

LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO DIPENDENTE E L'USO GIURISPRUDENZIALE DELLA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE

di Maria Vittoria Lumetti

- 1) L'attuale concezione della responsabilità del professionista medico. Il rapporto tra medicina e diritto
- 2) La natura giuridica della professione medica tra contratto e *tort*.
- 3) Le fonti dell'obbligo di cura del sanitario
- 4) La revisione del concetto di contratto e delle tecniche procedurali che conducono alla sua formazione della prospettiva extracontrattuale e i moduli nuovi di tutela giuridica
- 5) La crisi della *summa divisio* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Il progressivo abbandono della prospettiva extracontrattuale e i moduli nuovi di tutela giuridica
- 6) L'interpretazione estensiva dell'art. 1173: la dissociazione tra la fonte e l'obbligazione che ne scaturisce
- 7) La natura del rapporto che trilatera che lega il paziente, la struttura ospedaliera e il medico dipendente della struttura ospedaliera
- 8) Rapporto paziente - struttura ospedaliera: il contratto di ospedalità
- 9) Rapporto medico - struttura ospedaliera
- 10) Rapporto paziente- medico e la responsabilità del medico dipendente
- 11) La tesi della responsabilità aquiliana
- 12) Le tesi contrattuali
- 13) La problematica giuridica degli effetti del contratto. La figura della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo. Il contratto a favore di terzi
- 14) La sentenza della Cassazione n. 589 del 1999 e la riscoperta della responsabilità da contatto sociale
- 15) La genesi della responsabilità da contatto: il contratto di fatto e la svalutazione del dogma della volontà
- 16) Le ipotesi simili e le *guidelines* giurisprudenziali, l'amministratore di fatto, la responsabilità precontrattuale, il danno da procreazione, la responsabilità da contatto amministrativo
- 17) Gli effetti dell'accoglimento della tesi contrattuale. La responsabilità medica e il grado della colpa. L'applicazione in via diretta e non più analogica dell'art. 2236 c.c. Tendenza alla trasformazione da obbligazione di mezzi a obbligazioni di risultato.
- 18) Il riparto dell'onere della prova e la *res ipsa loquitur*
- 19) Il medico considerato come non un semplice *quisque de populo*
- 20) Gli effetti dello *shopping* del diritto e l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale
- 21) Conclusioni

1) L'attuale concezione della responsabilità del professionista medico. Il rapporto tra medicina e diritto

La responsabilità medica è strutturata come un sistema composito che non prende in considerazione il solo rapporto medico - paziente. Interessa i rapporti che si creano quando un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, poste in essere non solo dai medici, ma anche da personale con tipi diversi di professionalità

Il settore coinvolge tematiche di diritto costituzionale, amministrativo, statale, regionale, civile, penale, di deontologia professionale. Proprio per questo la responsabilità medica presenta caratteristiche *sui generis* e provoca il confronto dinamico tra giuristi e medici, sollevando molti quesiti nel rapporto medicina -diritto ed esperto-legislatore- giudice. E' inevitabile che la medicina influenzi il diritto e lo modifichi. L'indagine si traduce nell'analisi del *rapporto* intercorrente tra alcuni aspetti di fondamentale rilievo per l'epistemologia giudiziaria ⁽¹⁾ e le corrispondenti problematiche, dibattute nell'ambito della più generale

⁽¹⁾ Su questi punti fondamentali cfr. C. Pizzi, Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche, in La conoscenza del fatto nel processo penale, a cura di G. Uberto, Milano, 1992, 195; C. Pizzi, Fatti, coerenza, informazione, in Diritto pen. e processo, 1996, 245; M. Taruffo, Elementi per un'analisi del giudizio di fatto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1995, 785; A. Giuliani, Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo, in Soc. dir., 1986, 2, 81; N.

riflessione scientifica contemporanea. L'epistemologia scientifica si confronta con quella giudiziaria e si riverbera sul metodo del contraddittorio nella formazione della prova, sul grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto, sull'accertamento del nesso di causalità, che si avvale delle valutazioni giuridiche e della evoluzione delle conoscenze scientifiche e, da ultimo, sul risultato conoscitivo del processo ⁽²⁾. E' necessario, dunque, procedere ad un adeguato approfondimento dei presupposti culturali e delle opzioni metodologiche occorrenti per il controllo, da parte del legislatore e del giudice, sul sapere specialistico riversato nel processo, anche attraverso la consulenza tecnica. Da qui emerge il problema di come il diritto possa disciplinare una situazione che può talora presentare margini di incertezza sulla riscontrabilità degli effetti. La medicina oggi a buon diritto può essere ritenuta una scienza anche se, per molti aspetti ancora empirica, ma comunque sufficientemente esatta, soprattutto per quelle specialità ove la ricerca è stata incrementata anche attraverso l'applicazione di sofisticati strumenti tecnologici. Si è infatti persa quella "immaginifica concezione della medicina come un'attività dai margini e dalle certezze approssimative e dalle speranze sovente miracolistiche..." ⁽³⁾. Il contenzioso in materia di responsabilità civile per l'esercizio di attività sanitarie costituisce una tradizionale zona di contatto (e sovrapposizione) dei due volti dell'illecito civile: quello contrattuale ed extracontrattuale. Da almeno due decenni vive un'irrefrenabile *escalation*: la tendenza a non riversare sul paziente il rischio di danni, comunque riconducibili a trattamenti sanitari e/o all'assunzione di farmaci, all'uso di attrezzature diagnostiche o terapeutiche, oppure le disfunzioni organizzative del servizio, può cogliersi analizzando il modo in cui la giurisprudenza ha progressivamente elaborato le regole estrapolate dall'interpretazione estensiva delle norme che costituiscono il fondamento del diritto civile.

2) La natura giuridica della professione medica tra contratto e *tort*.

E' ormai acquisito nella coscienza giuridica il superamento della tradizionale identificazione del requisito dell'ingiustizia del danno con la violazione di un diritto soggettivo assoluto.

Si ritengono infatti meritevoli di tutela aquilana anche interessi connessi all'attività contrattuale.

Basti pensare alla responsabilità extracontrattuale da contratto che si ravvisa in tutte le ipotesi in cui un soggetto cagiona ad altri un pregiudizio economico attraverso la stipulazione di un contratto incompatibile con un preesistente accordo negoziale ⁽⁴⁾. Si delinea dunque un fenomeno osmotico tra vincolo obbligatorio e la regola del *neminem laedere*, tipica dell'ordinamento di *common law*, sistema basato sul principio di

Bobbio, Sul ragionamento dei giuristi, in L'analisi del ragionamento giuridico, a cura di Comanducci-Guastini, Torino; A. Arnio, La Teoria dell'argomentazione e oltre, in L'analisi del ragionamento...cit., 211; N. Mac Cormick, La congruenza nella giustificazione giuridica, in L'analisi del ragionamento...cit... 243; G.F. Ricci, Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica, in Riv. trim.dir. proc.civ., 2000, 1129; J. Wroblewski, Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto, in L'analisi...cit., 267; F.M. Catalano, Prova indiziaria, *probabilistic evidence* e modelli matematici di valutazione, in Riv. Dir. proc., 1996, 514; V. Denti, Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, in Riv. dir. proc., 1972, 414; L.G. Lombardo, Appunti sulle origini e sulle prospettive del libero convincimento, in Dir. e giurisprudenza, 1992, 17.

⁽²⁾ De Matteis, La responsabilità medica tra *scientia iuris* e regole di formazione giurisprudenziale, in Danno e resp., 1999, 7, 781; P. Pauri Contributo al corso residenziale indetto dal consorzio per la altra formazione e lo sviluppo della ricerca scientifica in diritto amministrativo sul tema: "La riforma del sistema sanitario regionale (la l.r. Marche 20 giugno 2003 n. 13) - Osimo 14-15 maggio 2004, in Diritto&Diritti, n. 9/2004; cfr. in generale C.M. Mazzoni, Una norma giuridica per la bioetica, Bologna, 1998.

⁽³⁾ "Si pensi per esempio all'ecografia che ha consentito addirittura di conoscere il sesso, le fattezze e quindi la situazione del feto mentre prima tale indagine era affidata solo alle analisi di laboratorio, o in ortopedia alle conquiste della biomeccanica e alle protesi sempre più perfette", R. Berti, La responsabilità medica secondo il diritto vivente in http://web.tiscalinet.it/ceredoc/html/*, o alla fecondazione artificiale, L. Navarra, Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo), in Foro It., 1999, I, 1653. Cfr. anche F.Neresini, Bioetica e medicina tra scienza, diritto e società, in Sociologia del diritto, 1995, 95.

⁽⁴⁾ S. Faillice, La responsabilità da contatto sociale, Padova, 2004, 4ss; M.Franzoni, La tutela aquiliana del contratto, in Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno, I contratti in generale, a cura di E.Gabrielli, II, Torino, 1999, 1599-1631; F.Galgano, Le mobili frontiere del danno ingiusto, in Contratto e impresa, 1985, 651 ss.; D.Poletti, Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto, in Contratto e impresa, 1987, 124 ss.; D.Poletti, La responsabilità extracontrattuale da contatto, in danno resp., 1999, 899 ss; G. Ferrando, La lesione del diritto di credito da parte di terzi, in Nuova giur.civ.comm., 1985, II, 340. G.Ponzanelli, Il *tort of interference* nei rapporti contrattuali: le esperienze nordamericane e italiana a confronto, in Quadrimestre, 1989, 99 ss.

tipicità dell'illecito civile. Numerosi sono i casi di *torts remedies for breach of contracts* che confermano nell'ordinamento nordamericano la labilità della tradizionale distinzione tra *contract* e *tort* ⁽⁵⁾. Anzi, parte della dottrina anglosassone ritiene che si possa giungere all'unificazione dei regimi di responsabilità ⁽⁶⁾. Tuttavia, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di *common law*, ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (*torts*), nei paesi di area romanistica tale responsabilità si inquadra, ora, in quella contrattuale (Cass. civ. III, 22.1.1999, 589). E' da evidenziare che la caratteristica strutturale della *American Tort Law* prevede, oltre al risarcimento di tutti i danni per lucro cessante, anche quello per danni (*punitive o exemplary damages*) concessi non tanto per finalità riparatorie, quanto per porre in essere un'azione di deterrenza di punizione volta a prevenire o evitare la commissione nel futuro di nuovi atti illeciti. Altro elemento di diversità consiste nel carattere *science-based* della regolazione della scienza negli Stati Uniti, ossia maggiormente informato a fatti e conoscenze scientifiche oggettive. Negli Stati Uniti i giudici hanno temperato il rigore scientifico assunto come base di partenza, rivendicando il proprio spazio di autonomia, a fronte della pretesa di oggettività della scienza. In Europa prevale un modo *policy-related* di interpretare il sapere scientifico: la scienza deve dare rilievo agli spazi di incertezza, riconoscendo i propri limiti – e non occultarli o trascurarli. Tali spazi sono colmati dalle diverse valutazioni adottate dal diritto. Dal punto di vista filosofico – sociologico la problematica è costituita dall'oggetto della *giustizia distributiva* e riguarda "la distribuzione delle risorse, delle opportunità, i profitti e i vantaggi, i ruoli e gli incarichi, le responsabilità e in generale il capitale comune e gli accessori delle attività della comunità...". L'oggetto della giustizia commutativa considera invece "tutti gli altri problemi, che riguardano quello che è necessario per il benessere individuale nella comunità, che sorgono in relazioni e scambi fra gli individui e/o gruppi, dove il capitale comune e quanto è richiesto per le attività comuni non sono direttamente chiamati in causa" ⁽⁷⁾. Ma non sempre la distinzione fra giustizia commutativa e distributiva è sempre chiara ⁽⁸⁾. E' importante osservare che nei paesi di *common law* il diritto è di formazione giudiziaria (*judge made law*), spontanea, consensualistica, casistica (per il singolo caso concreto), equitativa e consuetudinaria. Tutto ruota in gran parte sui simili precedenti, nell'analogia da fatto a fatto, sulla *ratio decidendi* equamente adattata: il diritto viene realizzato con regole ricavabili dal criterio adottato per risolvere il singolo caso concreto secondo equità. L'elemento legislativo è solo uno degli elementi che compongono il combinato empirico, non vincolante e neppure il più importante. Sono i giudici e le professioni liberali (avvocati) che in *common law* creano il diritto ⁽⁹⁾. Il diritto nei paesi di *civil law* è invece realizzato dal legislatore con norme generali e astratte. Nel nostro ordinamento si va sempre più configurando, nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, un tipo di responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto ⁽¹⁰⁾. La Cassazione ha più volte affermato che l'attore deve dimostrare solo l'esistenza di quel timore e che esso ha causato oggettivamente la perdita di valore del bene, ma non la ragionevolezza del comportamento del

⁽⁵⁾ S.Chutorian, *Torts remedies for breach of contract: the expansion of tortious breach of implied convenent og good faith and fair dealing into the commercial realm*, in Col. L.Rev., 1986, 377 ss.

⁽⁶⁾ G.Gilmore, *The theory of contract*, Columbus (OHIO), 1974; S. Chutorian, *Tort remedies...* op. cit., 377 ss.; W. Prosser, *the border land of tort and contract*, Ann Arbor, 1953.

⁽⁷⁾ U. Izzo, *Per una semantica della precauzione*, in www.ambientediritto.it; U. Pagano, *Economia e diritto*, in www.econ-pol.unisi.it. J. Finnis osserva come molte delle regole della *common law of torts* venissero viste prima del 1950 come degli strumenti atti a realizzare la giustizia commutativa e, in particolare, la giustizia correttiva nel senso di Aristotele. Una delle due parti era tenuta a compensare l'altra per il danno subito e a correggere così la violazione della giustizia commutativa. La domanda fondamentale che sembrava porsi questo tipo di approccio era: "Come qualcuno danneggiato dal torto di un altro potrebbe essere riportato alla condizione in cui si trovava precedentemente?". Questa domanda, che è quella fondamentale della giustizia commutativa è stata spesso sostituita dalla seguente domanda: "Come vanno suddivisi i rischi della vita in comune?" che è una domanda tipica della giustizia distributiva.

⁽⁸⁾ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 166 ss.

