolo caso. Si tenga a mente, sul punto, dell'indirizzo consolidato per il quale «il medico chiamato ad operare in un contesto di criticità deve comunque fare tutto quanto rientra nelle sue possibilità per cercare di sopperire alle sfavorevoli circostanze in cui deve essere eseguito il trattamento e adottare, nei limiti in cui ciò sia tecnicamente possibile, quelle misure e quelli accorgimenti che siano in grado di porvi (totalmente o anche solo parzialmente) rimedio: qualora si riscontri che non ha ottemperato a tale obbligo, quindi, anche un operatore sanitario impegnato nel contrasto al Covid 19 ne dovrà rispondere come un qualsiasi altro professionista». Così FACCIOLE, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit., 163.

⁽³²⁾ Si discute circa la posizione giuridica del medico generico anche dopo l'art. 7, comma 3, della legge Gelli-Bianco. Si veda FACCIOLE, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Prima parte), cit., 667 s.

emerso un diffuso richiamo all'art. 2236 c.c. per affermare l'assenza di colpa del professionista intellettuale in considerazione dell'eccezionalità della vicenda ⁽³³⁾.

All'art. 2236 c.c. è stato assegnato «il ruolo essenziale di *barrage* naturale ad una nuova deriva accusatoria che sembra iniziare ad affacciarsi e di cui, di questi tempi, proprio non si sente il bisogno» ⁽³⁴⁾.

Conviene, allora, soffermarsi sulla disposizione per delinearne i tratti essenziali e saggiarne le potenzialità applicative.

La disposizione prevede che il prestatore d'opera intellettuale «non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave», se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Dalla Relazione al codice, n. 917, risulta che la disposizione mira ad attenuare la responsabilità del professionista intellettuale nei casi di problemi tecnici di speciale difficoltà: in particolare si è perseguito l'obiettivo di conciliare «due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista. Il codice ha ritenuto che il punto di equilibrio si trovi nell'applicazione delle normali regole di responsabilità, stabilendo, per i soli casi in cui ricorrono problemi tecnici di speciale difficoltà, l'esenzione del professionista dalla responsabilità per colpa lieve».

La disposizione si ispira all'indirizzo giurisprudenziale consolidato sotto il codice del 1865 per il quale i medici potevano essere condannati solo in caso di «errore cadente su precetti chiari e generalmente accolti, a modo da essere grave, evidentissimo e imperdonabile» ⁽³⁵⁾.

A favore della disposizione si è osservato che «limitando la responsabilità alla colpa grave, si ottiene maggior sicurezza per chi giudica, e maggiore uniformità di valutazione, essendo, appunto, le suddette colpe gravi più facilmente rilevabili» ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Richiamano l'art. 2236 c.c. FACCIOLO, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit.; HAZAN-ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)*, cit.; PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 9; FINESCHI-FRATTI-MANCARELLA-VIZZINO-LA RUSSA, *op. cit.*, 1714 ss.; per l'inapplicabilità dell'art. 2236 c.c. si veda FACCI, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, cit., per il quale «i problemi tecnici di speciale difficoltà — la cui esistenza costituisce il presupposto per l'applicazione dell'art. 2236 c.c. — si riferiscono comunque ad un contesto di "normalità" che non pare cogliere in pieno la straordinaria emergenza della situazione provocata dal Covid 19, allorché le prestazioni siano rese all'interno di presidi sanitari in cui le regole di buona organizzazione sono state sconvolte dalla necessità di far fronte ad un'urgenza catastrofica, con risorse e mezzi limitati rispetto alla gravità della situazione. Per questa ragione, appare più pertinente con lo scenario *de quo* il richiamo alla clausola generale di impossibilità della prestazione di cui all'art. 1218 c.c.»; per l'inapplicabilità si veda anche SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, cit.

⁽³⁴⁾ HAZAN-ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)*, cit.

⁽³⁵⁾ Riferisce di tale indirizzo CHERONI, *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa extracontrattuale*, Torino, 1906, 146, che muove allo stesso diverse critiche (148). Per GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, V, Torino, 1899, 255, con la teoria dell'errore professionale «si intende scusare soltanto quella fallibilità che è conseguenza inevitabile dell'imperfezione delle scienze e delle arti».

Si vedano sulla genesi dell'art. 2236 c.c. L. BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, 809; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 68; MARCHIO, *Sulla responsabilità del chirurgo*, in *Giur. it.*, 1974; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 136 ss.

⁽³⁶⁾ Così CIAN, «*Lata culpa aequiparatur*», in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 177.

