



LA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE E LA RESPONSABILITÀ SANITARIA IN ITALIA ALLA LUCE DELLA RECENTE RIFORMA*

BENEDETTA MARIA SABATINO

SOMMARIO: 1. La *vexata quaestio* della responsabilità medica nell'ordinamento italiano – 2. L'affidabilità del modello rispetto all'obiettivo ed “il pericolo in agguato del contatto sociale” – 3. Considerazioni conclusive

1. Dopo soltanto un lustro dall'entrata in vigore Legge Balduzzi il legislatore italiano ha sentito la necessità di intervenire nuovamente nella materia della c.d. *medical malpractice*¹, specie per meglio delineare i confini della responsabilità civile².

Ed invero, il problema che, negli ultimi anni, è stato posto all'attenzione del legislatore è quello relativo all'esigenza di mitigare il fenomeno della medicina difensiva³ che, in un sistema sanitario pubblico, grava pesantemente sulle finanze statali.

Infatti, dinanzi al rischio di richieste di risarcimento, i medici appaiono restii e reticenti nel curare i pazienti e dal porre in essere interventi e trattamenti sperimentali (c.d. medicina difensiva negativa). Di converso, non è insolito che gli stessi operatori sanitari prescrivano trattamenti, cure ed accertamenti non necessari, così gravando sulla fiscalità

* Relazione svolta al VI Colloquio Biennale dei Giovani Comparatisti, Bergamo, 25/26 maggio 2018, Università degli studi di Bergamo.

¹ In tema di responsabilità del medico e del professionista si rinvia a P. STANZIONE – V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, *passim*; B. MEOLI, *La responsabilità civile tra contratto e torto*, in P. Stanzone (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2012, p. 121 ss. e pp. 158-163; v., altresì, P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 3/2007, p. 693 ss.

² R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*, e, in particolare, p. 394 in cui l'A. sottolinea che «emerge, così, un quadro, nell'ambito della responsabilità medica, variamente articolato in una serie di regole di origine giurisprudenziale; regole, certamente introdotte per reagire alle implicazioni che sul piano probatorio venivano fatte discendere dall'adesione incondizionata alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato».

³ La definizione di medicina difensiva è offerta dall'*Office of Technology Assessment*, US, Congress 1994, secondo cui il fenomeno si “verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa”. Sul fenomeno della medicina difensiva cfr. P. CENDON, *La responsabilità medica*, Torino, 2016, pag. 10; G. GUERRA, *La ‘medicina difensiva’: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Politiche Sanitarie*, Vol. 14, N. 4, Ottobre-Dicembre 2013, p. 221 ss.; *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, Pisa, 2010, *passim*; A. DIURNI, *Gli eventi dannosi*, in *Le responsabilità in medicina* (a cura di) A. Belvedere – S. Riondato, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 349 ss.; F. MACRÌ, *La responsabilità medica*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale* (a cura di) F.C. Palazzo – R. Bartoli, Firenze, 2011, p. 7 ss.; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico*, in Aa.Vv. *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, VII, Milano, 2013, p. 109 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, p. 509.



generale e compromettendo il percorso terapeutico del paziente (c.d. medicina difensiva positiva).

Entrambi i profili della c.d. medicina difensiva, dunque, incidono negativamente sul diritto alla salute garantito dalla Costituzione all'art. 32, tanto nella sua dimensione individuale quanto in quella collettiva: nel 2015, il Ministero della Salute, ha stimato che il fenomeno valga annualmente circa 10 miliardi di Euro, pari allo 0,75% del PIL nazionale⁴.

Per tentare di risolvere simili problematiche, nel marzo del 2017, il legislatore, in parte mutuando dall'esperienza francese, ha licenziato la legge n. 24, c.d. L. Gelli-Bianco, che ha introdotto novità rilevanti rispetto alla precedente normativa, tra le quali si segnalano: l'obbligo di assicurazione in capo agli esercenti la professione sanitaria (strutture, medici liberi professionisti e dipendenti), il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e la costituzione del Fondo di Garanzia⁵.

Il profilo di maggiore interesse della legge, però, riguarda la disposizione contenuta nell'art. 7 che tenta di risolvere la *vexata quaestio* della responsabilità in ambito sanitario attraverso la previsione del c.d. doppio binario⁶.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che già la precedente legge distingueva, da un lato, tra responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e del medico libero professionista e, dall'altro, responsabilità extracontrattuale del medico dipendente. Una ripartizione ancora più puntuale si trova all'art. 7 della legge Gelli che, peraltro, si chiude affermando la sua natura di norma imperativa⁷.