⁽⁹⁾ Com'è noto il sistema di *common law* è il frutto di una lenta, radicale profondissima e remotissima evoluzione che fa tesoro di tutte le precedenti esperienze storiche, conservando quanto di positivo esse hanno apportato fino all'attualità F.Galgano, *Tipicità ed atipicità dell'illecito in common law*, in *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1992, 145 ss.; M.Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, 826.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass. civ. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

pubblico ⁽¹¹⁾. Sul medico, infatti, gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa e il vincolo con il paziente sussiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione: la violazione si configura come *culpa in non faciendo*, e da origine a responsabilità contrattuale. Si tratta di rapporti sorti per obbligo sociale di prestazione, anche perché il medico può svolgere la propria attività in diversi contesti. La teoria tradizionale sostiene che l'obbligazione inerente alla sua prestazione professionale, costituisce un'obbligazione di mezzi o di diligenza, e non di risultato o di scopo. Fino agli inizi degli anni settanta, l'orientamento della giurisprudenza e di larga parte della dottrina era univoco: affinché questa colpa potesse essere rilevante ai fini civile e penali, doveva possedere i requisiti della gravità, in quanto costituiva una palese violazione della diligenza comune ed elementare. La distinzione tra colpa per imperizia e colpa per imprudenza e negligenza era pertanto netta (12). Come vedremo, la tendenza attuale è quello di inquadrare la responsabilità contrattuale del medico nell'ambito di una obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto: è dunque possibile dissociare la fonte dell'obbligazione che ne scaturisce, in modo che quest'ultima possa essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. Si tratta di una applicazione del criterio della *proximity*, o della prossimità del terzo, criterio già utilizzato dalla giurisprudenza anglosassone al fine di estendere l'ambito di operatività della responsabilità contrattuale anche alla posizione di soggetti estranei alla pattuizione contrattuale in tutti i casi in cui alla luce delle circostanze concrete, tale posizione sia caratterizzata da un particolare grado di "prossimità" o vicinanza rispetto agli interessi presi in considerazione nel contratto ⁽¹³⁾. L'ultima tesi elaborata da dottrina e giurisprudenza è quella di ipotizzare la responsabilità contrattuale del medico dipendente ospedaliero come nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in quanto sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa e il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad una obbligazione di prestazione. La violazione di tale obbligo si configura come *culpa in non faciendo*, e dà origine a responsabilità contrattuale ⁽¹⁴⁾. In realtà, come vedremo, è l'esperienza tedesca che risulta essere più vicina a noi non solo per il dato in comune dello stesso sistema di *civil law* (da non sottovalutare) ma perché, pur contemplando un diverso regime di responsabilità civile, ha fornito lo spunto per introdurre anche in Italia la teoria del contatto sociale.

3) Le fonti dell'obbligo di cura del sanitario

Le fonti dell'obbligo di cura possono derivare da un contratto, da una fonte legale o provvedimentale, da un atto unilaterale ai sensi dell'art. 1173 c.c. L'obbligazione di una determinata prestazione da parte del medico può avere origine non contrattuale, come nel caso di una situazione di urgenza ove la prestazione dell'attività prescinde da una preesistente obbligazione nei confronti del beneficiario ⁽¹⁵⁾. Talora l'incarico è conferito dalla Pubblica amministrazione e non dal soggetto interessato, in vista del perseguimento del pubblico interesse. Altre volte il rapporto obbligatorio è in favore di un terzo beneficiario, come nel caso dei familiari che affidino la cura del proprio congiunto, incapace di intendere e volere, ad un medico di loro fiducia. La responsabilità contrattuale di chi esercita l'attività medico-chirurgica trova la sua fonte nel rapporto contrattuale di opera professionale di cui all'art. 2229 e segg. Cod. civ. In altri casi può derivare da una gestione di affari altrui ex art. 2028 c.c., da un arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. ⁽¹⁶⁾, o anche da ordinanze con tingibili e urgenti ⁽¹⁷⁾. Il contratto può essere d'opera professionale ai sensi dell'art. 2229,

⁽¹¹⁾ C. Castronuovo, L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 198; S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001, 76.

⁽¹²⁾ In merito ad un *excursus* circa l'evoluzione giurisprudenziale cfr. P. Pauri *Contributo al corso...* cit.

⁽¹³⁾ F. Caringella, *Studi di Diritto Civile*, Milano, 2003, 974.

⁽¹⁴⁾ F. Caringella, *Studi...* op. cit., 971.

⁽¹⁵⁾ Cfr. in generale sulla problematica Nardi, C. Cipolla, D'Abruzzo, *La responsabilità del medico in medicina d'urgenza e Pronto Soccorso*, Torino, 1996.

⁽¹⁶⁾ L'azione di indebito arricchimento è esperibile dal medico nei confronti della PA solo qualora sia intervenuto il riconoscimento dell'utilità pubblica dell'opera. La mancanza del riconoscimento è desumibile anche dall'esistenza di un divieto, da parte dell'ente, di effettuare l'opera o la prestazione.

⁽¹⁷⁾ F. Caringella, *Studi...* op. cit., 1027.

c.c., o di lavoro subordinato, alle dipendenze di una struttura sanitaria pubblica o privata (in cui il rapporto di lavoro è di natura privatistica, anche se il datore di lavoro è un ente pubblico). In quest'ultimo caso il paziente stipula un contratto con una casa di cura e viene affidato ad un medico dipendente dalla stessa struttura sanitaria: si crea quella che è stata definita una "dicotomia tra la parte formale del contratto di cura e il soggetto che effettivamente esegue la prestazione pattuita, ciò che ha dato luogo a numerosi dibattiti intorno alla natura della responsabilità dei soggetti coinvolti e, segnatamente, del medico dipendente" ⁽¹⁸⁾. La genesi di un contratto può dipendere dalla volontà, dal comportamento negoziale e, in determinati casi, da un fatto. In ogni caso il contenuto dell'obbligazione contrattuale o non, che insorge in capo al medico al momento in cui si accinge ad intervenire professionalmente nell'interesse del paziente, è costituito, oltre che da un'attività "diligente" rivolta verso un risultato utile per la sua integrità psicofisica sulla base delle regole dell'arte sanitaria, anche da una serie di doveri complementari all'obbligazione principale, rivolti alla correttezza, alla segretezza ed al rispetto della persona umana sotto ogni profilo, avuto riguardo alle particolari condizioni personali in cui si trova il destinatario dell'attività professionale, ben evidenziate dal codice deontologico. La violazione delle suddette obbligazioni accessorie dà luogo a responsabilità extracontrattuale ⁽¹⁹⁾.

4) La revisione del concetto di contratto e delle tecniche procedurali che conducono alla sua formazione

Se il danneggiato agisce in giudizio nei confronti del datore lavoro del medico il giudizio di responsabilità è di tipo contrattuale. Se agisce invece direttamente nei confronti del medico l'azione era, sino a tempi recenti, di tipo extracontrattuale, in quanto il medico è terzo rispetto al rapporto paziente-istituzione.

Al fine di evitare diversificazioni ritenute ingiustificate rispetto alle ipotesi in cui il rapporto professionale sia direttamente instaurato tra paziente e medico con il contratto d'opera professionale, a fronte di prestazioni sostanzialmente identiche, la giurisprudenza ha sussunto nell'ambito della responsabilità contrattuale anche quella precedentemente ascritta alla responsabilità di tipo extracontrattuale, in base all'elaborazione della categoria del contatto sociale. Il medico dipendente avrebbe, secondo tali ultime tesi giurisprudenziali, la medesima responsabilità professionale incombente sulla struttura sanitaria, stante la comune radice delle obbligazioni che i due soggetti assumono verso i terzi (obbligazioni *ex contractu*).

La Cassazione, con la sentenza 22.1.1999, n. 589, ⁽²⁰⁾ lascia emergere il concetto di contatto sociale al fine di giustificare il sorgere di una obbligazione contrattuale a carico del medico, che può essere sottoposta alle regole proprie del contratto, pur se il fatto generatore non è il contratto. Il tentativo di ricostruzione unitaria prende le mosse dalla negazione del valore della dichiarazione di volontà avanzata dai primi autori tedeschi, con esaltazione del comportamento delle parti valutato nella sua tipica conclusione, quale esplicazione dell'autonomia privata approvata e protetta dall'ordine giuridico ed integrante un comportamento negoziale. La *pôle de reference* è l'abbandono del concetto di contratto sostenuto da un accordo necessariamente dichiarato, ben potendo derivare il vincolo da un consapevole contatto tra le sfere di interessi di due consociati, unito alla statuizione di un regolamento di interessi ⁽²¹⁾. Non conta l'intenzione o la consapevolezza, ma il comportamento considerato come negoziale in forza di una valutazione socialmente tipica ⁽²²⁾.

5) La crisi della *summa divisio* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Il progressivo abbandono della prospettiva extracontrattuale e i moduli nuovi di tutela giuridica

⁽¹⁸⁾ F. Caringella, Studi...op. cit. ..., 1027.

⁽¹⁹⁾ M. Bilancetti, La responsabilità penale e civile..., cit., 823 e 987.

⁽²⁰⁾ Cass. 22.1.1999, n. 589 in Corr. Giur., 1999, 441. In senso analogo si veda Cass 2.12.1998, n. 12233, in Giust. Civ. Mass. 1998, 2521, e Cass. 27.7.1998 n. 7336 in Resp. Civ. e prev., 1999, 996; Cass. 12.2.2044 n. 10297 in Diritto e Giust. del 17.7.2004, 38.

⁽²¹⁾ Cfr. E. Betti, Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, in Ju s, 1957, 353; F. Caringella, studi..., op. cit., 1588.

⁽²²⁾ G. Stella Richter, Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato, in Riv. Dir.proc., 1977, 197; F. Caringella, Studi..., op. cit., 1590.

Parte della dottrina tende ad inquadrare la materia della responsabilità medica in termini di vero e proprio sottosistema della responsabilità civile pretoria, dove i due diversi profili, contrattuale ed aquiliano, sfumano. Vengono creati moduli nuovi di tutela giuridica che offrono nuovi criteri valutativi.

Il contenzioso in materia di responsabilità civile per l'esercizio di attività sanitarie sta diventando sempre più zona di contatto e sovrapposizione dei due volti dell'illecito civile: quello contrattuale ed extracontrattuale, soprattutto negli ultimi due decenni. Si registra sempre più la tendenza a non riversare sul paziente il rischio di danni riconducibili a trattamenti sanitari e all'assunzione di farmaci, all'uso di attrezzature diagnostiche o terapeutiche, o a disfunzioni organizzative del servizio. La suddetta tendenza si coglie nei principi che via via la giurisprudenza è andata elaborando. La teoria del contatto sociale da ultimo elaborata risente dei labili confini tra responsabilità contrattuale e aquiliana. La crisi della *summa divisio* aveva già dato origine alla elaborazione della categoria del contratto di fatto. Istituti al confine tra contratto e fatto illecito sono la responsabilità precontrattuale, la responsabilità per false informazioni, la responsabilità da contatto amministrativo, oltre che quella del medico dipendente di una casa di cura.

6) L'interpretazione estensiva dell'art. 1173: la dissociazione tra la fonte e l'obbligazione che ne scaturisce

Come vedremo la responsabilità dei medici dipendenti dalla struttura ospedaliera inizialmente era inserita nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. La svolta è avvenuta con la sentenza della Cassazione n. 589 del 1999 che ha giustificato la responsabilità del medico dipendente sulla base della teoria del contatto sociale. L'applicazione della disciplina in tema di responsabilità contrattuale anche ai rapporti che sono sorti attraverso il solo obbligo sociale di prestazione scaturisce dall'estensione dell'ambito delle fonti di obbligazione (artt. 1173) ⁽²³⁾. L'art. 1173 c.c., che stabilisce che le obbligazioni derivano da contratto, fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale, come il diritto alla salute, che trascendono singole proposizioni legislative ⁽²⁴⁾. L'art. 1173 c.c. viene interpretato estensivamente e da esso si enuclea un *tertium genus* di fonte dell'obbligazione. Il medico è tenuto ad adempiere obblighi di cura che derivano dalla sua appartenenza ad una professione protetta su cui il paziente ha fatto affidamento entrando in contatto con il medico, pur in assenza del formale negozio giuridico.

7) La natura del rapporto che trilatera che lega il paziente, la struttura ospedaliera e il medico dipendente della struttura ospedaliera

Tra paziente, struttura ospedaliera e medico dipendente si crea un rapporto trilatero che vede il paziente legato alla struttura ospedaliera da un contratto atipico di ospedalità, il medico da un contratto di lavoro subordinato con la struttura ospedaliera e il paziente legato da un rapporto con il medico dipendente la cui natura è controversa. La novità dei recenti interventi giurisprudenziali consiste proprio nel fatto che si spezza il legame tra colpa del sanitario e responsabilità dell'ente dell'ente. Il rapporto trilatero risulta così ampliato, in quanto in capo all'ente si configurano sempre di più aspetti di *marketing* e gestionali della struttura sanitaria. Il deficit organizzativo diventa fonte autonoma di responsabilità delle strutture e si delineano sempre più i doveri di organizzazione. Imprescindibile è, dunque, approfondire la natura del rapporto che lega struttura ospedaliera, medico dipendente e paziente. Se il danno è cagionato ad un paziente da un'errata diagnosi, con conseguente non corretto trattamento terapeutico da parte di un medico dipendente di un ente ospedaliero pubblico, ci si chiede a che titolo risponde il sanitario dipendente di una struttura ospedaliera. Il paziente, infatti, è sottoposto alle sue cure. La particolarità risiede nella dicotomia tra la parte formale del contratto di cura e il soggetto che effettivamente esegue la prestazione pattuita. Ciò ha dato luogo a numerosi dibattiti sulla natura della responsabilità del medico dipendente. Le problematiche

⁽²³⁾ Cfr. G. Cian, La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti, in Riv. dir. Civ., 2003, 8. Cfr. anche M. Giorgianni, Appunti sulle fonti delle obbligazioni, in Riv. dir. civ., 1965, I, 72 ss.

⁽²⁴⁾ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589; Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in Rep. Foro it. 1993, voce Contratto in genere (contratto, atto e negozio, in genere), n. 207.

sorgono in riferimento al rapporto tra paziente e medico ed è in riferimento a questa ultima ipotesi che è stata elaborata la teoria del “contatto sociale”.