Nonostante il tenore letterale della disposizione, dal quale si desume «una posizione di minore responsabilità»⁽³⁷⁾ del professionista intellettuale, la dottrina prevalente ne ha dato una interpretazione particolarmente restrittiva ritenendo che, per un verso, essa non deroghi alla regola dettata dall'art. 1176 c.c., per l'altro, che non attribuisca alcuna speciale esenzione rispetto all'ordinario regime di responsabilità. Ciò è avvenuto sul rilievo che risulterebbe altrimenti «inspiegabile perché ci si debba accontentare di un minor grado di diligenza proprio quando vi siano da affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà»⁽³⁸⁾. Viceversa, la speciale difficoltà «è un ostacolo che per il suo agevole superamento richiederebbe una perizia superiore a quella che si esige da tale categoria»⁽³⁹⁾.

Allora, la relazione tra gli artt. 2236 e 1176, comma 2, c.c., è di integrazione non di specialità, vale a dire la colpa grave dell'art. 2236 altro non è che «la colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione»⁽⁴⁰⁾.

Una parte della dottrina, nel tentativo di dare una interpretazione più aderente al dato letterale, ha, invece, distinto tra perizia e diligenza, riferendo la limitazione di responsabilità soltanto alla prima, come dimostra il riferimento ai problemi tecnici di speciale difficoltà⁽⁴¹⁾. In tale prospettiva, considerata la natura dell'attività esercitata, la colpa del professionista coincide con «la mancanza della normale preparazione tecnica professionale»⁽⁴²⁾.

Se dal versante scientifico non emerge un quadro rassicurante, da quello giurisprudenziale si desume una precisa scelta di politica del diritto, che è quella della marginalizzazione dell'art. 2236 c.c. Come è stato osservato, la giurisprudenza ha ridotto l'ambito di applicabilità del precetto operando in quattro direzioni: «(a) ritenendo l'art. 2236 c.c. sempre e comunque inapplicabile nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione; (b) ritenendo l'art. 2236 c.c. applicabile alle sole ipotesi di colpa per imperizia, non a quelle di colpa per imprudenza o negligenza; (c) interpretando in modo restrittivo il concetto di "intervento di speciale difficoltà"; (d) (soprattutto) restringendo, sin quasi ad azzerarlo, il concetto di "colpa lieve"»⁽⁴³⁾.

⁽³⁷⁾ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, V, Milano, 2012, 34.

⁽³⁸⁾ PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 139.

⁽³⁹⁾ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 72.

⁽⁴⁰⁾ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 72.

⁽⁴¹⁾ DE MARTINI, *La responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1256.

⁽⁴²⁾ SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1968, 25 s. Nello stesso senso MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale Artt. 2229-228*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2009, 396 s., per il quale «nelle prestazioni con carattere tecnico, come quelle del professionista, viene eminentemente in considerazione l'aspetto della colpa che si identifica con l'imperizia, poiché il grado di diligenza in senso stretto (attenzione, accuratezza, zelo, buona volontà) e di prudenza appare potersi valutare alla luce dei canoni comuni, non presentando caratteri peculiari; al contrario, la perizia deve informarsi alle regole dell'arte specifiche di ciascuna professione».

⁽⁴³⁾ ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., 17; precedentemente era stata osservata l'interpretazione riduzionista della giurisprudenza da PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 147 ss.

Un allargamento dell'ambito di applicazione della disposizione riguarda invece la materia della responsabilità extracontrattuale alla quale viene riferita, nonostante la collocazione sistematica, alla luce di una interpretazione ispirata a ragionevolezza.

Sembra infatti potersi cogliere una applicazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza a cui si deve l'interpretazione richiamata: «Tuttavia, un più attento esame convince che l'art. 2236 c.c. può e deve trovare applicazione oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale, in quanto che esso prevede un limite di responsabilità per la prestazione della attività dei professionisti in generale, cioè sia che essa si svolga

A riprova dell'atteggiamento della giurisprudenza può constatarsi che raramente è stata ravvisata la colpa del medico ritenendola non grave ai sensi dell'art. 2236 c.c. ⁽⁴⁴⁾.

Dall'analisi condotta può concludersi che, in relazione alla casistica sopra richiamata in materia di Covid-19, l'art. 2236 c.c. non sembra poter rappresentare un reale valore aggiunto rispetto all'art. 1176, comma 2, c.c.

Infatti, nelle ipotesi in cui si lamenti una cura inadeguata e ciò sia dovuto all'assenza di risorse, non sembra possibile discutere di prestazione « tecnica » di particolare difficoltà: in questi casi il medico ha la preparazione necessaria ma mancano gli strumenti necessari alla cura.

In relazione ai trattamenti terapeutici sui pazienti affetti da Covid-19, che costituisce una malattia non fronteggiabile alla luce delle conoscenze scientifiche del momento, invece, l'art. 2236 non risulta applicabile perché, come si è visto, a mancare è il nesso causale tra condotta e danno ancora prima della colpa dell'operatore. In queste ipotesi, si ripete, il danno lamentato non deriva da una condotta attiva od omissiva del sanitario in quanto, in base alle migliori conoscenze scientifiche al tempo attuali, non potrebbe affermarsi l'esistenza del nesso di causalità ⁽⁴⁵⁾.