In precedenza, nonostante l'espressa previsione del doppio binario contenuta nella Legge Balduzzi⁸, la giurisprudenza si è distaccata in modo piuttosto netto dalle indicazioni del legislatore e, in riferimento alla responsabilità del medico dipendente, si è espressa nel

⁴ http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1994. Cfr., altresì, <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9848861.pdf>

⁵ Per un'approfondita analisi della nuova legge si rinvia a AA.VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di B. Meoli, S. Sica, P. Stanzione, Napoli, 2018.

⁶ B. MEOLI – S. SICA, *Art. 7. Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

⁷ Art. 7, l. n. 24 del 2017, rubricato "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria": «1. La struttura sanitaria o socio-sanitaria 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 socio-sanitaria, 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».

⁸ Art. 3, l. n. 189 del 2012: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».



senso di attribuirle carattere contrattuale, con le conseguenze che la relativa disciplina comporta sui profili di diritto sostanziale oltre che processuale (quantificazione del danno, onere della prova, prescrizione)⁹.

In effetti, soprattutto negli ultimi anni, si è potuto assistere ad una decisa contrapposizione tra formanti: da un lato quello legislativo e dall'altro quello giurisprudenziale. La dottrina, ad eccezione di qualche rara voce fuori dal coro¹⁰, invece, sembra propensa ad accreditare la teoria del contatto sociale qualificato, e, talvolta, pare finanche che lasci la giurisprudenza a fare le sue veci, tant'è che sempre più spesso ci s'interroga sull'attuale funzione del formante giurisprudenziale e della collocazione della c.d. "dottrina delle Corti"¹¹.

Infatti, al fine di attribuire alla parte danneggiata (*i.e.* paziente) un trattamento caratterizzato da maggior *favor* rispetto a quello assegnato al medico danneggiante, la Corte di Cassazione, dalla storica sentenza n. 589/1999¹², ha dato nuova vita alla figura del contratto sociale, a metà strada "tra contratto e torto"¹³, così da ricondurre la responsabilità del medico nell'alveo della disciplina dettata dal codice civile in tema di inadempimento¹⁴.

Dalle suesposte considerazioni si può senza dubbio affermare che la nuova legge trova la propria ragione giustificatrice nella volontà di evitare ulteriori *revirement* delle Corti, al fine di perseguire non soltanto l'esclusivo interesse dei pazienti, ma anche quello della classe medica e, più in generale, della collettività. Da questo punto di vista, la nuova normativa,

⁹ R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2/2013, p. 49 «Ormai non v'è dubbio che l'area della responsabilità medica costituisce un sistema – o per alcuni un sottosistema – caratterizzato dalla primazia del formante giurisprudenziale rispetto agli altri che regolano le relazioni della vita». Sul punto cfr., altresì, U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2/2005, p. 130 ss.

¹⁰ Per un'approfondita analisi critica della figura in esame si rinvia a A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2013, p. 77 ss.; ID., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2015, p. 344 ss.; ID., *"Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus Civile (www.juscivile.it)*, 2017, 3, p. 185 ss.; analogamente, ulteriori profili di perplessità sono avanzati da C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2017, p. 1 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 65 ss. Una valutazione meno rigorosa ma egualmente prudentiale è suggerita da M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus Civile (www.juscivile.it)*, 2015, 1, p. 21 ss. e, in particolare, pp. 26-34; si veda anche A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. It.*, dicembre 2016, p. 2568 ss.

¹¹ F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e Resp.*, p. 461 ss.. Sulle problematiche relative al diritto vivente ed al ruolo svolto dal formante giurisprudenziale, si rinvia a L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VI, Utet, Torino, 1990, p. 445 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 41 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli Di Lauro e M. Serio, Torino, p. 113 ss.; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 11 ss.

¹² Cass. Civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 4/1999, p. 446 ss.; E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Contratti*, 11/1999, p. 1007 ss.; V. CARBONE, *Responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e Resp.*, 3/1999, p. 299 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, *ivi*, p. 777 ss.

¹³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 433 ss.