8) Rapporto paziente - struttura ospedaliera: il contratto di spedità

È ormai consolidata l'opinione che riconosce la natura contrattuale del rapporto intercorrente tra il paziente e la struttura dipendente dall'ente sanitario nazionale. Tale riconoscimento si basa sulla considerazione che il servizio è reso dalla struttura nell'interesse ed a vantaggio dei privati che, fattane richiesta, ne usufruiscono. Il contratto tra ente e paziente è un contratto atipico ed è definito di “spedità”. Alle prestazioni sanitarie si accompagnano quelle di altra natura, piuttosto assimilabili a quella derivanti dal contratto di albergo (vitto alloggio riscaldamento) ed altre ancora, come quelle organizzative, di sicurezza delle attrezzature e quelle specificamente assistenziali dei pazienti. Il contratto si perfeziona già prima dell'inizio del trattamento o degli accertamenti con l'accordo tra le parti o con l'inizio della attività propriamente diagnostico con l'accettazione nella struttura sanitaria ⁽²⁵⁾. L'ente non si trova rispetto ai privati in una posizione di potere ma di parità, in quanto a seguito della richiesta di ricovero o, più in generale, della prestazione medica, si costituisce un rapporto giuridico, strutturato su di un diritto soggettivo del privato e sul dovere della prestazione dell'ente. Va peraltro detto che negli ultimi anni parte della giurisprudenza ha mutato le sue posizioni originali per quanto concerne l'individuazione dello specifico rapporto contrattuale che sorge fra ospedale e paziente. L'orientamento tradizionale ritiene che l'attività svolta dall'ente che eroga il servizio sanitario sia simile all'attività svolta dal medico nell'esecuzione dell'obbligazione privatistica della prestazione. Al rapporto fra ente e paziente si applicherebbero quindi in via analogica le norme che disciplinano il contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli artt. 2229 e segg. cod. civ. In questo ambito, il presupposto essenziale per l'affermazione della responsabilità contrattuale dell'ente diviene l'accertamento di un comportamento non diligente del sanitario il cui operato è riferibile all'ente o attraverso il richiamo all'art. 28 della Costituzione – che enuncia il principio della c.d. immedesimazione organica - o attraverso il richiamo all'art. 1228 cod. civ. che disciplina la responsabilità del debitore per il fatto dei propri ausiliari. Ulteriore corollario di tale ricostruzione sistematica è l'applicabilità dell'art. 2236 cod. civ. in tema di prestazione particolarmente complessa. L'orientamento che potremmo definire emergente muove invece dalla constatazione che i servizi erogati dalla struttura ospedaliera sono molto più ampi e complessi rispetto a quelli resi dal singolo medico, tenuto anche conto della forma “organizzata” attraverso cui sono gestiti. Per questo motivo è stata prospettata una diversa qualificazione del rapporto struttura-paziente che troverebbe la sua fonte in un contratto “innominato”, vale a dire un contratto non espressamente previsto dalla legge, che è stato definito come “contratto di spedità”⁽²⁶⁾. Alla base di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale vi è la considerazione che ciò che caratterizza il servizio reso dall'ospedale rispetto a quello reso dal medico tradizionale è la natura “organizzata, multi settoriale e complessa” per cui è lecito attendersi che la gestione delle risorse umane e delle attrezzature di cui dispone la struttura sia ispirata a parametri di efficienza organizzativa che riducano al minimo, o almeno a livello accettabile, il rischio cui è sottoposto il paziente durante il ricovero. Con la conseguenza che ove tale efficienza organizzativa manchi, la struttura dovrebbe essere ritenuta responsabile indipendentemente da una colpa del singolo medico. La novità della ricostruzione consiste proprio nello spezzare il legame tra colpa del sanitario e responsabilità dell'ente per riconoscere una responsabilità autonoma della struttura per violazione di doveri suoi propri, tra i quali spicca il dovere di organizzazione. La configurazione della deficienza organizzativa come fonte autonoma di responsabilità della struttura, chiamata a rispondere dei danni occorsi al paziente a causa dell'inadempimento del contratto di cura o di spedità intercorso con lo stesso, costituisce un ulteriore sviluppo della dinamica giurisprudenziale volta ad aumentare le possibilità di ristoro del danneggiato in caso di *medical malpractice*. Il nuovo approccio della giurisprudenza produce riflessi importanti anche sulla posizione del medico. Difatti, il difetto organizzativo fa gravare sul sanitario nuovi e diversi compiti,

⁽²⁵⁾ M. Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, 2006, 1071.

⁽²⁶⁾ S. Meani, La responsabilità civile del medico...op.cit.

rappresentati dall'obbligo di informare il paziente anche in merito alle eventuali carenze strutturali e dalla necessità di una maggiore diligenza richiesta dalla difficile situazione ambientale in cui si svolge la prestazione medica. Secondo la giurisprudenza precedente il paziente che si presentava in una struttura sanitaria per sottoporsi ad una visita o ad un ricovero, concludeva con la stessa struttura un contratto per prestazione d'opera⁽²⁷⁾. La natura contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera si ritiene ora essere riconducibile ad un contratto atipico di spedalità, in quanto ben più articolato rispetto allo schema del contratto per prestazione d'opera⁽²⁸⁾. L'esigenza di superare la tradizionale qualificazione in termini di contratto di prestazione d'opera intellettuale nasce dalla convinzione che fra la responsabilità del medico e quella del paziente non vi sia una perfetta coincidenza, dato che la prestazione *strictu sensu* medica è solo una parte della più complessa obbligazione assunta dall'ente. Tale obbligazione comprende, accanto alla prestazione principale di cura, anche una serie illimitata di cure, e di prestazioni che la struttura fornisce al malato: l'alloggio, la ristorazione, la sicurezza degli impianti e dei locali in cui si svolgono le operazioni sanitarie, l'organizzazione dei turni del personale medico, paramedico ed infermieristico, la messa a punto di programmi per il buon funzionamento delle attrezzature paramedicali, ecc. Alla base di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale vi è la considerazione che ciò che caratterizza il servizio reso dall'ospedale rispetto a quello reso dal medico tradizionale è la natura organizzata, multisetoriale e complessa. E' lecito, dunque, attendersi che la gestione delle risorse umane e delle attrezzature di cui dispone la struttura sia improntata a parametri di efficienza organizzativa che riducono al minimo o a livello accettabile, il rischio cui è sottoposto il paziente durante il ricovero. Ne consegue che qualora tale efficienza manchi, la struttura dovrebbe essere ritenuta responsabile indipendentemente da una colpa del singolo medico. La novità della ricostruzione consiste proprio nello spezzare il legame tra colpa del sanitario e responsabilità dell'ente per riconoscere una responsabilità autonoma della struttura per violazione dei doveri suoi propri, tra i quali spicca il dovere di organizzazione⁽²⁹⁾.

9) Rapporto medico - struttura ospedaliera

Tra il medico che esercita la sua professione all'interno dell'ospedale e l'ente ospedaliero intercorre un rapporto di lavoro subordinato, così come è un rapporto di lavoro subordinato il rapporto tra la struttura sanitaria e il paziente, mentre tra paziente e medico vi è un contratto d'opera professionale. L'esecuzione dell'obbligazione che l'ospedale contrae con il malato è in concreto demandata ad un lavoratore dipendente, anche se non vi è identità tra la prestazione complessiva che in virtù del contratto concluso il paziente ha il diritto di pretendere dall'ospedale, e la frazione di quella prestazione che il medico fornisce al paziente stesso⁽³⁰⁾. La responsabilità dell'ente pubblico è diretta in forza del rapporto di immedesimazione organica, che attribuisce all'ente l'operato del medico e la responsabilità di quest'ultimo. La radice si rinviene nell'esecuzione colposa della prestazione professionale, ossia nello stesso fatto. Quale corollario ulteriore ne deriva che è la stessa normativa che, disciplinando la prestazione professionale medica regola anche la responsabilità dell'ente pubblico.

⁽²⁷⁾ Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in Arch. civ., 1998, 6, 659; Trib. Napoli, 15 febbraio 1995, in Gius., 1996, 87; Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in Rass. dir. civ., 1995, 908, con nota di Venneri; cfr. in dottrina G. P. Monateri, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, IV, Torino, 1998, 769.

⁽²⁸⁾ Pret. Tomezzo 21 aprile 1997, in Riv. it. medicina legale, 1999, 1730; Cass. civ. sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in Riv. It. Medicina Legale, 1995, 1275; Cass. 1.3.1988, n. 6144, in Foro it., 1988, I, 2296, con nota di A. M. Princigalli; Nuova giur. civ., 1991, I, 357, nota di R. Pucella.

⁽²⁹⁾ S. Meani, La responsabilità civile del medico...op.cit. "La crescente importanza rivestita dagli aspetti organizzativi e gestionali, dell'adeguatezza strutturale del luogo di cura e del controllo della qualità del servizio erogato è confermata anche a livello legislativo. Si veda, fra gli altri, il D.P.R. 14 gennaio 1997 che in un apposito atto allegato stabilisce i requisiti minimi di tipo strutturale, organizzativo e tecnologico necessari per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private. Lo stesso procedimento di accreditamento istituzionale introdotto con il D. Lgs. n. 229 del 1999 presuppone l'identificazione da parte delle Regioni di requisiti minimi (ulteriori rispetto a quali previsti a livello nazionale per ottenere l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitaria) e dei rispettivi indicatori".

⁽³⁰⁾ F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale", in Giur. it., 2000, 740, il quale ipotizza la figura allegorica del triangolo dove in tutti i tre i lati ricorre una ipotesi di legame contrattuale.

10) Rapporto paziente- medico e la responsabilità del medico dipendente

Il rapporto medico - paziente ha subito notevoli evoluzioni nel tempo. I rapporti economici e sociali sono in rapida evoluzione, anche con riguardo al trattamento che si vuole garantire al soggetto destinatario delle attività sanitarie, nel quadro dell'effettiva realizzazione del precetto costituzionale contenuto nell'art. 32 cost. È cambiata la libera professione medica, sono cambiate le esigenze del paziente che ha sempre più consapevolezza dei propri diritti, l'intervento pubblicistico ha presentato talora delle disfunzioni⁽³¹⁾. Se lo schema formale rimane fermo nel tempo, la valutazione dei comportamenti ha assunto nuove prospettive. Le problematiche che il settore coinvolge riguardano principalmente la natura della responsabilità del medico, l'oggetto della prestazione, la ripartizione dell'onere della prova (*onus probandi*), la colpa e la diligenza, il nesso causale tra condotta ed evento. Fino a qualche anno fa l'individuazione della natura della responsabilità per i danni arrecati in seguito a negligente svolgimento dell'attività diagnostica e terapeutica, veniva risolta in base alla circostanza che il contatto fra il medico fosse o meno mediato da una struttura pubblica (illecito aquiliano) o privata (illecito *ex contractu*). L'aspetto di novità negli ultimi anni è costituito proprio dalla nuova ricostruzione della natura della responsabilità del medico dipendente da ente pubblico⁽³²⁾. L'ultimo orientamento della giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Cass n. 589 del 1999, ha affermato che, pur non potendosi ravvisare un contratto la responsabilità del medico dipendente da una struttura pubblica nei confronti del paziente, in realtà si configura un "contatto sociale", che si instaura in seguito all'affidamento del paziente alle cure del medico. Da detto affidamento consegue che i regimi di ripartizione dell'onere della prova, del grado di colpa e della prescrizione sono quelli previsti dal contratto di opera intellettuale professionale. Circa il rapporto tra paziente e medico sono state elaborate tre tesi principali: la prima, quella più risalente nel tempo, ritiene che il sanitario dipendente risponda a titolo di responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁽³³⁾, la tesi intermedia attribuisce una valenza contrattuale al rapporto con riferimento ai c.d. contratti protettivi o a favore di terzi, mentre l'ultima aderisce alla tesi del contratto di fatto o responsabilità da contatto. La giurisprudenza è partita, dunque, da una qualificazione che si inseriva nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, per arrivare a ritenere applicabili i principi dettati in tema di responsabilità contrattuale. La svolta è avvenuta con la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 589 del 1998 che ha giustificato la responsabilità contrattuale del medico dipendente sulla base della teoria del c.d "contatto sociale". Analizzeremo le suddette tesi e le conseguenze che derivano dall'adozione delle une o delle altre.

11) La tesi della responsabilità aquiliana

L'orientamento dottrinale risalente nel tempo ipotizzava la responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c. in capo al sanitario dipendente⁽³⁴⁾. Il fondamento giuridico del regime della responsabilità extracontrattuale è stato individuato nella assenza di un vincolo contrattuale con il paziente, in quanto il medico è legato solo all'ente ospedaliero da un rapporto di lavoro subordinato. La Cassazione è pervenuta a costruire una particolare ipotesi di cumulo definito improprio⁽³⁵⁾: il cumulo ricorre quando da un medesimo comportamento derivano sia un inadempimento contrattuale, sia un danno ingiusto in quanto lesivo di un diritto oggetto di tutela, indipendentemente dal rapporto negoziale⁽³⁶⁾. Sotto il profilo processuale questa figura si risolve in una situazione di concorso di azioni esercitabili, tanto in via elettiva quanto cumulativa, qualora sia possibile assommare nello stesso processo i vantaggi dell'azione contrattuale e quelli dell'azione

⁽³¹⁾ P. Pauri, La responsabilità civile...op.cit.

⁽³²⁾ S.Mazzamuto, note in tema di responsabilità civile del medico, in Europa dir. priv., 2000, 504.

⁽³³⁾ Cass., 20 novembre 1998, n. 11743, in Resp. Foro it., 1998, voce "Professioni intellettuali", n. 165, Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in Giur. it., 1981, I, 1, 297.

⁽³⁴⁾ Cass., 20 novembre 1998, n. 11743, in Resp. Foro it., 1998, voce "Professioni intellettuali", n. 165, Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in Giur. it., 1981, I, 1, 297.

⁽³⁵⁾ Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, n. 2750; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in Giur. it., 1990, I, 600 con nota di Carusi; Cass. 7 agosto 1982, n. 4437, in Resp. civ. e prev., 1984, 78, con nota di C. Somarè.