Con riguardo alle ipotesi di « assunzione volontaria del rischio », invece, i sanitari non hanno la preparazione tecnica richiesta dalla specifica prestazione e, in condizioni di normalità, dovrebbero rispondere per imprudenza (non per imperizia) per aver svolto un trattamento terapeutico in assenza delle dovute conoscenze ⁽⁴⁶⁾. L'epidemia potrà escludere la colpa del sanitario ma, ancora una volta, non alla luce dell'art. 2236 c.c. che ha riguardo ad una prestazione tecnicamente difficile, ma alla luce dell'art. 1176, comma 2, c.c., poiché, a fronte dell'emergenza, il sanitario non ha altra scelta che quella di effettuare la prestazione pure in assenza delle necessarie conoscenze specialistiche.

In conclusione, può ritenersi che l'art. 2236 c.c. sarà invocato dalla giurisprudenza per rafforzare ciò che è già desumibile dagli artt. 1176, comma 2, e 2043 c.c., vale a dire l'assenza di responsabilità nel caso in cui manchi la colpa del sanitario ma, alla luce della storia della

nell'ambito di un contratto e costituisca perciò adempimento di una obbligazione contrattuale, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio e perciò solo come possibile fonte di responsabilità extracontrattuale. Del resto la stessa *ratio* della norma limitatrice della responsabilità, che la relazione al codice indica nell'esigenza di "non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso", sussiste sia in rapporto alla responsabilità contrattuale che a quella extracontrattuale, tanto più che nel campo delle prestazioni professionali ed in particolare in quelle dei medici e dei chirurghi, l'attività che ne costituisce la fonte prima resta pur sempre unica ed inscindibile esista o non esista, venga o non venga in discussione, un vincolo contrattuale tra professionista e cliente»: Sez. Un. civ., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro. it.*, 1971, I, 1482 s.

⁽⁴⁴⁾ Una rara decisione in tal senso è quella pronunciata da Trib. Roma, 18 luglio 2004, richiamata da ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., 19.

Si veda, inoltre, la nt. 47 in relazione alle recenti pronunce Trib. Roma, 1° febbraio 2018; e Trib. Napoli, 26 novembre 2018, che richiamano l'art. 2236 c.c.

⁽⁴⁵⁾ Invece, ritiene che in queste ipotesi possa essere applicato l'art. 2236 c.c. FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit.

⁽⁴⁶⁾ Si veda ad esempio Cass. civ., 26 marzo 1990, n. 2428, che ha confermato la condanna di un medico chirurgo, con esperienza in ortopedia, per aver eseguito un intervento al midollo spinale, tipologia di intervento mai eseguita prima di quel momento e che richiedeva una specifica esperienza di neurochirurgia. La Corte fa riferimento alla « grave imprudenza » dell'operatore.

disposizione, si tratterà di un richiamo, almeno nella maggior parte dei casi, non decisivo ai fini della soluzione delle controversie ⁽⁴⁷⁾.

6. LA RESPONSABILITÀ DELLE STRUTTURE SANITARIE. PROFILI DI RESPONSABILITÀ A CARICO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER MANCATA ADOZIONE DI MISURE PRECAUZIONALI

Si è già evidenziata la necessità di mantenere distinte le posizioni delle strutture e del personale sanitario. Tale divaricazione, che può ritenersi una conquista ottenuta nel corso degli ultimi decenni, deve essere tenuta ferma nella fase dell'emergenza.

All'interno della casistica che può interessare le strutture sembra possibile distinguere:

- i danni subiti per fatti ascrivibili al personale sanitario dei quali la struttura è chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1228 c.c.

- i danni da diffusione del virus all'interno degli ospedali subiti dagli stessi operatori sanitari e da terzi;

- i danni derivanti dalle mancate cure dei contagiati per indisponibilità di posti nei reparti di terapia intensiva e più in generale per assenza delle risorse necessarie;

- i danni definibili «collaterali», vale a dire quelli derivanti dall'incapacità delle strutture, occupate dal contrasto al Covid-19, a dare risposta alla ordinaria domanda di cure.

Nella prima ipotesi — danni ascrivibili a fatti degli operatori sanitari —, qualora sia ravvisabile un fatto «oggettivamente» colposo del sanitario, la struttura potrà essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1228 c.c. Alla luce di quanto considerato *supra* al par. 4, può ritenersi che non sembrano di regola ravvisabili fatti colposi posti in essere dagli operatori sanitari a causa dell'epidemia, dei quali la struttura debba rispondere alla luce dell'art. 1228 c.c. Infatti, come si è visto, la situazione emergenziale ha rilevanza nel senso di escludere talvolta lo stesso nesso di causalità tra danno e fatto del sanitario, talaltra la colpa del sanitario.