¹⁴ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2008, p. 297 ss.



in termini ancora più perentori della precedente, assegna alla responsabilità del medico dipendente natura extracontrattuale e ciò al fine di scongiurare – o comunque rendere più gravoso – il frequente ricorso alla tutela giurisdizionale¹⁵.

Per raggiungere siffatto bilanciamento di interessi, in linea con gli indirizzi politici dell'Unione Europea, la legge Gelli impone, altresì, alla struttura e a tutti gli operatori sanitari la predisposizione di misure adeguate di *Risk Management* e di Governo Clinico¹⁶ per prevenire gli eventi avversi. Queste misure, cui, necessariamente, è sotteso il principio di adeguatezza delle risorse¹⁷, costituiscono il perno dell'intera disciplina, giacché sono dirette al perseguimento della piena attuazione del diritto alla salute¹⁸.

Volgendo lo sguardo ad altri ordinamenti, è pacifico che le problematiche connesse alla tutela dei pazienti abbiano interessato anche altri legislatori e, infatti, il formante legislativo si è mostrato decisivo per la risoluzione delle questioni in esame.

In Germania, ordinamento in cui, come noto, è stata sviluppata la teoria del contatto sociale, il legislatore ha deciso che il solo formante giurisprudenziale (*Richterrecht*) fosse insufficiente a proteggere gli interessi dei pazienti ed è intervenuto nel 2013 con la Legge sul miglioramento dei diritti delle pazienti e dei pazienti che ha novellato il BGB mediante l'introduzione del contratto di trattamento (§§ 630a e ss.)¹⁹. In questo modo, recependo gli approdi della giurisprudenza, si è cercato di definire in modo piuttosto chiaro le regole su cui basare le ipotesi di danni cagionati in ambito sanitario. In particolare, rinviando alle norme in tema di responsabilità contrattuale (§ 280), la presunzione di inadempimento fa sì che l'onere probatorio ricada soprattutto sull'erogatore della prestazione (medico o struttura, dipende dal tipo di contratto di trattamento posto in essere). La posizione processuale del paziente, poi, risulta ancora più alleggerita dal combinato disposto dei §§ 630d e 630h in riferimento al consenso informato²⁰.

Ebbene, se ne ricava che il legislatore non ha affatto utilizzato la teoria del contatto sociale per meglio tutelare le ragioni dei pazienti, ma, anzi, abbia totalmente superato tale impostazione dogmatica, specie a seguito della *Modernisierung* (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*²¹) che ha relegato gli obblighi di protezione alla sola fase delle trattative.

¹⁵ Cfr. Lavori preparatori reperibili ai seguenti link: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/42827.htm> e http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/comm/46445_comm.htm.

¹⁶ Il Governo Clinico consiste nella «strategia mediante la quale le organizzazioni sanitarie si rendono responsabili del miglioramento continuo della qualità dei servizi e del raggiungimento-mantenimento di elevati standard assistenziali, stimolando la creazione di un ambiente che favorisca l'eccellenza professionale». Definizione riportata dal Glossario predisposto dal Ministero della Salute e che riprende quella fornita da G. Scally e L.J. Donaldson in DEPARTMENT OF HEALTH, *A first class service: Quality in the new NHS*, 1998.

¹⁷ Cfr. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Seconda parte), in *Studium Iuris* 7-8/2017, pp. 788-789.

¹⁸ Si consentito il rinvio a B.M. SABATINO – S. SICA, *Art. 1. Sicurezza delle cure in sanità*, *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, op. cit., p. 1 ss.

¹⁹ *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, in *BGBI*, 25 febbraio 2013, I, p. 277. Per una ricostruzione puntuale della legge si rinvia a J. F. STAGL, *La « legge sul miglioramento dei diritti del paziente » in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 35 ss. e a R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 3/2014, p. 693 ss.

²⁰ O. LANZARA, *Medical malpractice: evoluzione o regresso?*, in *Comparazione e diritto civile*, p. 3.