⁽³⁶⁾ G. Ponzanelli, Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto, in Resp. civ. prev., 1984, 36; cfr. anche sull'argomento in generale G. P.Monateri, Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema). Padova, 1989, 41.

aquiliana ⁽³⁷⁾. L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura ⁽³⁸⁾. Conseguentemente, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale. Costantemente, si è affermato che la extracontrattualità dell'illecito del medico dipendente non osta all'applicazione analogica dell'art. 2236, in quanto la *ratio* di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito. Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza del 6 Maggio 1971 n. 1282 ⁽³⁹⁾, hanno ritenuto che la responsabilità dell'Ente Ospedaliero e del medico dipendente per i danni subiti da una paziente, "può essere affermata solo se risulti che l'autore del fatto lesivo abbia agito con dolo o colpa grave" ⁽⁴⁰⁾. Il problema, più di prassi che di merito, si accentrava sul

⁽³⁷⁾ Cfr. anche la sentenza della Cassazione n. 500 del 27 luglio 1999, in Guida al dir., 1999, 31, 36; G.P. Monateri, voce cumulo di azioni, in Digesto civ., V, Torino, 1989, 41; R. Sacco, Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, Milano, 1983.

⁽³⁸⁾ In tal senso: Cass. 13 luglio 1945, n. 539, in Giur. it. 1946, I, 1, 332; Cass. 27 gennaio 1948, n. 111, in Giur. compl. Cass. civ. 1948, I, 112; Cass. 15 giugno 1954, n. 2016, in Rass. dir. san. 1955, 3, con nota di Borelli, in Giur. it. 1955, I, 1, 276, con nota contraria di Peretti - Griva e in Giur. compl. Cass. civ. 1955, II, 56, con nota contraria di Di Salvo, App. Napoli 27 luglio 1956, in Rass. dir. san. 1956, 134; App. Roma 11 febbraio 1959, in Arch. ric. giur. 1960, 488, con nota di Capocaccia; Cass. 27 febbraio 1962, n. 363, in Giust. civ. 1962, I, 1061; Cass. 25 luglio 1964, n. 2057, in Mass. giur. it. 1964, 678; App. Milano 16 ottobre 1964, in Foro it. 1965, I, 1083; Cass. 24 luglio 1965, n. 1744, in Giur. it. 1965, I, 1, 1304; Cass., Sez. Un., 25 luglio 1966, n. 2039, in Mass. giur. it. 1966, 903; App. Firenze 20 settembre 1966, in Rep. Foro it. 1967, voce Professioni intellettuali, n. 78; Cass. 6 marzo 1967, in Rep. Foro it. 1967, voce Reato colposo, nn. 111-112; Cass. 25 luglio 1967, n. 1950, in Giust. civ. 1967, I, 1772; Cass., Sez. Un., 20 dicembre 1967, 2980, in Foro amm. 1968, I, 1, 233; Corte Cost. 14 marzo 1968, n. 2, in Giur. it. 1968, I, 1, 912, con nota di Duni, La Corte costituzionale di fronte all'art. 28 ed al problema della responsabilità civile degli enti pubblici; Cass. 21 febbraio 1969, n. 584, in Rep. Foro it. 1969, voce Responsabilità civile, n. 313; Cass. 6 marzo 1969, n. 733, in Mass. giur. it. 1969, 299 (solo massima); Cass. 12 maggio 1969, n. 1619, in Foro it. 1969, I, 3184; Cass. 6 febbraio 1970, n. 263, id., 1970, I, 2135, con nota di richiami; Cass. 5 marzo 1970, n. 533, in Rep. Foro it. 1970, voce Responsabilità civile, n. 55; Cass. 20 luglio 1970, n. 1187, in Foro it. 1970, I, 2080, con nota di richiami; Cass. 6 maggio 1971, n. 1282, in Giust. civ. 1971, I, 1417; in Foro it. 1971, I, 1476; in Giur. it. 1971, I, 1, 1396; Cass. 13 ottobre 1972, n. 3044 e 15 dicembre 1972, n. 3616, in Foro it. 1973, I, 1170 e 1474, con note di richiami; Cass. 16 giugno 1975, n. 2439, in Foro it. 1976, I, 745, in Giur. it. 1976, I, 1, 953; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in Rep. Foro it. 1977, voce Professioni intellettuali, n. 62; Cass. 5 ottobre 1976, n. 3273, in Foro it. 1977, I, 450, con nota di richiami; Cass. 18 aprile 1978, n. 1845, in Rep. Foro it. 1978, voce cit., n. 359; Trib. Verona 25 settembre 1978, id., 1979, voce Responsabilità civile, n. 106 e in Giur. merito 1979, 390, con nota di U. Ferrante; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in Foro it. 1978, I, 4; Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in Giust. civ. 1979, I, 1440; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428 in Rep. Foro it. 1990, voce Professioni intellettuali (responsabilità del professionista), n.113; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, id., 1997, voce Danni civili (liquidazione e valutazione), n. 269, voce Professioni intellettuali (responsabilità del professionista), n. 118; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, in Foro it. 1998, I, 1521, in Arch. civ.1998, 659. In dottrina: Alessi, La responsabilità della pubblica amministrazione, Milano, 1955, 274 e segg.; A.M. Sandulli, Manuale di dir. amministrativo, Napoli, 1969, 671 e 672; Toini, Fatto illecito civile come presupposto della responsabilità civile della p. a. e del pubblico funzionario o dipendente in relazione all'art. 28 cost., in Amm. it. 1969, 411; C. Cattaneo, La responsabilità del professionista, Milano, 1958, 12e segg.; Altavilla, La colpa, Torino, 1957, II, 19; G. A. Norelli, Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico - legali, in Riv. it. medicina legale 1985, 789; P. D'Ovidio, Prospettività di una responsabilità dell'amministrazione pubblica per un mero disservizio: applicazione in campo sanitario, in Arch. civ. 1985, 1203; R. Iannotta, Problemi dell'organizzazione giuridica del servizio di pronto soccorso e della responsabilità patrimoniale per danni conseguenti all'erogazione di tale servizio, in Rass. amm. sanità, 1984, 215.

⁽³⁹⁾ Cass. Sez. un. 6 Maggio 1971 n. 1282 in Foro It. 1972, I° 1476.

⁽⁴⁰⁾ R.Berti, La responsabilità medica secondo il diritto vivente, in *http://web.tiscalinet.it/ceredoc/html/*: "Al di là del caso di specie, che riguardava tra l'altro anche un problema di giurisdizione del giudice ordinario rispetto a quello amministrativo in relazione al T.U. 10 gennaio 1957 n. 3 sul Pubblico Impiego, quello che le Sezioni Unite hanno disaminato e risolto era in pratica il problema del concorso tra le diverse ipotesi di responsabilità da fatto illecito, per la colpa commessa dal medico-agente, e contrattuale per l'ente dal quale il medico dipendeva, problema che in pratica si è dibattuto e si dibatte ancora oggi perché, prescindendo dagli aspetti pratici che non sempre risultano modificati per l'un tipo o l'altro di responsabilità, era ed è difficile chiamare contrattuale il rapporto che si instaura tra il medico ospedaliero, non espressamente eletto dal paziente, e il paziente stesso, risultando più naturale ed evidente che costui debba rispondere solo a titolo aquiliano mentre naturale è, superati i

diverso decorso delle prescrizioni e sul diverso regime dell'onere probatorio, e soprattutto sulla possibilità del concorso dei due diversi tipi di responsabilità. La sentenza sopra richiamata afferma che “un più attento esame convince che l'art. 2236 Cod. Civ., 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 dell'attività dei professionisti in generale, cioè sia che essa si svolga nell'ambito di un contratto e costituisca perciò adempimento di un'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”.

12) Le tesi contrattuali

Numerose decisioni di merito o di legittimità si sono succedute nell'arco degli ultimi venti anni, tra conferme e *revirement* ⁽⁴¹⁾: la problematica è, tuttavia, sostanzialmente rimasta invariata.

Il principale ostacolo delle tesi contrattuali è costituito dall'effetto preminente del contratto che, quale atto di autonomia privata, consiste nell'aver esso “forza di legge tra le parti” (art 1372 comma 1 c.c.). L'autonomia contrattuale implica la possibilità, per i contraenti, di regolare i propri rapporti: né sacrifici né vantaggi possono essere imposti a terzi. Ai sensi dell'art 1372 comma 2 c.c. il contratto vincola infatti esclusivamente le parti stipulanti, non producendo alcun effetto rispetto ai terzi estranei al sinallagma contrattuale. Tale assunto viene definito principio di relatività del contratto, laddove per relatività del contratto si intende la limitazione degli effetti contrattuali rispetto alle sole parti. Detto postulato, che si esprime nel brocardo *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*, non è da intendersi in senso rigoristico come preclusivo, al di là dei casi espressamente tipizzati dal legislatore, di qualsivoglia effetto giuridico nei confronti dei soggetti estranei al rapporto negoziale, e necessita di essere approfondito nel suo significato. Il principio di relatività degli effetti del contratto costituisce, dunque, l'aspetto negativo dell'autonomia contrattuale: essendo il contratto lo strumento attraverso il quale i soggetti autoregolamentano la propria sfera di interessi, con il principio di relatività si esprime la regola dell'intangibilità della sfera giuridica individuale, che non può essere modificata da atti negoziali altrui.

13) La problematica giuridica degli effetti del contratto. La figura della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo. Il contratto a favore di terzi

Alcune tesi dottrinarie e giurisprudenziali hanno ricondotto il rapporto tra medico, paziente e casa di cura nello schema del contratto a favore di terzi. Tale ricostruzione è possibile valorizzando il rapporto che intercorre tra casa di cura e medico dipendente ⁽⁴²⁾. E' vero che il principio secondo il quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi risponde all'idea del contratto come espressione di autonomia privata, ma sono presenti, già nel codice civile, delle importanti eccezioni. Al legislatore è apparso eccessivo escludere qualsiasi effetto diretto del contratto nei confronti dei terzi in ragione della libertà individuale. La soluzione normativa introdotta dall'art.1372 comma 2 c.c. va quindi interpretata nel senso che un terzo non può vedersi imporre alcun effetto sfavorevole, ma può invece essere destinatario degli effetti favorevoli dell'altrui atto negoziale, salvo rifiuto. Parte della dottrina ha sostenuto che il principio di relatività del contratto vada ricompreso in un più ampio assunto fondato non solo sull'art 1372 c.c., ma anche sul 1411 c.c. (contratto a favore di terzo) e sull'ammissibilità delle promesse gratuite, secondo cui i terzi possono essere destinatari degli effetti favorevoli dell'altrui atto negoziale, salva la facoltà del rifiuto. Il principio di

problemi di ordine pubblicistico che il servizio nazionale di sanità ha indotto, definire contrattuale il rapporto tra paziente e struttura ospedaliera e quindi inquadrabile la discendente responsabilità nell'ambito dell'art. 2236 Cod. Civ.”.

⁽⁴¹⁾ Cass. Civ. sez. Lav. 7 agosto 1982, n. 4437; Cass. Civ. Sez. Lav. 23 giugno 1994 n. 6064; Cass. Civ. Sez. III 11 aprile 1995, n. 4152; Cass. Civ. Sez. III 12 agosto 1995 n. 8845; Cass. Civ. Sez. III 18 novembre 1997, n. 11440; Cass. Civ. Sez. III 1 marzo 1998, n. 2144; Cass. Civ. Sez. III 8 marzo 1999, n. 1441.

⁽⁴²⁾ F.Caringella, op. cit..., 1032. Cfr. in generale sul contratto a favore di terzi F. Messineo, Contratto nei rapporti col terzo, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, 196 ss; M.Girino, Studi in tema di stipulazione a favore di terzi, Milano, 1965; U. Majello, contratto a favore di terzi, in Digesto, sez.civ., IV, Torino, 1989, 240; M. Franzoni, Il contratto e i terzi, in I contratti in generale, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 1073 ss.; M. Sesta, Interesse, causa e motivi nella stipulazione a favore di terzo, in Studi in memoria di G. Gorla, III, Milano, 1994.

relatività così temperato tutela l'autonomia privata del terzo in quanto può divenire destinatario solamente di effetti giuridici favorevoli. Per quanto attiene agli effetti del contratto vanno distinti gli *effetti diretti* dagli *effetti riflessi*. La regola della relatività del contratto riguarda l'efficacia diretta del contratto quale atto giuridico, tale regola non riguarda l'efficacia riflessa. Si parla di efficacia riflessa del contratto riguardo a quegli effetti che il contratto produce per i terzi quale semplice fatto giuridico⁽⁴³⁾. Ulteriori eccezioni sono previste dalle disposizioni in tema di simulazione dall'art. 1415 c.c.. La norma dispone che la simulazione non può essere opposta ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione. La *ratio* della norma è quella di tutelare l'affidamento del terzo su una situazione apparente. Un'altra eccezione è data dall'art. 1153 c.c. che dispone che colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. In tal modo il terzo viene privato di un suo diritto dal nuovo acquirente. In realtà, a seconda dell'ampiezza che si vuole attribuire al principio di relatività, il contratto a favore di terzi può o meno costituire un'eccezione alla regola della relatività. Infatti, secondo una prima impostazione dottrinale, il contratto di cui all'art. 1411 c.c. è una eccezione normativamente prevista al principio di relatività degli effetti contrattuali⁽⁴⁴⁾. L'accoglimento di tale ricostruzione porta alla conclusione che il contratto a favore di terzi non costituisce una deroga al principio di relatività bensì è espressione di un altro principio, ricavabile dal 1333 c.c., compatibile con la regola della relatività. Una lettura in positivo del principio di relatività comporta che il contratto non può imporre obblighi in capo ai terzi⁽⁴⁵⁾. In realtà il contratto a favore di terzo difficilmente può ricondursi al rapporto trilaterale tra paziente medico e struttura, in quanto il paziente non è solo un terzo titolato a richiedere l'esecuzione della

⁽⁴³⁾ Dal contratto possono poi derivare effetti riflessi sia a vantaggio che a svantaggio di terzi: per es., da un contratto di locazione derivano effetti vantaggiosi non solo per il conduttore ma anche per i suoi conviventi. Un esempio di effetti di fatto derivanti al terzo da un contratto è rappresentato dal contratto con prestazioni da eseguirsi al terzo. In questo caso, non solo il terzo beneficia degli effetti che il contratto produce ma è l'interesse del creditore ad esigere che il terzo benefici di tali effetti, nel senso che l'interesse creditorio in tanto è soddisfatto in quanto il terzo effettivamente venga a beneficiare della posizione contrattuale. La relatività degli effetti non impedisce poi che il terzo venga leso in vere e proprie posizioni giuridiche: ad es., la vendita che si conclude tra Tizio e Caio toglie al creditore Sempronio parte della garanzia patrimoniale rappresentata dal patrimonio del debitore alienante. Dal contratto non può derivare, quale effetto, la sottrazione di un diritto altrui (terzo rispetto al contratto). In questo senso appare chiaro l'art. 1478 c.c. sulla vendita di cosa altrui, che non produce effetto traslativo. Il contratto non può impedire al terzo di acquistare un diritto; considerato che, ai sensi dell'art. 1379 c.c. il divieto di alienazione stabilito per contratto ha effetto solo tra gli stipulanti.