A ben vedere, in molte delle ipotesi in cui può ritenersi assente una colpa del personale sanitario, occorrerà chiedersi se il fatto dannoso e non colposo dell'operatore sia ascrivibile, a monte, ad un *deficit* organizzativo della struttura (per esempio per assenza di personale sanitario necessario o di posti di terapia intensiva).

Si potrà allora rientrare nelle ipotesi considerate sopra successivamente alla prima, nelle quali occorrerà interrogarsi su eventuali profili di responsabilità civile della struttura per inadempimento degli obblighi organizzativi, insorgenti dal contratto di ospedalità con-

⁽⁴⁷⁾ Ad avviso di chi scrive questo utilizzo dell'art. 2236 c.c. può evincersi anche da quelle pronunce recentemente invocate per affermare che «la magistratura pare avere avviato un processo di riscoperta del significato e delle potenzialità applicative dell'art. 2236 c.c.» (FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit.) vale a dire Trib. Roma, 1° febbraio 2018; e Trib. Napoli, 26 novembre 2018.

Nella prima pronuncia si afferma sì la necessità di riscoprire il significato dell'art. 2236 c.c. ma nel caso concreto il giudice non ravvisa una colpa lieve del sanitario (la sola rilevante ai sensi dell'art. 2236 c.c.): «Peraltro, nel caso di specie non è stata neppure raggiunta la prova dell'esistenza di una condotta erronea e colposa dei medici».

Nella seconda pronuncia il giudice dichiara applicabile nel caso concreto l'art. 2236 c.c. ma vi è un analogo richiamo al criterio di riparto dei carichi probatori in relazione al nesso causale che rende difficilmente comprensibile la motivazione alla base della pronuncia. Inoltre, la pronuncia, almeno nella versione disponibile sul portale *DeJure*, risulta a tratti incomprensibile.

cluso con i pazienti o dai contratti di lavoro intercorrenti con gli operatori sanitari e ciò alla luce dell'art. 1218 c.c., come ribadito dall'art. 7, comma 1, della legge Gelli-Bianco.

Dai primi contributi della dottrina sul tema, sono emerse preoccupazioni, alla luce della vastità del fenomeno emergenziale, per l'ipotesi in cui dovesse applicarsi alla struttura il medesimo regime elaborato dalla giurisprudenza per i danni da infezioni nosocomiali ⁽⁴⁸⁾.

Come è noto, per queste ultime si intendono le infezioni, insorte nel corso di un ricovero ospedaliero, non manifeste clinicamente né in incubazione al momento dell'ingresso e che si rendono evidenti dopo 48 ore o più dal ricovero, nonché le infezioni successive alla dimissione, ma causalmente riferibili — per tempo di incubazione, agente eziologico e modalità di trasmissione — al ricovero medesimo ⁽⁴⁹⁾. La giurisprudenza in materia di infezioni nosocomiali, pur facendo talvolta riferimento alla responsabilità per colpa della struttura sanitaria, sembra adottare di fatto un regime di responsabilità quasi oggettiva dal momento che, alla luce del criterio «*res ipsa loquitur*», desume dalla insorgenza dell'infezione nelle ore successive alle dimissioni dal nosocomio la responsabilità della struttura, senza che questa possa liberarsi provando di aver adottato le misure precauzionali prescritte in materia ⁽⁵⁰⁾.

Nell'economia del presente contributo, in relazione agli eventuali profili di responsabilità delle strutture, vuole, in primo luogo, sottolinearsi che potrebbe non necessariamente pervenirsi a differenti risultati pratici aderendo alla teoria della responsabilità oggettiva per rischio di impresa ⁽⁵¹⁾ oppure a quella fondata sulla colpa della struttura per inadeguatezza organizzativa.

Infatti, secondo la teoria del rischio, l'impresa dovrebbe rispondere di quei rischi che rappresentano concretizzazione dell'attività svolta e che siano amministrabili, vale a dire trasferibili in capo all'assicurazione oppure ai clienti. Come è stato chiarito, è necessaria la «*calcolabilità*» ⁽⁵²⁾ del rischio, dunque esso deve potersi inserire «*razionalmente nel gioco dei profitti e delle perdite dell'impresa*» ⁽⁵³⁾ in modo tale che la responsabilità oggettiva per rischio di impresa possa svolgere le due funzioni che le vengono assegnate: di reintegrazione del patrimonio del danneggiato e di «*pressione economica su chi ha organizzato*

⁽⁴⁸⁾ Si vadano in particolare: FACCI, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, cit., 6 s.; intervista a TRAVAGLINO, *Responsabilità medica e Covid 19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia?*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Sulle infezioni nosocomiali si vedano PATRIARCHI-DE BARTOLOMEO-GRASSI-SABUSCO, *Infezioni ospedaliere post-dimissione. L'uomo e la medicina*, 1998; RONCHI, *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali - II parte*, in questa Rivista, 2007, 1810 ss.