²¹ F.D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 186 ss.; C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2013, 3, *passim*; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello*



Peraltro, volendo allargare il campo della nostra analisi, vale la pena fare una comparazione con l'esperienza francese, anch'essa per un certo tempo affascinata dall'*obligation de sécurité*, posto che la giurisprudenza d'oltralpe dello scorso secolo vi ha fatto ricorso di frequente. Tuttavia, questa tendenza, anche in virtù del sistema della responsabilità civile che caratterizza l'ordinamento francese – che, d'altronde, è ravvisabile anche nel nostro –, ha portato il legislatore all'introduzione di un vero e proprio “statuto” in materia di *accident médical*, danno iatrogeno ed infezioni nosocomiali²². Il *Code de la Santé Publique*, infatti, muove dall'unificazione del regime di responsabilità professionale, eliminando la distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale e rimuovendo altresì la ripartizione tra settore pubblico e privato. La soluzione francese appare conforme alle richieste di riparazione del danno da un lato e alla necessità di mitigare la medicina difensiva dall'altro, spostando il rischio del verificarsi dell'evento avverso sulla struttura ed anche attraverso la previsione di un diritto al risarcimento a titolo di “*solidarité nationale*”²³.

Anche l'ordinamento francese, pertanto, accantonata la figura dell' *obligation de sécurité*, ha optato per una puntuale definizione legislativa delle regole in ambito sanitario. Inoltre, al fine di implementare il sistema di prevenzione degli eventi avversi, al pari di quanto disposto dall'art. 3 della l. Gelli, è stato imposto agli operatori un obbligo di comunicazione degli incidenti ad un organismo competente.

Naturalmente, vista l'importanza degli interessi sottesi alla materia della responsabilità medica, tanto in Germania quanto in Francia, l'intervento della giurisprudenza si rende sempre necessario per apportare quei correttivi indispensabili affinché lo scopo perseguito dalla legge sia effettivamente raggiunto.

2. La legge in esame è stata salutata da taluni come “legge salva medici”, eppure non sembra affatto che il mero rinvio agli artt. 1218 e 2043 cod. civ. operato all'art. 7 possa riuscire, da solo, a raggiungere l'obiettivo individuato dal legislatore. Se lo scopo è ridurre il contenzioso nei confronti degli operatori sanitari, il regime del doppio binario non fa altro che spostare i termini della questione dal medico alla struttura. Il paziente, infatti, può avanzare richieste di risarcimento nei confronti di entrambi i soggetti, oltre che in quelli delle rispettive assicurazioni.

È dunque ipotizzabile che saranno proprio le strutture sanitarie ad essere individuate come i principali soggetti tenuti al risarcimento dei danni, anche perché è evidente che dispongono di risorse finanziarie molto più ingenti rispetto a quelle del medico dipendente²⁴.

Schuldrecht tedesco, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2003, p. 1 ss.; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 e ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, *passim*; E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 761 ss..

²² In argomento, v. G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. Civ. e prev.*, 5/2017, p. 1490B ss.

²³ Cfr. Part. 1142-1 del *Code de la Santé Publique* in www.legifrance.gouv.fr

²⁴ In questi termini, B. MEOLI – S. SICA, *Commentario alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, op. cit., pp. 113-114; v. anche R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, p. 261 ss.



Inoltre, in merito al profilo della medicina difensiva, non può sottacersi che la l. Gelli attribuisce a tutti gli esercenti la professione sanitaria ma, soprattutto, alle strutture, l'obbligo di predisporre adeguate misure dirette a prevenire oltre che a gestire il rischio clinico. Il che, in buona sostanza, si riverbera su quel complesso di prestazioni cui è tenuta la struttura nell'adempimento del contratto di ospitalità²⁵.

Peraltro, la legge si chiude con l'art. 18 che impone una clausola di invarianza finanziaria che mal si concilia con il Welfare State italiano, molto più in crisi rispetto alle esperienze poc'anzi esaminate.

Paradossalmente, l'aver spostato il rischio (quasi) interamente a carico della struttura potrebbe sortire l'effetto opposto rispetto alla dichiarata *voluntas legis*. In ogni caso, la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva dovrebbe limitare il ricorso alla giurisdizione e l'incidenza sulle risorse pubbliche.

Tuttavia, in Italia, tuttora si registra una forte tendenza della giurisprudenza a contraddire il dettato legislativo. Come si è avuto modo di vedere, l'art. 3 della l. Balduzzi qualificava la responsabilità del medico in termini extracontrattuali. Altrettanto avviene nell'art. 7 della l. Gelli. Eppure, la Suprema Corte, nell'esaminare i casi di *medical malpractice* verificatisi durante la vigenza della precedente legge, continua ad imporre la responsabilità derivante da contatto sociale, con ciò palesando di non voler scalfire l'orientamento consolidatosi dal 1999²⁶.