⁽⁴⁴⁾ Secondo un'altra parte della dottrina, la *ratio* del contratto a favore di terzi si ricaverebbe dall'art. 1333 c.c. che disciplina la figura del contratto con prestazioni a carico del solo proponente. La norma introduce una deroga al normale procedimento di formazione del contratto poiché il negozio si può concludere senza una vera e propria accettazione da parte dell'oblato: è sufficiente che quest'ultimo non rifiuti entro un determinato termine. Ciò significa che è possibile, in generale, attribuire dei diritti al soggetto anche senza l'accettazione espressa dello stesso beneficiario. Questa regola sarebbe alla base anche dell'art. 1421 c.c., che permette di attribuire ai terzi dei diritti senza il loro consenso.

⁽⁴⁵⁾ Un'applicazione di questo assunto è data dall'istituto della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo disciplinato dall'art. 1381 c.c.: se Tizio promette a Caio la prestazione del terzo, quest'ultimo non è obbligato. Di conseguenza se un contraente ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo, l'altro contraente non può avanzare alcuna pretesa nei confronti del terzo, il quale rimane completamente libero di rifiutare di obbligarsi o di non compiere il fatto previsto. Qualora il terzo rifiuti di eseguire la prestazione, il promittente è obbligato ad indennizzare. Ciò significa, che, a seguito della promessa, non si produce in capo al terzo alcuna obbligazione; si può promettere ad altri l'obbligazione o il fatto del terzo ma non si può costringere il terzo ad eseguire la prestazione promessa. La parte che per contratto promette la prestazione di un terzo infatti assume, nei confronti dell'altro contraente, un'obbligazione contrattuale avente ad oggetto una prestazione propria. Conseguenza di tale è assunto è che, nel caso in cui il promittente non si attivi per l'adempimento del terzo, lo stesso promittente sarà tenuto al risarcimento del danno nei confronti del promissorio. Va infine osservato che la giurisprudenza ha ritenuto che la promessa del fatto del terzo comporta per il promittente l'assunzione di una duplice obbligazione: una primaria di *facere*, consistente nell'adoperarsi affinché il terzo tenga il comportamento promesso, ed una successiva di *dare*, cioè di corrispondere un indennizzo nel caso in cui, nonostante si sia adoperato, il terzo si rifiuti di impegnarsi. In conclusione, si può affermare che l'istituto della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo è un'applicazione del principio generale della relatività degli effetti del contratto, secondo cui il contratto non può avere effetti sfavorevoli per i terzi, non può incidere direttamente nella loro sfera giuridica creando a loro carico obblighi.

prestazione, ma è egli stesso parte del contratto concluso con la casa di cura. Ne consegue che il soggetto danneggiato non fa valere il contratto esistente tra l'ente e il sanitario, ma il diverso contratto da lui concluso con l'ente ospedaliero avente ad oggetto la prestazione sanitaria, oppure propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per lesione al diritto alla salute. Inoltre al momento della stipula del contratto tra casa di cura e medico il paziente non è ancora determinato e quindi non può acquistare nell'immediato alcunché⁽⁴⁶⁾.

14) La sentenza della Cassazione n. 589 del 1999 e la riscoperta della responsabilità da contatto sociale

La giurisprudenza, da ultimo, ha qualificato come contrattuale la responsabilità del medico che opera all'interno di una struttura ospedaliera, ribaltando i precedenti orientamenti giurisprudenziali che ravvedevano in capo al medico solo una responsabilità extracontrattuale, per violazione dei doveri inerenti alla professione, ex art. 2236 c.c., concorrente con quella contrattuale dell'ente⁽⁴⁷⁾. Il *leading case* è costituito dalla sentenza della Cassazione n. 589 del 1999. In tale pronuncia la Cassazione aderisce alla tesi contrattualistica riscoprendo la tesi della responsabilità da contatto sociale: la responsabilità del medico ospedaliero è inquadrata nell'ambito della responsabilità da contatto (e quindi contrattuale). La Corte richiama il tradizionale insegnamento per cui sarebbe possibile parlare di responsabilità extracontrattuale solo quando tra autore dell'illecito e soggetto danneggiato, non sussiste alcun rapporto obbligatorio sorto prima del fatto lesivo. Ciò non accadrebbe nel caso del medico, in quanto obbligato nei confronti del paziente a svolgere diligentemente la sua prestazione. La ricostruzione della Cassazione riscopre uno schema nel quale vengono convogliati gli obblighi generati dalla realtà materiale, non riconducibili ad alcuna categoria contrattuale e tantomeno all'obbligo generico del *neminem laedere*, posto a difesa della sfera giuridica altrui. La nozione tedesca (cfr. oltre) di obbligazione senza obbligo primario di prestazione viene recepita dalla giurisprudenza per essere utilizzata nell'ambito dei rapporti contrattuali di fatto, sia pure con l'avvertenza di intendere tali non semplicemente le situazioni diverse dal contratto, bensì le fattispecie che concretamente realizzino le vicende di un determinato rapporto contrattuale. Ora, al di là del contratto formale che sempre si instaura tra professionista e cliente con il conferimento dell'incarico o con la elezione del rapporto fiduciario, quello che rileva per la Suprema Corte è l'attività che di fatto, e quindi sostanzialmente, viene prestata in favore del malato che, con particolare riguardo alla professione medica, costituisce "la fonte prima" del vincolo contrattuale. In tal modo si sono unificate le due diverse responsabilità che prima venivano addebitate ai due diversi soggetti, pubblico e privato, colmando anche quelle diversità di trattamento processuale che comportavano una diversa concezione del problema giuridico di individuazione della responsabilità. In passato si era propensi ad agire contro l'Ente Ospedaliero e contro il medico a titolo di responsabilità extracontrattuale in virtù del rapporto di rappresentanza che lega il medico all'ospedale e quindi in forza di quei principi di responsabilità che poi il Codice Civile del 1942 ha enunciato negli artt. 2049 e 1228⁽⁴⁸⁾. Ci troviamo dunque davanti a due soggetti debitori, medico e

⁽⁴⁶⁾ F. Caringella...op. cit., 1033. Per la tesi che ritiene che la responsabilità dell'ente gestore del servizio sia diretta, in quanto l'attività del medico dipendente è ad esso direttamente riferibile in virtù del principio dell'immedesimazione organica ai sensi dell'art. 28 Cost cfr. Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in Foro it., 1988, I, 2296; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, in Riv. It. Medicina legale, 1997, 1073. per la critica cfr. F. Caringella...op. cit., 1033, il quale afferma che l'art. 28 Cost. si limita a statuire che è diretta la responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti, ma sul piano della natura, contrattuale o extracontrattuale, di tale responsabilità, non sono fornite indicazioni. Il principio della immedesimazione organica in realtà obbedisce a principi contrari alla responsabilità oggettiva o di riflesso.

⁽⁴⁷⁾ Cass. 22.1.1999, n. 589. F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale" (nota a Cass. civ., sez. III, 22.1.1999, n. 598), in Giur. it., 2000, 740; M. Forziati, La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione, in Resp. civ. e prev., 1999, 661; F. De Matteis, La responsabilità medica tra *scientia iuris* e regole di formazione giurisprudenziale, in Danno e resp., 1999, 7, 781; per le critiche a questa impostazione cfr. A. Di Majo, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, in Corr. giur., 1999, 4, 477. Cfr. anche L. Bigliuzzi Geri, Moltiplicazione cancro, Venezia, 1996.

⁽⁴⁸⁾ F. Introna – La Responsabilità Professionale nell'esercizio delle arti sanitarie, Padova, 1955, 340.

ospedale, che hanno quale fonte comune il vincolo di subordinazione dell'uno rispetto all'altro⁽⁴⁹⁾. Se si analizza la genesi del rapporto tra paziente e medico dipendente, esiste un momento in cui le parti stabiliscono se entrare in relazione e, da quel momento, assumono un impegno reciproco e pongono una regola di comportamento: obbligazione e prestazione entrano a pieno titolo in un rapporto fondato sulla volontà delle parti. La matrice negoziale del rapporto, peraltro, è indebolita solo con riguardo alla possibilità di scelta delle parti contrattuali: da una parte, il medico, in quanto dipendente della struttura, è tenuto a prestare la sua attività nei confronti del soggetto che abbia concluso un accordo con l'ente; dall'altra parte il paziente, che non è libero di scegliere il professionista a cui rivolgersi essendo in ciò vincolato dall'indicazione fornita dalla struttura. E' a questo punto che, secondo il più recente orientamento della Corte di cassazione, il contratto sociale surroga la consensualità tipica dell'accordo negoziale, giustificando la nascita di vincoli contrattuali in tutto equivalenti a quelli generati da un contratto di prestazione d'opera. Quella in esame, alla luce dei nuovi orientamenti giurisprudenziali, può essere definita come una fattispecie contrattuale a struttura complessa, dominata dalla presenza di un collegamento negoziale tra tre rapporti *ex contractu*: quello tra ente e medico, quello tra ente e paziente e quello tra paziente e medico. Ne consegue che, mentre le prestazioni pecuniarie - prezzo, compenso, spese - sono regolate dai primi due rapporti e la predisposizione di un'adeguata struttura organizzativa compete principalmente all'ente, la prestazione professionale è oggetto, a diverso titolo, di entrambi i rapporti facenti capo al paziente: quello instaurato con l'ente, in quanto l'ente assicura la disponibilità di personale qualificato a cui rivolgersi, riservandosi di condizionare la scelta del medico da parte del paziente; quello instaurato col medico, nel momento in cui il paziente decide di avvalersi di quella disponibilità, in quanto è in questo preciso ambito, in cui il rapporto di cura si sviluppa, che la prestazione viene definita ed eseguita concretamente. L'esistenza di un rapporto contrattuale tra medico e paziente, il cui contenuto obbligatorio si individua nel contratto di prestazione d'opera professionale, configura in capo al primo una responsabilità da inadempimento nei confronti del secondo che, dunque, concorre con quella dell'ente, emergente ad altro titolo. La distinzione dei due rapporti spiega la diversità dei criteri d'imputazione della responsabilità dell'ente e di quella del medico: il regime della responsabilità oggettiva dell'ente, quello della responsabilità per colpa, con i criteri di cui all'art. 2236 c.c., per il secondo. Per i medici che hanno eseguito l'intervento, pertanto, valgono i normali termini prescrizionali decennali, poiché essi rispondono, in via solidale con l'ente ospedaliero a cui appartengono, a titolo contrattuale, del proprio operato. La responsabilità di tipo extracontrattuale, per quanto in astratto sia configurabile come concorrente con quella contrattuale, invece, non può entrare nel campo quando la relativa azione, non esercitata nel termine di cinque anni, sia prescritta. In questo caso la violazione dei doveri inerenti alla *bona ars medica*, quand'anche abbia provocato lesioni illecite al paziente, non potrà comportare obblighi risarcitori che vadano oltre il danno patrimoniale direttamente ed immediatamente imputabile alla condotta negligente accertata. La responsabilità medica, dunque, non potrà estendersi a coprire il c.d. danno morale, che trae origine dall'accertamento di un fatto illecito di rilevanza penale, di natura extra contrattuale⁽⁵⁰⁾. La teoria della responsabilità da contatto⁽⁵¹⁾ è stata invocata dai giudici di legittimità per estendere l'ambito delle fonti di obbligazione (art. 1173 cod. civ.) (cfr. pr.15) ed applicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale anche ai rapporti che sorgono attraverso il solo obbligo sociale di prestazione. Si afferma, infatti, che il medico è tenuto ad adempiere obblighi di cura che derivano dalla sua appartenenza ad una professione c.d. protetta e su cui il paziente ha fatto "affidamento" entrando in "contatto" con il medico, pur in assenza del "formale" negozio giuridico. In altri termini, il medico è chiamato a rispondere a titolo contrattuale dei danni cagionati nell'esercizio della propria attività professionale per il solo fatto di essere venuto in contatto con il paziente, anche in assenza di un obbligo di prestazione a favore del paziente posto a suo carico. Richiamando i principi della responsabilità contrattuale si è potuto applicare in via diretta e non più

⁽⁴⁹⁾ Cass. Sez. Un. 12/5/1938; Cass. Civ. 20/1/1933.

⁽⁵⁰⁾ Cass. civ. sez. III, 22/01/1999, n. 589 ; Trib. Milano, 19/02/2001.

⁽⁵¹⁾ In senso critico si vedano: Di Ciommo, Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero, in Foro it, 1999, I, 3335.

analogica la disciplina dettata dall'art. 2236 cod. civ., relativa alla limitazione di responsabilità per il medico ai soli casi di dolo o colpa grave, allorché la prestazione si presentava particolarmente complessa ⁽⁵²⁾. L'utilizzo delle regole dettate in tema di responsabilità contrattuale ha inoltre alleggerito l'onere della prova a carico del paziente attore, dato che ora egli è tenuto a dimostrare solo l'inadempimento e/o inesattezza dell'adempimento del medico, mentre spetterà a quest'ultimo provare che l'inadempimento è stato incolpevole o derivante da impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile (art. 1218 cod. civ.). Del resto, anche nel caso in cui il professionista invochi il più stretto grado di colpa di cui all'art. 2236 cod. civ., sarà sempre suo onere dimostrare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e che, nella fattispecie, non vi era stato dolo o colpa grave. Per quanto concerne la distribuzione dell'onere della prova, può essere anzitutto opportuno richiamare il più recente orientamento della Cassazione secondo cui, a fronte dell'inesatto adempimento di una prestazione medica, resa nell'ambito di una struttura sanitaria, compete alla struttura e/o al medico, in ragione e applicazione del principio di riferibilità o vicinanza della prova, provare l'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e la diligenza nell'adempimento ⁽⁵³⁾. Più in generale, va detto che è rimasta in vigore la distinzione tra interventi di facile esecuzione o di routine - in cui il medico è responsabile anche in caso di colpa lieve - ed interventi di difficile esecuzione - in cui il sanitario è responsabile solo in caso di dolo o colpa grave. Rispetto all'intervento del primo tipo, il paziente deve provare solo che questo rientrava in pieno nell'ambito delle conoscenze tecniche acquisite dalla comunità scientifica. Al professionista spetterà invece dimostrare che l'insuccesso non è dipeso da propria negligenza, poiché in questo ambito scatta il principio c.d. *res ipsa loquitur*, secondo cui vi è una presunzione di colpa in capo al medico (54).