⁽⁵⁰⁾ In giurisprudenza si veda tra le altre Trib. Bari, 10 marzo 2009, n. 827, che ha affermato la responsabilità della struttura sulla mancata dimostrazione della preesistenza dell'infezione nella paziente, sull'accertata natura nosocomiale dell'infezione nonché sulla «*mancata dimostrazione della, non già effettiva, bensì efficace sterilizzazione delle attrezzature*».

Sulla responsabilità delle strutture per infezioni nosocomiali si veda ampiamente FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 51 ss.

⁽⁵¹⁾ Sulla quale si veda P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017; si vedano anche FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 81 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità sanitaria nel nuovo "diritto vigente": problemi e prospettive*, in FACCIOLI-TROIANO (a cura di), *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Napoli, 2019, 29 ss.

⁽⁵²⁾ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 280.

⁽⁵³⁾ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 280.

l'attività rischiosa (per lo più un imprenditore) così da indurre a che questa sia razionalizzata da un punto di vista economico generale»⁽⁵⁴⁾.

Quindi, in tale prospettiva, occorrerebbe verificare se il rischio derivante da Covid-19 possa essere inteso quale rischio riconducibile all'attività svolta e, quindi, del quale debbano farsi carico le strutture. Il relativo onere probatorio incomberebbe su queste ultime ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Accedendo alla teoria della colpa — riferita all'attività dell'ente —, la struttura potrà andare esente da responsabilità solo provando, ai sensi dell'art. 1218 c.c., sia l'inevitabilità che l'imprevedibilità del danno. A tal fine occorrerà valutare se le strutture potessero prevedere l'insorgenza e la diffusione dell'epidemia e di conseguenza dotarsi di risorse utili a fronteggiarla.

In conclusione, sembra che molto dipenderà dalle valutazioni, di ordine scientifico, sulla riconducibilità del danno da Covid-19 all'attività di impresa, aderendo alla prima teoria, e sulla prevedibilità dell'insorgenza e della diffusione del virus, aderendo alla seconda.

Non deve però trascurarsi che, alla luce del processo di erosione dei privilegi della Pubblica Amministrazione, in molte ipotesi potrà venire in rilievo, a monte, una responsabilità della P.A. — Stato e Regioni, a seconda dei rispettivi ambiti di competenza — per comportamento commissivo o, più spesso, omissivo, per non aver predisposto misure idonee a fronteggiare la pandemia. Con particolare riferimento alla «seconda ondata», occorrerà attentamente valutare se siano mancate misure precauzionali che avrebbero potuto quanto meno attenuare i danni diretti e «collaterali» derivanti dal fenomeno. Sul punto, potrà essere opportuno valutare le misure adottate dallo Stato e dalle differenti Regioni confrontandole anche con quelle assunte in altri Paesi per valutare le reazioni dei diversi sistemi sanitari rispetto alla diffusione del virus⁽⁵⁵⁾.

Da ultimo, occorre accennare al dibattito che ha interessato la possibilità di prevedere un sistema indennitario sul modello della legge n. 210/1992 in tema di danni da vaccinazioni obbligatorie, emotrasfusioni e somministrazione di derivati. Il modello, che farebbe ricadere sulla collettività i costi prodotti dalla pandemia in un'ottica solidaristica, potrebbe essere guardato con favore qualora si riuscisse a perimetrarne l'ambito di applicazione (ne resterebbero esclusi i danni c.d. «collaterali» dovuti all'incapacità delle strutture, concen-

⁽⁵⁴⁾ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 276 s.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto si vedano le considerazioni di Izzo, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla - II parte*, cit.

In tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione, si vedano, in particolare: ALPA, *L'erosione dei privilegi della pubblica amministrazione e le nuove figure di responsabilità civile*, in *questa Rivista*, 1998, 1305; BUSSANI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, ivi, 2000, 547 ss.; CASSANO-POSTERARO (a cura di), *Le responsabilità della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, 2019; CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 637 ss.; CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*; 2003, 683 ss.; COMPORI, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, 5125 ss.; GIUSTI, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *questa Rivista*, 2017, 47 ss.

trate sul Covid-19, di erogare cure « ordinarie »?) e qualora se ne vagliasse l'effettiva praticabilità ⁽⁵⁶⁾.

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle riflessioni svolte può ritenersi che l'elaborazione normativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità sanitaria abbia prodotto nel tempo strumenti utilizzabili per fronteggiare il contenzioso che potrà scaturire dal Covid-19.