Il ragionamento da cui muove la Cassazione è il seguente: il professionista non può essere qualificato alla stregua di un mero *quisque de populo* poiché esercita una professione protetta, inerente ad un bene della vita costituzionalmente garantito, ed è colui il quale, all'interno della relazione con l'altro soggetto, detiene le conoscenze delle tecnico-scientifiche. Sicché, la sua figura non potrebbe essere assimilata a quella del semplice "passante", ma anzi, poiché è strettamente connessa allo *status* che ricopre nell'ambito di questo complesso rapporto²⁷, dovrebbe rispondere dei danni cagionati in virtù del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost – e non già di quello più "ristretto" della regola aquiliana del *neminem laedere*.

Invero, il campo della responsabilità medica non è il solo ad essere interessato dalla figura in esame²⁸: il richiamo ai doveri di protezione è frequente in molte decisioni della Corte, finendo con l'apparire l'unico strumento utile per la tutela di talune situazioni soggettive che, invece, troverebbero adeguata garanzia anche nel modello aquiliano.

I casi sono noti e riguardano, in particolare, la *culpa in contrabendo*²⁹, la responsabilità dell'insegnante per le ferite auto-inferte dall'allievo³⁰ e quella dell'intermediario finanziario³¹.

²⁵ M. FACCIOLI, *Responsabilità civile della struttura sanitaria pubblica*, in *Studium iuris*, 2004, 513 ss; ID., *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *La resp. civ.*, 6/2006, p. 515 ss; M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria»*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, n. 20, p. 952 ss.

²⁶ Cfr., a mero titolo esemplificativo, Cass. Civ., Sez. III, sentenza 13 ottobre 2017, n. 24073.

²⁷ Sulla responsabilità da *status*, A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 297 ss.

²⁸ E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6/2016, p. 2065B ss.

²⁹ Cass. Civ., Sez. III, sentenza 12 luglio 2016 n. 14188, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6/2016, p. 1950 ss.



È altresì ipotizzabile che quella che da un Autore è stata definita come “la resistibile ascesa del contatto sociale”³² non si arresterà finché talune attività, soprattutto quelle altamente specializzate, non troveranno adeguata regolamentazione speciale in merito ai profili di responsabilità.

3. Ebbene, in un’ottica comparata, la soluzione del contatto sociale prospettata dalla giurisprudenza appare anacronistica rispetto alle esperienze degli altri ordinamenti, oltre che dannosa se osservata rispetto all’attuale *policy* perseguita dal legislatore mediante il recente impianto normativo.

La giurisprudenza italiana, maldestramente, fa ricorso in modo confusionario ai concetti di contratto di fatto, contatto sociale ed obblighi di protezione³³, servendosi della comparazione giuridica in un’operazione di *policy* teleologica. Al contrario, la comparazione è utile se i modelli esterni cui si fa ricorso possano trovare sistemazione adeguata nel sistema che li recepisce. Dunque, non ci si può limitare al trapiantare, *sic et simpliciter*, un istituto o una teoria senza esaminare in modo approfondito le ragioni storiche, politiche ed economiche che hanno dato luogo alla loro formulazione e al loro sviluppo.

La teoria in esame ci pone dinanzi a due considerazioni di notevole importanza: *in primis*, in assenza di una disciplina dettagliata della figura di cui si discute, il “contatto sociale” potrebbe sorgere in una moltitudine di fattispecie che ineriscono ad interessi costituzionalmente protetti, di regola ricondotte dal legislatore nell’ambito della responsabilità da fatto illecito.

In tal senso, infatti, molti Autori hanno acutamente osservato che l’espansione del contatto sociale ben potrebbe finire con il frustrare la funzione della responsabilità aquiliana, addirittura arrivando al punto di espungerla definitivamente dal nostro ordinamento³⁴.

³⁰ Cass. Civ., Sez. III, sentenza 03 marzo 2010 n. 5067.

³¹ Cass. Civ., SS. UU, sentenza 26 giugno 2007 n. 14712, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. Giur.*, 12/2007, p. 1706 ss. Osserva positivamente C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1233 ss.: «[...] diventava grottesco che la Cassazione ravvisasse la figura dell’obbligazione senza prestazione in fattispecie come quelle del medico che opera all’interno della struttura sanitaria [...] dell’insegnante che sia dipendente di un istituto scolastico nei confronti degli scolari, dei revisori contabili e degli intermediari finanziari nei confronti dei destinatari delle informazioni da essi fornite, e lasciasse fuori da tale ambito la *culpa in contrahendo* che [...] costituisce il prototipo della responsabilità relazionale».