È stato precisato che l'accertamento in merito alla speciale difficoltà dell'operazione deve riguardare il singolo caso concreto in tutte le sue particolarità operative e non può limitarsi all'intervento considerato in via astratta e generale (55). Non si deve, comunque, dimenticare che la limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave attiene esclusivamente al profilo della perizia e non copre i danni provocati da negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (56). I principi dettati in tema di responsabilità contrattuale hanno permesso di affermare che anche i medici sono tenuti a rispettare i c.d. obblighi di protezione (57), ossia quegli obblighi accessori (58) alla prestazione principale (nella specie, diagnosi o

⁽⁵²⁾ Così Viti, Responsabilità medica: tra perdita di *chances* di sopravvivenza e nesso di causalità, in *Corr. Giur.*, 2004, 102. Vedi anche A. Lanotte, L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?, in *Foro it.*, 1999, I, 3338. Sui rapporti contrattuali di fatto, si vedano, fra gli altri: V. Franceschelli, Rapporti contrattuali di fatto, in *Contratti*, 1994, 646; C. Angelici, Rapporti contrattuali di fatto, voce dell'Enc. Giuridica Treccani, Roma, 1991, XXV.

⁽⁵³⁾ Per un approfondimento della questione concernente la ripartizione dell'onere della prova tra medico e paziente si rinvia a M. Grondona, commento a Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e Resp.*, 2000, 157 e ss. Cfr. A. Di Majo, Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita, in *Corr. Giur.* 2005, 38. Così F. De Matteis, cit., 35, la quale richiama le pronunce di: Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, cit.; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Dir. e Giust.*, 2004, f. 28, 37; Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, 1565, con nota di Mariconda dal titolo "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro".

⁽⁵⁴⁾ Per un approfondito esame di questo principio si rimanda a 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, 144 e segg. Cfr. oltre.

⁽⁵⁵⁾ Cass. 30 maggio 1996, n. 5005, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 797.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto: Cass. 10 maggio 2000, n. 5945, in *Riv. it. Medicina legale*, 2001, 1137, ed in *Dir. e Giust.*, 2000, fasc. 19, 51; Trib. Milano, 23 maggio 2003, in *Giur. mil.*, 2003, 435; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 982.

⁽⁵⁷⁾ Cass. 2 ottobre 2001, n. 12198, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 3167, afferma testualmente che "Il contratto di prestazione professionale avente ad oggetto la prestazione medica... impone al sanitario dipendente della struttura ospedaliera gli obblighi di diagnosi, cura ed assistenza e gli altri obblighi di protezione propri della prestazione medica".

⁽⁵⁸⁾ G. Giacalone, cit., 1004, parla di doveri accessori che integrano il contratto che trovano la loro fonte nell'ordinamento e, in particolare, nelle clausole generali di correttezza, diligenza e professionalità. C. Castronuovo, Obblighi di protezione, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; A. Di Majo, Delle obbligazioni in generale, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 315 ss. Benfatti, Doveri di protezione, voce del *Digesto Civ.*, Torino 1991, VII, 221; F. Di Ciommo, commento a Tribunale di Spoleto 18 marzo 1999, in *Danno e Resp.*, 1999, 1252, il quale ricorda che la dottrina distingue fra attività medica propriamente terapeutica (in cui l'ampiezza del dovere di informazione è ridotta), attività medico-estetica od odontostomatologica

cura) che, seppur non espressamente stabiliti, sono posti a carico del debitore al fine di rafforzare la tutela del creditore. Grazie a questi concetti si è potuto ampliare il raggio di azione della responsabilità contrattuale, ricomprendendovi anche la violazione degli obblighi esterni alla prestazione principale, altrimenti destinati a ricevere tutela in base ai principi della responsabilità extracontrattuale. Fra questi obblighi accessori posti a carico del medico rientra anche l'obbligo di informazione e l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto, anche nella fase post – operatoria (59). Si deve subito precisare che l'obbligo di informazione nell'ambito della professione medica può assumere svariate dimensioni e contenuti. La giurisprudenza e la dottrina hanno per lo più focalizzato la loro attenzione sull'obbligo di informare il paziente circa la natura ed i rischi connessi al trattamento terapeutico, al fine di ottenere il suo consenso informato all'esecuzione dell'operazione (60). La Corte ha specificato che la natura di una responsabilità (nella specie contrattuale o extracontrattuale) va determinata non sulla base della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente, ma sulla base della natura del precetto che quella condotta viola. Ciò comporta che una stessa condotta può violare due (o più) precetti, uno di natura contrattuale ed uno di natura extracontrattuale, fondando quindi due diverse responsabilità. Infatti, nel nostro ordinamento (contrariamente all'ordinamento francese dove vige incontrastato il principio del non - cumulo), vige il principio dell'ammissibilità del concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale (61). Il fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore del servizio sanitario abbiano entrambe radici nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria, pur costituendo un importante elemento fattuale, non comporta necessariamente che le responsabilità di entrambi i soggetti siano di natura contrattuale di tipo professionale (62). Dottrina e giurisprudenza tendono,

(in cui il dovere di informazione assume particolare valenza, considerati anche i risvolti psichici della vicenda) ed attività diagnostica (in cui il dovere di informazione rappresenta esso stesso la prestazione medica).

⁽⁵⁹⁾ Così, A. Lanotte, nota a Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in Foro it., 2003, I, 2970. Vedi anche: Cass. 11 marzo 2002, n. 3492, in Riv. it. Medicina legale, 2003, 449.

⁽⁶⁰⁾ Sul punto, si vedano: Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, in Danno e Resp., 2001, 154, con nota di Cassano; Cass. 6 ottobre 1997, n. 9705, in Resp. civ. e prev., 1998, 667, con nota di G. Citarella; Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in Foro it., 1997, I, 771, con nota di L. Palmieri; Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in Corriere del Merito, 2005, 21; App. Milano, 2 ottobre 2002, in Giur. mil., 2003, 31; Donati, Consenso informato e responsabilità da prestazione medica, in Rass. Dir. Civ., 2000, 1 ss.; M. Gorgoni, La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello di autodeterminazione, in Resp. civ. e prev., 1999, 488.

⁽⁶¹⁾ In tal senso: Cass. 7 agosto 1982, n. 4437, in Rep. Foro it. 1982, voce Professioni intellettuali, n. 41; voce Responsabilità civile, n. 44; Cass. 23 giugno 1994, n. 6064.

⁽⁶²⁾ *Contra* Cass. 6 maggio 1971, n. 1282, in Foro it. 1971, I, 1476; in Foro amm. 1974, 29, con nota di C. Marzuoli, L'applicabilità dell'art. 2236 all'illecito dell'amministrazione sanitaria; App. Milano 21 settembre 1976, in Rep. Foro it. 1977, voce Professioni intellettuali, n. 47 e Arch. civ. 1977, 330; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in Foro it. 1979, I, 4; Cass. 4 giugno 1979, n. 3158, in Rep. Foro it. 1979, voce Prescrizione e decadenza, n. 123; Cass. 21 marzo 1981, n. 1656, in Foro it. 1981, I, 1585 e in Giur. it. 1985, I, 1, 248, con nota di C. Ceroni, Grado della colpa e onere della prova; Cass. 7 agosto 1982, n. 4437, id., 1984, voce Professioni intellettuali, n. 60 e in Resp. civ. 1984, 78, con nota di C. Somarè, Alcune considerazioni in tema di diligenza; Cass. 9 novembre 1982, n. 5885, id., voce cit., n. 42; App. Milano 11 gennaio 1983, in Rep. Foro it. 1984, voce Professioni intellettuali, n. 45; App. Roma 6 settembre 1983, in Foro it. 1983, I, 2838, con nota di Princigalli; Cass. 27 febbraio 1984, n. 1393, in Foro it. 1984, I, 1280 e 1985, I, 1497, con nota di M. Annunziata, La ricerca del dolo o della colpa nei confronti della p. a ; Cass. 22 ottobre 1984, n. 5333, in Foro it. 1985, I, 1403, Cass. 28 gennaio 1985, n. 485, in Rep. Foro it. 1986, voce Responsabilità civile, n.73; T.A.R. Piemonte, sez. II, 20 maggio 1985, n. 239, in Rep. Foro it. 1985, voce Impiegato dello Stato, n. 333 e in Trib. amm. reg. 1985, I, 2205; Trib. Padova 9 agosto 1985, in Foro it. 1986, I, 1995, con nota di V. Zeno - Zencovich, Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza; Cass. 5 maggio 1987, in Foro it. 1988, I, 107; Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in Foro it., 1988, I, 2296, Princigalli; in Nuova giur. civ. 1988, I, 604, con nota di Pucella; Cass. 1 febbraio 1991, n. 977, in Giur. it. 1991, I, 1600, con nota di Carusi; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939, in Rep. Foro it. 1993, voce Professioni intellettuali (responsabilità del professionista), n. 114; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, id., 1995, voce cit., 167-168. In dottrina: Pogliani, Responsabilità e risarcimento da illecito civile, Milano, 1969, 332333; Gentile, Regime della prescrizione in materia di responsabilità civile, in Resp. civ. e prev., 1958, 294; Ruperto, Prescrizione e decadenza, in Giur. civ. e comm. diretta da W. Bigiavi, Torino, 1968, 251; P. G. Ponticelli, Responsabilità medica e servizio sanitario nazionale, in Giur. it. 1987, IV, 136; id.,

quindi, a ritenere che detto concetto sia quello previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata. e, pertanto, la responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Da ciò discende che la responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (63). Come è stato rilevato anche dalla dottrina, dunque, la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell' obbligazione. Nella diligenza è quindi compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione. Il settimo principio affermato, è quello per cui riportata la responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilità contrattuale, trova applicazione diretta l'art. 2236 cod. civ., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave, senza la necessità di effettuarne un'applicazione analogica, come pure era avvenuto da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente mentre è dubbio che nella fattispecie ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'analogia, di cui all' art. 12 disp.prel.cod.civ.(64). Le conseguenze che discendono dall'accettazione della tesi contrattuale non possono fermarsi alle sole conseguenze dannose ma anche alla inadempienza all'obbligo di curare, perché vi è anche e necessariamente da esaminare la parte prodromica al perfezionamento del contratto dalla quale possono determinarsi ulteriori conseguenze che soprattutto alla luce delle recenti conquiste giurisprudenziali in tema di consenso informato, acquistano un valore determinante. Afferma la Cassazione, concludendo il suo costrutto logico-giuridico, che "omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico come responsabilità entrambe di natura contrattuale, sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una differenza di posizione tra i due soggetti, né per effetto di una diversa posizione del paziente a seconda che agisca nei confronti dell'Ente Ospedaliero o del medico dipendente". Si potrà condividere o meno il dettato della Suprema Corte, richiamato immediatamente dopo

Professione e impiego nel servizio sanitario nazionale, Bologna, 1982; V. Querci e F. Pasquini, In tema di responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale, in Riv. it. Medicina legale, 1987, 467; F. Staderini, La responsabilità degli operatori sanitari verso i terzi e verso l'amministrazione, in Nuova rass., 1986, 633; C. Lessona, Responsabilità del medico dipendente e dell'amministrazione sanitaria, in La responsabilità in materia sanitaria, Milano, 1984, 57; M. Dohler, L'autonomia professionale dei medici e lo stato sociale: problema o soluzione?, in Riv. trim. scienza ammin. 1986, fasc. 2, 35; C. Macri, La responsabilità professionale, in Le professioni intellettuali, in Giur. sist. dir. civ. e comm. fondata da Bigiavi, Torino, 1987, 259; G. Marzo, Appunti sulla responsabilità civile in campo medico, in Giur. it. 1986, I, 2, 681; M. Clarich, La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche, in La responsabilità medica, Milano, 1982, 175; M. Santilli, La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico, in La responsabilità medica, cit., 181; V. G. Colaianni, Responsabilità della p. a. soprattutto nelle materia del pubblico impiego, in Nuova rass. 1984, 2353; A. G. Iannarelli, Riferimenti giurisprudenziali sul nesso psicologico in tema di responsabilità civile della p. a., in Foro amm. 1985, 689; F. Merusi, La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato, in Riv. trim. dir. pubbl. 1986, 58; M. Santilli, Il diritto civile dello Stato, Milano, 1985, 145; G. Sanviti, La responsabilità civile della p. a.: gli aspetti speciali e gli aspetti di carattere generale, in La responsabilità civile, Torino, 1987, III, 459; A. Principalli, La responsabilità del medico, Napoli, 1983, 285; M. Santilli, La responsabilità del funzionario, in Riv. critica dir. privato 1987, 133; M. Fortino, La responsabilità civile del professionista, Milano, 1983, 113, A. Vigotti, La responsabilità del professionista, in La responsabilità civile, IV, 237; M. Zana, La responsabilità del medico, in Riv. critica dir. privato 1987, 159. Cass, sez. I, 1 ottobre 1994, n. 7989, in Rep. Foro it. 1994, voce Responsabilità civile (in genere), n. 59.

⁽⁶³⁾ Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, in Rep. Foro it. 1995, voce Prescrizione e decadenza (prescrizione in genere), n. 29; voce Danni civili (danno alla persona e alla salute), n.156; voce Professioni intellettuali (responsabilità del professionista), n. 170.