In particolare, dal quadro delineato possono desumersi le seguenti indicazioni:

- è necessario mantenere distinte le posizioni giuridiche del personale sanitario e delle strutture;

- l'ancoraggio della responsabilità del personale sanitario alla colpa ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco consente di tener conto del contesto emergenziale nel quale gli operatori sono chiamati ad operare;

- l'art. 2236 c.c., in considerazione dell'evoluzione che ha caratterizzato la disposizione, potrà al più rafforzare quanto risulta già desumibile dall'art. 2043 c.c. e dall'art. 1218 c.c., in caso rapporto obbligatorio con il paziente;

- la responsabilità della struttura, derivante dal contratto di spedalità, è di stampo prevalentemente organizzativo quindi occorrerà valutare, nella prospettiva della teoria del rischio di impresa, se i danni da Covid-19 rappresentino uno di quei rischi dei quali le strutture sono chiamate a rispondere; nella prospettiva della colpa da inadeguatezza organizzativa, l'eventuale discostamento dalle buone pratiche in materia di *management* sanitario;

- occorrerà valutare gli eventuali profili di responsabilità della Pubblica Amministrazione (Stato e Regioni, negli ambiti di rispettiva competenza) per mancata adozione delle misure precauzionali atte ad evitare i danni, anche alla luce della comparazione con le misure adottate in altri Paesi;

- in relazione alla ipotizzabilità di un sistema indennitario occorrerebbe valutare, oltre alla effettiva praticabilità dello stesso, quale potrebbe essere l'effettivo ambito di applicazione anche in relazione ai danneggiati c.d. « collaterali » ai quali le strutture sanitarie non sono riuscite ad erogare le cure perché occupate dal Covid-19.

Tale quadro è in un certo senso confortante per il personale sanitario se si tiene conto dell'insuccesso dei tentativi di introdurre una disciplina, certamente auspicabile per ragioni di opportunità « politica », di « attenuazione » delle responsabilità degli operatori, impegnati in prima linea nel contrasto dell'epidemia ⁽⁵⁷⁾.

In verità, un intervento del legislatore sarebbe necessario non tanto per « ribadire » che l'insorgenza e la diffusione del virus potrebbero escludere la responsabilità dei sanitari dal

⁽⁵⁶⁾ Per il dibattito sull'introduzione di un indennizzo per i danni da Covid-19 a prescindere da eventuali responsabilità si vedano FACCI, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, cit., 13 s., che ricorda le criticità del modello di cui alla legge n. 210/1992 per l'eccessiva lunghezza dei procedimenti e per il mancato pagamento dei crediti non contestati; PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit.; IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla - II parte*, cit.

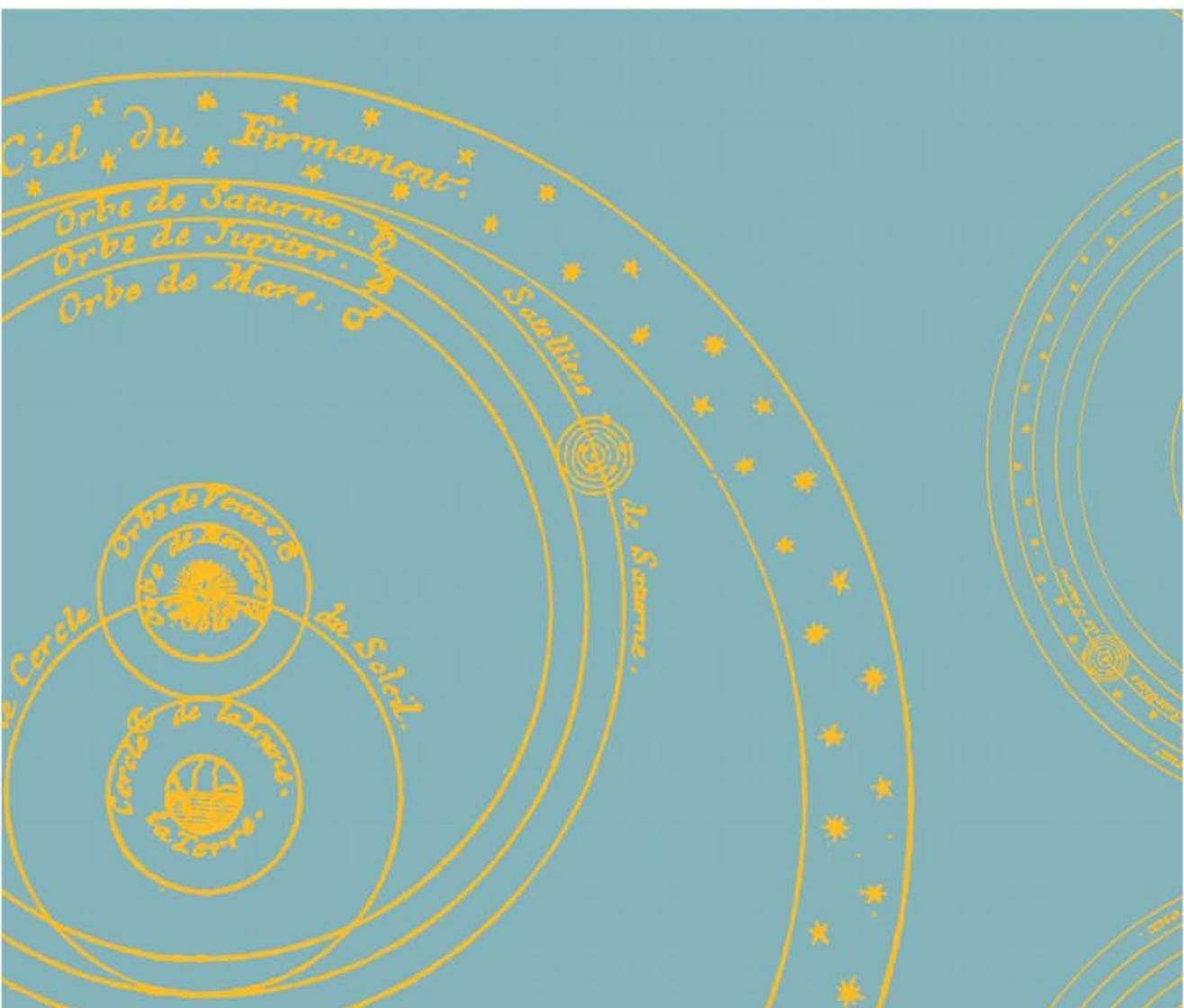
⁽⁵⁷⁾ Per le proposte di legge intervenute si veda M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, cit.