³² A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., p. 77 ss. è molto critico nei confronti di tale tendenza, diffidando da «un sistema giuridico che consegna la definizione dei suoi contenuti a un “prudente apprezzamento” suscettibile di trasformarsi senza possibilità di controllo in forme di arbitrio».

³³ A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., p. 2569, osserva che «si ha la sensazione, già avvertita, del resto, da vari Autori, che si venga ad utilizzare una nozione abbastanza incerta e non esente da ambiguità, come quella del “contatto sociale qualificato”, in fattispecie o settori, ove soccorre più facilmente la norma di legge, quale di un obbligo specifico, come quello di buona fede e correttezza e, per il suo tramite, “di obblighi di protezione”, che della buona fede intendono esprimere la forma concreta di tutela».

³⁴ In questo senso si esprime A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., p. 351 ss. e, specialmente, pp. 353-354. In termini più generali, la questione del futuro della responsabilità aquiliana è oggetto di analisi di S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, in *Danno e Resp.*, 8-9/2002, p. 911 ss.



Il sistema delineato dall'art. 1173 cod. civ., in questo modo, subisce una forzatura: è evidente che l'affidamento, sebbene nell'ambito di un rapporto "qualificato", non possa da solo assurgere a fonte dell'obbligazione (contrattuale) in assenza di una norma che lo qualifichi come tale.

In secondo luogo, la teoria del contatto sociale, così come definita dagli approdi giurisprudenziali, non tiene in considerazione la necessaria componente volontaristica alla base dell'applicazione della disciplina contrattuale, soprattutto se si considera che le fattispecie riconducibili al contatto sociale sarebbero innumerevoli. Ne conseguirebbe che ogniquale volta un soggetto che ricopre un determinato ruolo entri in contatto con interessi altrui costituzionalmente protetti sarà automaticamente assoggettato alle regole in tema di contratto, rispondendo degli eventuali danni cagionati ai sensi dell'art. 1218, pure in assenza di un'espressa dichiarazione di volontà in tal senso.

Inoltre, simili osservazioni consentono di porre in evidenza il risultato più allarmante, consistente nella progressiva erosione della certezza delle regole giuridiche su cui fondare la disciplina della responsabilità medica e, più in generale, della responsabilità civile, considerata la possibilità che, nonostante il consolidato indirizzo giurisprudenziale, possono segnalarsi (sporadiche) indicazioni in senso contrario.

A onor del vero, il legislatore italiano sembra aver preso spunto da altri modelli per la nuova legge, specie per quanto riguarda la previsione dell'adozione di misure di *risk management* e l'assicurazione obbligatoria, ormai centrali nelle leggi di vari ordinamenti europei. Si tratta, però, di un'affermazione vera solo in parte poiché l'assenza di uno statuto della responsabilità sanitaria continuerà a porre agli interpreti i soliti problemi di qualificazione del danno, dei criteri di imputabilità della colpa e, di conseguenza, del risarcimento. E ciò di là dall'espressa previsione di cui all'art. 7 e nonostante la statuizione d'imperatività della norma stessa, che viene interpretata più come limite all'autonomia privata che come imposizione al giudice al momento della decisione³⁵.

Sicché è evidente che un tale quadro normativo, suscettibile di ulteriori e costanti ribaltamenti giurisprudenziali, ben possa prolungare quell'incertezza della disciplina applicabile cui si è fatto riferimento poc'anzi.

In una materia così complessa, quale è quella della responsabilità sanitaria, che involge una serie di profili e di interessi anche di stampo marcatamente pubblicistico, sembra indispensabile servirsi delle (più oculate) esperienze di sistemi giuridici affini al nostro. Come è stato notato, la teoria del contatto sociale, infatti, è stata superata anche nell'ordinamento in cui è stata formulata, poiché considerata lacunosa e fallace da molti punti di vista. Pertanto, quello che in questa sede s'intende mettere in discussione non è tanto il regime di responsabilità applicabile ai casi di *medical malpractice* – che ben potrebbe essere mutuato dall'esempio d'oltralpe attraverso l'unificazione del regime –, quanto, piuttosto, la circostanza che il contatto sociale porta con sé il rischio di una costante incertezza.