⁽⁶⁴⁾ *Contra*: Cass. 5 aprile 1984, n. 2222, in Rep. Foro it. 1984, voce Professioni intellettuali, n. 59; Cass. 7 maggio 1988, n. 3389, id., 1988, voce cit (prestazioni d'opera), n.74; voce cit. (responsabilità del professionista), n. 96; Cass. 11 agosto 1990, n. 8218, id., 1990, voce cit., n. 114. Corte Cost. 28 novembre 1973, n. 166, in Foro it. 1974, I, 19; in Cons. Stato 1973, II, 1123; in Giust. civ., 1974, III, 12; in Giust. pen. 1974, I, 35; in Giur. Costit. 1973, 1795; in Resp. civ. 1973, 242; in Arch. resp. civ. 1974, 23; Cass. 18 novembre 1997, cit. In tal senso: Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, cit.; Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, cit.

da una quasi identica sentenza (65), ma ciò che conta è che essendo omologa la responsabilità dell'ente e del medico, omologhe sono le azioni ai fini dell'onere probatorio e della prescrizione che il danneggiato potrà proporre nei confronti dell'uno, dell'altro o di tutti e due i soggetti. Si eliminavano così quelle incertezze sulla scelta delle azioni da proporsi.

15) La genesi della responsabilità da contatto: il contratto di fatto e la svalutazione del dogma della volontà

La nozione di contratto di fatto nasce in Germania negli anni quaranta, anche se proprio in Italia, la dottrina del primo quindicennio del secolo, aveva già individuato la categoria (66). La tesi tedesca trae origine dalla concezione della *culpa in contrahendo*, espressione con la quale si indica la responsabilità precontrattuale, come responsabilità di tipo contrattuale, in quanto le parti del futuro contratto sono legate da un rapporto speciale che dà origine ad una serie di obblighi reciproci di buona fede giustificati con la necessità di proteggere l'affidamento della parte incolpevole (67). Secondo una parte della dottrina la responsabilità precontrattuale assumerebbe le caratteristiche funzionali di quella contrattuale, mentre i presupposti strutturali sono tipicamente aquiliani (68). E' in questo ordinamento che è nata la teoria degli obblighi di protezione, secondo cui il rapporto obbligatorio è considerato articolato in un obbligo di prestazione e di comportamento collaterale alla prestazione (69). Il contratto di fatto consiste nell'attuazione o esecuzione di una prestazione non preceduta da alcuna proposta. Vengono attribuiti ad alcuni fatti i medesimi effetti giuridici che si sarebbero prodotti in conseguenza di una dichiarazione di volontà. I rapporti contrattuali di fatto sono, dunque, quelli che, pur non trovando il loro fondamento in una volontà diretta a costituirli o in un comportamento negoziale, si manifestano egualmente come rapporti della vita di relazione e, in virtù della loro tipicità sociale, acquistano rilevanza per il diritto (70). La tendenza allora dominante era quella di svalutare il dogma della volontà, con la conseguenza di giungere alla esasperata valorizzazione degli interessi della comunità rispetto a quelli dell'individuo. Si giustificava così il sorgere di vincoli anche a carico di chi, pur non avendo manifestato alcuna intenzione al riguardo, avesse attuato un comportamento di favorevole impatto sociale. Nella dogmatica civilistica il tema rientra da tempo nella teoria delle fonti dell'obbligazione. In particolare si prende spunto dall'art. 2126 cc e dal principio a-contrattualistico che dominerebbe l'ordinamento giuridico del lavoro. Generalmente, si individuano due tesi: la tesi del rapporto obbligatorio di fatto, che configura come conseguenza la responsabilità extracontrattuale, e la tesi contrattualistica, per la quale la responsabilità è di tipo contrattuale. Tale fattispecie viene inquadrata dalla dottrina tedesca (71) nelle obbligazioni senza (obbligo primario di) prestazione, nell'ambito del principio del

(65) Cass. 19 maggio 1999 n. 4852, Guida al Diritto n. 30 del 31 luglio 1999, 63.

(66) S. Faillace, La responsabilità da contatto sociale, Padova, 2004, 5 ss. G. Cian, Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco, in Riv. dir. Civ., 2003, 8; E. Ferrante, Il progetto di riforma del libro II del codice civile tedesco su obbligazioni e contratti: verso un nuovo Schuldrecht, in Contratto e impresa/Europa, 2001, 272 ss.; E. Ferrante, Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti, in Contratto e impresa/Europa, 2001, 771.

(67) R. Von Jhering, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in Jering's Jahrb., 1861, rist. A cura di E. Schmidt, bad Homburg – Berlin – Zürich, 1969.

(68) “Si ascrive all'area del contratto in senso ampio una responsabilità che altrimenti avrebbe continuato ad esprimere la disciplina dei comportamenti tra persone distanti, e non dei rapporti tra privati”, S. Faillace, La responsabilità da contatto sociale, ...5, sub nota 10.

(69) La *Leistungspflichten* (prestazione) e la *Verhaltenspflichten* (comportamento) che si ricollegano al dovere di protezione, categoria dogmatica elaborata da Kress, in Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München, 1929, 5 ss. Per altre citazioni tedesche cfr. S. Faillace, op. cit., 6.

(70) Cfr. al riguardo Finzi, Il possesso dei diritti, 1915, ristampato a Milano nel 1968; E. Betti, Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, in Nuova riv. dir. comm., 1956, I, 238 e in Jus, 1957, 353 e ss; Haupt, *Über faktische Verhältnisse*, in Festschrift für H. Siber, Lipsia, 1943, e la ulteriore bibliografia riportata da R. Sacco, Il contratto di fatto, in Trattato op. cit., 42; C. M. Bianca, Diritto civile, Il contratto, vol. 3, Milano, 1987, 40). (70) F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da “contatto sociale”, in Giur. it., 2000, 740, il quale ipotizza la figura allegorica del triangolo dove in tutti i tre i lati ricorre una ipotesi di legame contrattuale.

(71) Larenz, Schuldrecht, München, 1982, I, 13, 101.

dogma della volontà, ossia del dominio della volontà nell'ambito negoziale ⁽⁷²⁾. Per la prima tesi la fonte dell'obbligazione è un fatto o un atto venuto ad esistenza nella realtà, in quanto è legittimo che da una attività giuridica che si è svolta mediante il rapporto di fatto, nasca una corrispondente obbligazione. La fonte si rinviene nell'art. 1173 ultimo comma c.c. (atto o fatto idoneo a produrre l'obbligazione), da cui deriva una responsabilità di tipo extracontrattuale. La tipologia riguarda: il trasporto di cortesia, il comodato precario ed, in generale, i rapporti di cortesia, il trasporto gratuito, il trasporto di persona che non abbia pagato il biglietto del viaggio, il comodato a termine, il godimento di fornitura di energia elettrica o di acqua dopo la scadenza del relativo contratto ⁽⁷³⁾. In questi casi le parti non si sono assoggettate volontariamente ad una determinata disciplina corrispondente a quella legale. La caratteristica riguarda l'aspetto volontaristico. La tesi a-contrattualistica ritiene che questi comportamenti materiali con i quali le parti si scambiano attribuzioni patrimoniali non abbiano una valenza negoziale, non accennino ad una volontà di autovincolarsi. La tesi contrattualistica ritiene, invece, che alla base di questi rapporti vi sia un sostrato volontaristico che permette di connotarli in chiave negoziale. E' proprio nell'ottica della tematica del comportamento concludente, del negozio di attuazione, dei comportamenti con valore legale tipico, che si inserisce la tematica del contratto di fatto.

Per la tesi contrattualistica il legislatore svaluta il momento volontaristico, supera il dogma della volontà e ritiene irrilevante la ricerca di una volontà comportamentale ai fini dell'assunzione dell'autovincolo, dando rilievo al valore sociale che di solito determinati comportamenti assumono (c.d. comportamenti impegnativi). Tipico esempio è costituito dal comportamento concludente o comportamento attuativo di cui agli artt. 1333 c.c.(contratto con obbligazione del solo proponente), art. 684 c.c.(distruzione del testamento olografo: il testamento si intende revocato), 685 c.c. (ritiro del testamento segreto si intende revocato se non può valere come testamento olografo). In tutti questi casi la manifestazione della volontà è indiretta. Anche in riferimento all'1327 comma 1c.c. la suddetta tesi individua un contratto di fatto: per la dottrina la figura dell'esecuzione prima della risposta dell'accettante configura o un modello di accettazione tacita o un negozio di attuazione, in cui l'attuazione è solo uno dei modi in cui può manifestarsi la volontà dell'oblato, in quanto realizza immediatamente la volontà del soggetto, pur senza porre l'agente in relazione con altri soggetti (manifestazione della volontà diretta). Altri esempi vengono individuati negli artt. 476 c.c. (accettazione tacita dell'eredità), e 1444 comma 2 (convalida tacita). E' comunque indubitabile che in tutti questi casi il contratto regolare non si formi, ma l'ordinamento intende salvare determinate situazioni costitutesi per effetto del rapporto svoltosi di fatto e stabilisce che, sulla base della specifica attività svolta nell'ambito di un rapporto di fatto, nasca una corrispondente obbligazione, che scaturisce da un fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.). In tal caso non è più lecito parlare tecnicamente di contratto di fatto, quanto piuttosto di rapporto contrattuale di fatto. Si viene a costituire, dunque, un'obbligazione con contenuto analogo a quello dell'obbligazione *ex contractu* ⁽⁷⁴⁾. Al di fuori dell'ambito contrattuale si segnalano, come esempi di rapporti *praeter legem*, che non presentano i requisiti previsti dalla legge: l'amministratore di fatto, l'ufficiale di stato civile di fatto (art. 113, c.c.), la separazione di fatto fra coniugi (arg. ex art. 158 c.c.) o il rapporto coniugale di fatto (in quest'ultimo caso la giurisprudenza ha utilizzato lo schema dell'obbligazione naturale). La dottrina individua come esempi di contratti di fatto la mediazione (il contatto sociale è qui in grado di porre in relazione i patrimoni di due o più consociati), i rapporti associativi di fatto (la società nulla o irregolare o di fatto, le associazioni non riconosciute, le imprese familiari, il contratto di massa (predisposto dall'imprenditore in modo uniforme mediante moduli o formulari ⁽⁷⁵⁾). Secondo la teoria tradizionale ⁽⁷⁶⁾ i rapporti contrattuali di fatto sarebbero

⁽⁷²⁾ Cfr. F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico op. cit., 4; C. Castronuovo, L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto, in La nuova responsabilità civile, 2 ed., Milano, 1997, 198.

⁽⁷³⁾ N. Lipari, Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico, in Riv.trim.dir.proc.civ., 1968, I, 415.

⁽⁷⁴⁾ C. M. Bianca, Diritto civile, Il contratto op. cit. 40, nota 112.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Contratto di massa, voce Enc. dir. aggiornamento, 1997, 403 ss.;), il lavoro subordinato di fatto, la gestione di fatto, cfr. anche R. Sacco, Il contratto di fatto, in Trattato di dir. priv., Obbligazioni e contratti, II, diretto da P. Rescigno, 52 ss.

⁽⁷⁶⁾ E. Betti, Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, in Nuova riv. dir. comm., 1956, I, 238 e in Jus, 1957, 353 e ss

classificabili in tre categorie : rapporti ricollegati al fatto della offerta al pubblico di una prestazione o servizio di pubblico interesse e alla conseguente sua richiesta o messa a profitto da parte degli utenti (es. utilizzazione del mezzo di trasporto tranviario o della somministrazione di beni di generale consumo); rapporti che derivano da contatto sociale istaurato tra più sfere di interessi, quando, in mancanza di qualsiasi fattispecie contrattuale, assume decisivo rilievo la conseguente possibilità di reciproca influenza (es. trasporto di cortesia); rapporti derivanti dalla inserzione in una organizzazione comunitaria, rispetto alla quale il caratteristico elemento fiduciario legittimerebbe una parte a « fare assegnamento sulla cooperazione promessa dall'altra (es. del rapporto non preceduto da un valido o regolare atto costitutivo; società di fatto o esecuzione di fatto di un rapporto di lavoro). Una terzi tesi tenta una ricostruzione unitaria del fenomeno, e prende le mosse dalla critica della totale negazione del valore della dichiarazione di volontà avanzata dai primi autori tedeschi. Si giunge, per questa via, alla configurazione del comportamento delle parti, « valutato nella sua tipica conclusione », quale esplicazione (attuazione) di autonomia privata, approvata e protetta dall'ordine giuridico » ed integrante comunque un comportamento negoziale ⁽⁷⁷⁾. Il punto di svolta della dottrina dei rapporti contrattuali di fatto é rappresentato dall'abbandono dell'idea per cui il contratto deve essere sostenuto da un accordo necessariamente dichiarato, ben potendo derivare da un consapevole contatto tra le sfere di interessi di due consociati, unito alla statuizione di un regolamento di interessi che viene posto in essere da entrambi i portatori degli interessi in questione o da uno soltanto di essi (negozio unilaterale). Dal punto di vista della comunità viene valutato come congrua, soddisfacente soluzione del problema pratico relativo alla distribuzione o produzione di beni nell'ambito della vita di relazione. La volontà non risulterebbe dunque del tutto pretermessa rispetto alla costituzione del rapporto contrattuale, ma verrebbe apprezzata esclusivamente con riguardo al contenuto del contratto, piuttosto che al contratto come tale. Non si nega l'esistenza di un accordo alla base del rapporto contrattuale, ma si ammette che le modalità tradizionali di esplicazione del consenso non sempre possono essere attuate: ciò non significa che il rapporto sorga privo di un suo elemento essenziale. Gli artt. 1327 e 1333 sono ipotesi in cui già il legislatore prevede la conclusione del contratto fuori dal tradizionale incontro della proposta con l'accettazione. In ogni caso nei rapporti contrattuali di fatto non si può rinvenire una dichiarazione di volontà. Ne consegue che la capacità di agire non ha alcuna rilevanza e che sarebbe erroneo equiparare i rapporti di fatto ai meri atti giuridici leciti. La tipologia del comportamento privo dell'espressione del consenso, ma considerato negoziale in forza di una valutazione socialmente tipica, può essere, dunque, riconducibile allo schema attuativo di un contratto tipico (comportamento imitativo di un contratto: amministratore di fatto, società di fatto); oppure non riconducibile in alcuno schema contrattuale da ritenersi imitato ⁽⁷⁸⁾.