momento che l'art. 1218 c.c., in caso di rapporto obbligatorio, e gli artt. 1176, comma 2, e 2043 c.c., in caso di responsabilità extracontrattuale, risultano sufficienti allo scopo.

Un intervento potrebbe essere, invece, risolutivo qualora eliminasse l'azione risarcitoria « diretta » dei pazienti e dei familiari delle vittime nei confronti dei sanitari, mantenendo la rivalsa della struttura, già sottoposta a limitazioni qualitative e quantitative dall'art. 9 della legge n. 24/2017. In tal modo si eviterebbe ai sanitari, veri e propri eroi di questa guerra, il rischio di dover affrontare un processo, alla luce dei turbamenti e dell'alea che inevitabilmente lo connotano ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ Il modello di riferimento potrebbe essere quello della responsabilità civile dei magistrati come prospettato da GENTILI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia, comunicazione sottoposta al Governo nel quadro della legislazione d'emergenza necessaria a fronteggiare le gravi ricadute economiche dell'epidemia in corso*, Associazione Civilisti Italiani, cit.; nonché nell'intervista a TRAVAGLINO, *Responsabilità medica e Covid 19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia?* cit.

Sulla disciplina introdotta dalla legge n. 18/2015 si veda BOCCAGNA, *La parabola della responsabilità civile dei magistrati dal c.p.c. del 1940 alla l. n. 18 del 2015*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1194 ss.



AUDIZIONE DOMENICO PITTELLA, AVVOCATO E DOTTORE DI RICERCA IN DIRITTO CIVILE 11 luglio 2022

Grazie Presidente,

Rivolgo a tutta la Commissione un ringraziamento per la presente audizione.

Tra le novità che presenta la proposta di legge n. 1321 (relative al diritto civile sostanziale e processuale nonché al diritto penale) mi soffermerò su quelle relative al diritto sostanziale e, in particolare, su quelle relative alle modifiche che si vorrebbero apportare all'art. 7 della legge n. 24 del 2017 (c.d. Legge "Gelli – Bianco").

Devo sinceramente esprimere molte perplessità che riguardano due aspetti:

1 il primo è eminentemente tecnico: come cercherò di chiarire la disposizione che si mira ad introdurre desta numerose perplessità in punto di tecnica di redazione degli atti normativi;

2 il secondo è di politica del diritto e attiene all'aggravamento di responsabilità che ne deriverebbe per gli operatori sanitari esercenti presso strutture sanitarie pubbliche e private.

Dal punto di vista della tecnica normativa va osservato che la novella sostituisce interamente il precedente articolo 7 con un solo comma relativo alla responsabilità della struttura sanitaria e del medico.

Si riporta di seguito quello che sarebbe il nuovo testo dell'articolo 7 della legge n. 24 del 2017.

ART. 7. – (Contratto di assistenza sanitaria e responsabilità medica).

– 1. Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e l'esercente la professione sanitaria rispondono, nei confronti del paziente, ai sensi degli articoli 1218, 1223 e 1228 del codice civile. Le strutture sanitarie rispondono anche per i danni alle persone o alle cose derivanti dall'inadeguata organizzazione, dalla carenza e dall'inefficienza delle dotazioni o delle attrezzature delle medesime strutture sanitarie.

Riporto di seguito anche il testo, attualmente in vigore, dell'art. 7 della medesima legge.