Tutto quanto appena affermato in relazione al settore sanitario vale anche per le altre ipotesi in cui la giurisprudenza italiana ha ritenuto di poter applicare la teoria del contatto

³⁵ V. CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno e resp.*, 4/2017, p. 393; B. MEOLI – S. SICA, *Commentario alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, op. cit., p. 164.



sociale (si veda, in particolare, la natura della *culpa in contrabendo* nella recente Sentenza della III Sez. della Suprema Corte, ma anche la responsabilità dell'insegnante per i danni auto-inferti dagli allievi o, ancora, quella dell'intermediario finanziario)³⁶. Sono casi in cui alla relazione qualificata tra danneggiato e danneggiante è corrisposta una responsabilità da inadempimento, nonostante la responsabilità aquiliana ben avrebbe potuto tutelare gli interessi delle parti. Se ne ricava che la tendenza giurisprudenziale sia quella precipua di far prevalere il fine sul mezzo, ora applicando l'art. 2043, ora, invece, l'art. 1218 cod. civ., tralasciando di considerare la conseguenza primaria consistente nella frustrazione del sistema delineato dal nostro codice³⁷.

È proprio il carattere “modaiolo” della c.d. contrattualizzazione della responsabilità civile a porre all'interprete una serie di quesiti circa il ruolo che, attualmente, la responsabilità civile riveste e quello che occuperà nel prossimo futuro, soprattutto in riferimento ad attività altamente specialistiche³⁸.

Non si esclude *in nuce*, allora, la possibile qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico strutturato, a condizione che questa trovi la propria fonte in una norma che la preveda espressamente. In questo senso, infatti, occorre rinsaldare il legame tra formante legislativo e quello giurisprudenziale, al momento mossi da obiettivi opposti ed i cui effetti si riverberano negativamente sul diritto alla salute. Così si scongiurerebbe il pericolo di decisioni che, quasi arbitrariamente, possano individuare nuove fonti delle obbligazioni e che rispondano alle esigenze individuate dal legislatore. Sebbene, paradossalmente, il sistema atipico dell'illecito aquiliano maggiormente si presta ad essere utilizzato come risposta alle esigenze di una realtà sociale in costante evoluzione.

In conclusione, le prospettive offerte dall'analisi comparata consentono di ipotizzare un superamento della teoria del contatto sociale e, al contempo, inducono a prospettare la necessità che sia il formante legislativo, ancora una volta, a determinare con chiarezza ed esaustività la disciplina applicabile, predisponendo, di volta in volta, uno statuto *ad hoc* per ogni tipo di attività che possa ledere interessi meritevoli di tutela, piuttosto che, come di fatto invece avviene, rimettere alle Corti l'arduo compito di “creare” nuovi strumenti. Fa da sfondo la dottrina che, quando non milita³⁹ a favore della tesi giurisprudenziale, resta relegata al ruolo di mera commentatrice delle decisioni⁴⁰.

³⁶ Sul punto, v. anche S. SICA, *La responsabilità precontrattuale*, relazione svolta presso la Scuola estiva 2017 dell'Associazione Dottorati di Diritto Privato, Fisciano, 06/08 settembre 2018, Università degli studi di Salerno, atti in corso di pubblicazione.

³⁷ Cfr. S. SICA, *La responsabilità precontrattuale*, *ult. cit.* e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in AA.VV., *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. I. Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni – N. Matteo – E. Palici Di Suni Prat – L. Pegoraro – A. Procida Mirabelli Di Lauro – M. Serio, Torino, 2016, p. 173 ss.

³⁸ S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, in *Danno e Resp.*, 8-9/2002, p. 916.

³⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, *op. cit.*, p. 173 ss.; S. SICA, *Formanti e precedente nell'esperienza italiana*, Relazione svolta presso la Conferenza “L'avvocato cassazionista nel processo civile”, organizzata da Fondazione Scuola Forense Alto, Lucca, 1 febbraio 2018, in corso di pubblicazione.

⁴⁰ Cfr. P. STANZIONE, *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, in *Comparazione e diritto civile*, 1/2018, p. 7 ss. (<http://www.comparazionediritto civile.it/download/volumi/201801.pdf>).