Articolo 7

Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria

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.

Ecco, in sintesi, i maggiori problemi cui dà luogo la novella:

1 il richiamo all'art. 1223 c.c., per il quale a fronte dell'inadempimento è dovuto tanto il danno emergente quanto il lucro cessante, è del tutto sovrabbondante. Nessuno dubita del fatto che sia dovuto il risarcimento del danno patrimoniale a fronte dell'inadempimento quindi non si

comprende perché venga richiamato l'art. 1223 c.c. accanto agli artt. 1218 e 1228 c.c., che riguardano invece il regime della responsabilità del debitore (anche per fatto degli ausiliari). Se si richiama l'art. 1223 c.c. dovremmo allora chiederci perché non si richiami l'art. 2059 c.c. che riguarda il risarcimento del danno non patrimoniale (in base alle storiche pronunce di "San Martino" del 2008);

2 Si aggiunge poi: "Le strutture sanitarie rispondono anche per i danni alle persone o alle cose derivanti dall'inadeguata organizzazione, dalla carenza e dall'inefficienza delle dotazioni o delle attrezzature delle medesime strutture sanitarie". Questo è pacifico in giurisprudenza e in dottrina ma scriverlo in una disposizione riguardante anche i singoli medici potrebbe dare adito al seguente dubbio: se il medico riceve presso il proprio studio il paziente e si avvale di un macchinario inadeguato, allora, dato che questa disposizione lo riguarda, non risponderebbe nei confronti del paziente?

3 il nuovo art. 7 sostituisce interamente il precedente art. 7 ma il precedente art. 7 conteneva anche altre disposizioni in particolare:

A perimetrazione della responsabilità della struttura (si veda il comma II dell'art. 7 prima richiamato);

B moderazione del risarcimento (si veda il comma III, secondo capoverso, dell'art. 7 sopra richiamato);

C richiamo al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. private per il risarcimento del danno biologico (si veda il comma IV dell'art. 7 sopra richiamato).

Sul punto, dato che manca qualunque riferimento a queste disposizioni anche nella relazione di accompagnamento, viene da chiedersi: l'intera sostituzione del precedente articolo 7 è una scelta consapevole o meno?

Si pensi, tra gli altri problemi cui dà luogo al seguente: l'attuale comma II dell'art. 7 prevede ad esempio che le strutture rispondano anche per l'attività svolta "attraverso la telemedicina". Ebbene, potrebbe ritenersi che la novella, sostituendo interamente l'art. 7, esoneri da responsabilità le strutture nelle ipotesi ora considerate dall'attuale comma II.

Il risultato sarebbe paradossale.

Quelli ora richiamati sono profili che attengono alla tecnica normativa: la formulazione della disposizione porrebbe rilevanti problemi di intrinseca ragionevolezza del *novum*.

C'è poi un profilo di politica del diritto.

Infatti, la novella vorrebbe superare il regime extracontrattuale in materia di responsabilità dell'operatore sanitario.

Ecco quanto si legge nella relazione di accompagnamento:

“L'obiettivo è, in primis, quello di rendere costituzionalmente accettabile sia la responsabilità civile del medico, facendola ritornare sotto l'alveo della responsabilità contrattuale ...”.

Sono necessarie due considerazioni sul punto.

La prima: già oggi la responsabilità del medico è contrattuale quando il medico stipula un contratto con il paziente.

La seconda considerazione riguarda la genesi dell'attuale art. 7 comma III.

La disposizione è frutto del progetto elaborato da Guido Alpa, presidente della commissione nominata dall'allora Ministro Lorenzin.

La commissione aveva ritenuto di ricondurre la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità extracontrattuale nelle ipotesi in cui mancasse un contratto tra medico e paziente.

La scelta era giustificata sia dalle critiche mosse alla figura del contatto sociale qualificato (si vedano sul punto, tra gli altri, gli scritti di Alpa, Zaccaria e anche i miei), sia alla intenzione di “incanalare” la responsabilità sanitaria verso le sole strutture.

Infatti, a fronte di un differente regime della responsabilità del medico operante presso una struttura (chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c., con onere della prova della colpa in capo al danneggiato e con prescrizione quinquennale) e delle strutture (chiamate invece a rispondere ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.), di fatto il medico viene tenuto fuori dal processo.

Il paziente può infatti ottenere il risarcimento dalla sola struttura, che risponde anche per il fatto del medico (art. 1228 c.c.).

Pertanto, andrebbe meditata attentamente la scelta di ricondurre la responsabilità dell'operatore nell'alveo "contrattuale".

Dunque, mi pare che la disciplina dia luogo a problemi che attengono da un lato alla tecnica normativa, dall'altro alla politica del diritto, problemi che dovrebbero indurre ad una attenta valutazione della novella.

Resto a disposizione della Commissione per ogni chiarimento.