16) Le ipotesi simili e le *guidelines* giurisprudenziali, l' amministratore di fatto, la responsabilità precontrattuale, il danno da procreazione, la responsabilità da contatto amministrativo

L'inserimento della *negotiorum gestio* nella categoria dei rapporti contrattuali di fatto da parte della Cassazione è stata determinata dalla riscoperta della teoria del contatto sociale. La pronuncia della Cassazione del 6 marzo 1999, n. 1925 ha incluso la assunzione non autorizzata della gestione di affari altrui nell'ambito dei rapporti contrattuali di fatto (amministratore di fatto) ⁽⁷⁹⁾. E' stata abbandonata la teoria della preposizione tacita ed implicita al fine di valorizzare il momento genetico rispetto a quello funzionale del rapporto ⁽⁸⁰⁾. Nella società di fatto è ricompresa la società nulla, in cui manchi un atto scritto del contratto o in senso più ampio la cd società irregolare, il cui contratto non sia stato pubblicato. Nella categoria vi rientra anche la prestazione resa in esecuzione del contratto di lavoro di fatto, quale rapporto che trae origine da un contratto nullo e per il fatto del semplice inserimento in un'organizzazione comunitaria. La dottrina recente e maggioritaria aderisce ad una visione contrattualistica del rapporto di

⁽⁷⁷⁾ E. Betti, Dei cosiddetti rapporti contrattuali...op. cit., 367.

⁽⁷⁸⁾ N. Lipari, Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico, in Riv. trim.dir.proc.civ., 1968, I, 415; V. Franceschelli, rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario, in Contratti, 1993, 705 ss..

⁽⁷⁹⁾ Cass. 14 settembre 1999, n. 9795, in Giur. comm., 2000, I, 79 ss., con nota di A. Schermi, Annotazioni sull'amministratore di fatto, e E. Valerio, Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto?, 1049 ss.

⁽⁸⁰⁾ S. Faillace, La responsabilità...op. cit., 39.

lavoro, a differenza di quella tedesca che invece aderisce alla tesi a-contrattualistica. La costruzione del danno alla persona in funzione della lesione dell'integrità psicofisica come valore in sé tutelabile, ha determinato la occasione per ampliare il novero delle situazioni soggettive meritevoli di tutela, allargando l'indagine, precedentemente circoscritta alle sole lesioni dell'integrità psicofisica o alla morte, anche ai settori della nascita e del concepimento. La questione del danno da procreazione raggiunge un punto di incontro tra i due modelli della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l'uno caratterizzato dall'inadempimento ad un pregresso rapporto giuridico di tipo obbligatorio, l'altro dalla causazione di un danno ingiusto provocato da un comportamento o da un fatto illecito in assenza di un preesistente rapporto obbligatorio tra le parti. La convergenza dei due modelli, sulla base di una regola non scritta ma largamente diffusa anche in Germania ⁽⁸¹⁾, configura il cumulo delle due azioni. In particolare, la responsabilità precontrattuale per violazione dell'art. 1337 c.c., per una parte della dottrina costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale e si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'*iter* formativo del contratto. Presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella conclusione del contratto. Oppure presuppone che una delle parti abbia interrotto le trattative così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione finale del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli, ed infine che il comportamento della parte inadempiente sia stato determinato, se non da malafede, almeno da colpa, e non sia quindi assistito da un giusto motivo. Secondo l'opposta tesi, invece, la responsabilità precontrattuale è attratta nell'ambito della responsabilità contrattuale in quanto i soggetti delle trattative non sono tra loro estranei, ma sono legati da un contatto sociale che può dirsi qualificato, in quanto oggetto di una diretta considerazione da parte dell'ordinamento giuridico che impone a ciascuno obblighi di comportamento anche attivi. La tesi tedesca, in particolare, è a favore della tesi contrattuale in quanto gli obblighi di condotta precontrattuali non possono riconoscersi in quelli che derivano dal contratto, in quanto la previsione della regola di comportamento esprime una potenzialità precettiva che non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio. Un altro esempio di labile confine tra contratto e responsabilità aquiliana è costituito dal c.d. danno da procreazione o da vita indesiderata. La questione del danno da procreazione, ad esempio, raggiunge un punto di incontro tra i due modelli della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l'uno caratterizzato dall'inadempimento ad un pregresso rapporto giuridico di tipo obbligatorio, l'altro dalla causazione di un danno ingiusto provocato da un comportamento o da un fatto illecito in assenza di un preesistente rapporto obbligatorio tra le parti. Il diritto del nascituro costituisce una ipotesi in bilico tra l'affermazione dei nuovi diritti della persona ancorati agli art. 2 e 32 Cost. e l'introduzione di un nuovo tipo di danno: il danno esistenziale. I danni astrattamente derivabili dall'imperizia o dalla negligenza dimostrata dal ginecologo durante la gestazione o al momento del parto si distinguono in tre tipologie: danni alla salute della madre, danni alla salute del bambino, danni da nascita indesiderata. L'evoluzione del fenomeno procreativo come scelta responsabile e consapevole dei soggetti, l'avanzamento tecnologico e sociale con conseguente spostamento in avanti dei canoni o dei presupposti della diligenza medica richiesta dai genitori nell'interesse del nascituro, nonché il crescente intervento del medico, soprattutto nell'ipotesi della fecondazione artificiale, introducono novità rilevanti tali da indurre, "in via straordinaria, qualora ricorrano determinate circostanze, ad estendere i principi generali della responsabilità civile anche ad un

⁽⁸¹⁾ G. Stella Richter, Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato, in Riv. Trim. dir. Proc.civ., 1977, I, 151; D. Carusi, Contraccezione, aborto e "danno da procreazione": di una importante sentenza del tribunale costituzionale tedesco e di alcune questioni in materia di responsabilità del medico, in Resp. civ. e prev., 1999, 1173; D. Carusi, Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il "danno da procreazione" nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere (nota a sent. Cass., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, Usl n. 21 Padova c. Petix e altro), in Rass. dir. civ., 1996, 343; G. Baldini, Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale, in Rass.dir.civ., 1995, 481; G. Criscuoli, Il problema del risarcimento del danno da procreazione non programmata: le risposte della giurisprudenza common law, in Rass. dir. civ., 1987, 442; A.R.Veneri, Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale, in Rass.dir.civ., 1995, 908 ss.

campo, come quello della procreazione, che ne era fino ad oggi escluso”⁽⁸²⁾. Parte della dottrina ritiene che anche la responsabilità della Pubblica Amministrazione per l’attività provvedimento illegittima non possa considerarsi responsabilità aquiliana, ma vada piuttosto ricondotta nell’alveo della responsabilità contrattuale⁽⁸³⁾. L’Amministrazione sarebbe infatti tenuta, nello svolgimento della propria attività di cura degli interessi pubblici, a rispettare non solo un dovere generico di non ledere l’altrui sfera giuridica, ma una serie di obblighi comportamentali specifici, anche attivi, posti direttamente dalla legge. Il soggetto che subisce una conseguenza dannosa dall’attività amministrativa non può essere considerato un *quisque de populo* rispetto all’amministrazione: con l’instaurazione del procedimento amministrativo sorgerebbe tra l’amministrazione e il privato una relazione specifica qualificata, volta alla protezione di beni giuridici determinati facenti capo a quest’ultimo.

17) Gli effetti dell’accoglimento della tesi contrattuale. La responsabilità medica e il grado della colpa. L’applicazione in via diretta e non più analogica dell’art. 2236 c.c. Tendenza alla trasformazione da obbligazione di mezzi a obbligazioni di risultato.

La riconduzione della responsabilità medica nell’ambito della fattispecie contrattuale implica che essa possa essere equiparata a tutti gli effetti alla responsabilità professionale. Si applicano, pertanto, le disposizioni di cui agli artt. 1176 primo e secondo comma c.c. e 2236 c.c.

L’art. 1176 al comma 1 c.c., infatti, prevede la diligenza del buon padre di famiglia nell’esecuzione delle obbligazioni e, al secondo comma, la diligenza qualificata con riguardo alla natura dell’attività esercitata per le attività professionali. L’art. 2236 c.c., invece, riguarda la limitazione della responsabilità professionale al dolo e alla colpa grave nei casi di particolare difficoltà tecnica e va coordinato con l’art. 1176 c.c. La Cassazione ha ritenuto che tale limitazione operi solo in riferimento alla perizia e non anche alla negligenza o all’imprudenza: in questi ultimi casi il medico risponderebbe anche per colpa lieve, in quanto solo la perizia prescinderebbe dalla preparazione professionale media, o perché il caso è di particolare complessità o perché le tecniche non sono studiate o sperimentate sufficientemente⁽⁸⁴⁾. La conseguenza dell’accoglimento della tesi contrattuale è che la responsabilità medica attiene alla responsabilità professionale. L’ordinamento prevede norme particolari e criteri speciali particolari di imputazione della responsabilità. In particolare l’art. 2236, co. 2 stabilisce che il grado di diligenza cui è tenuto il debitore deve essere commisurato alla natura dell’attività dovuta⁽⁸⁵⁾. La giurisprudenza da tempo ha elaborato regole generali relative alla misura della diligenza, all’onere della prova, alla presunzione della colpa e del nesso causale, all’attenuazione della responsabilità in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà, applicabili indistintamente, prescindendo dalla struttura del rapporto⁽⁸⁶⁾. La giurisprudenza ravvisa nella

⁽⁸²⁾ M. Bona, Perdita del nascituro: un nuovo precedente per il danno esistenziale, in *Danno e resp.*, 2000, 89; M. Rossetti, Danno esistenziale: adesione iconoclasta od epoche?, in *Danno e Resp.*, 2000, 209; Cass. 7.6.2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 835, con note di G. P. Monateri, Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale, e di G. Ponzanelli, Attenzione: non è danno esistenziale ma vera e propria pena privata e in *Corr. giur.*, 2000, 874, con nota di De Mauro, La Cassazione e il danno esistenziale. G. Baldini, Il danno da procreazione, in *Rass. di dir. civ.*, 3, 1995, 517. D. Carusi, Contraccezione, aborto e “danno da procreazione”: di una importante sentenza del tribunale costituzionale tedesco e di alcune questioni in materia di responsabilità del medico, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1173; D. Carusi, Fallito intervento d’interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il “danno da procreazione” nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere (nota a sent. Cass., sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, Usl n. 21 Padova c. Petix e altro), in *Rass. dir. civ.*, 1996, 343; G. Baldini, Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 481; G. Crisculi, Il problema del risarcimento del danno da procreazione non programmata: le risposte della giurisprudenza common law, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 442. Ponzanelli, La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?, in *Danno e Resp.*, 2003, 428 e segg. A.R. Veneri, Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 908 ss.

⁽⁸³⁾ F. Caringella, op. cit. 974. C. Vaccà, L’intervento di chirurgia estetica è di risultato?, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 44 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 598, in *Giur. it.*, 2000, 740.

⁽⁸⁵⁾ F. Caringella, op. cit. 1013

⁽⁸⁶⁾ Per le critiche all’operazione giuridica posta in essere dalla Cassazione, soprattutto con la differenza tra obbligazione di mezzi e di risultato, nel caso di specie sfumato, v. F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico dipendente, cit., 743 e E. Scoditti, Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale (commento a Cass. 25 novembre 1994, n. 10014), in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913; F.

prestazione del professionista quella di un debitore qualificato: l'adempimento dell'obbligazione va valutato in base all'art. 1176, secondo comma cc, con la conseguenza che il professionista è tenuto a conoscere le regole del mestiere e ad operare con perizia e prudenza. Ciò implica il rispetto di tutte le regole della conoscenza della professione medica, intesa come conoscenza ed attuazione delle regole proprie della professione. Il grado di diligenza deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete; la limitazione della responsabilità *ex art. 2236 c.c.*, applicabile ai soli casi di dolo e colpa grave, si applica alla perizia per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà⁽⁸⁷⁾. Il medico instaura con il paziente un contratto d'opera intellettuale, che si specifica come "contratto di prestazione medica" che viene definito come "l'accordo in virtù del quale il medico, effettuata la diagnosi ed indicata la terapia, si obbliga nei confronti del paziente, dietro corrispettivo, a realizzarla secondo le migliori prescrizioni dell'arte medica, assumendo, perciò una obbligazione di mezzi". Il medico si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato. Si osserva infatti che, da un lato, un risultato, inteso come momento finale e conclusivo della prestazione, è comunque dovuto in tutte le obbligazioni, e che, dall'altro, ogni qual volta viene raggiunto un risultato ciò implica necessariamente che sono stati impiegati i mezzi occorrenti. Ne deriva che le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato. Dunque, nei casi di prestazione medica non implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, si individua in realtà un'obbligazione di risultato (88). La nozione di contatto sociale viene poi utilizzata per estendere l'ambito delle fonti di obbligazioni (art. 1173 c.c.) applicando la disciplina dei contratti anche ai rapporti che sorgono attraverso l'obbligo sociale di prestazione. Nel caso di specie sorgerebbe in capo all'ente ospedaliero un obbligo di prestazione cui corrisponderebbe un dovere di protezione del medico dipendente e, di conseguenza, la relativa responsabilità (89).

18) Il riparto dell'onere della prova e la *res ipsa loquitur*

La tesi dell'obbligazione per risultato si basa sul principio della *res ipsa loquitur*.

L'accoglimento della tesi contrattuale crea, infatti, ripercussioni proprio in merito all'onere probatorio.

La Cassazione afferma che l'onere della prova incombe in capo al professionista: egli deve fornire la prova che la prestazione presentava problemi tecnici di particolare difficoltà⁽⁹⁰⁾. Il paziente deve invece provare che l'intervento era di carattere rutinario⁽⁹¹⁾. Ulteriore rilevante differenza è il diverso termine di prescrizione dell'azione di responsabilità. È importante individuare le caratteristiche dell'errore professionale che deriva dalla trasgressione di quelle norme, che sono universalmente riconosciute valide dalla scienza. In particolare, l'errore compiuto dal medico riguarda la diagnosi, la prognosi o la terapia, e consiste nel falso apprezzamento di fatti oggettivi per i quali la scienza medica fornisce una interpretazione ufficiale o stabilisce regole precise, dettate dalle conoscenze scientifiche più avanzate e provate dall'esperienza. L'errore è inescusabile, e quindi c'è colpa, quando sia conseguenza diretta della mancata conoscenza di principi fondamentali⁽⁹²⁾. L'utilizzo della responsabilità contrattuale alleggerisce l'onere della prova a carico del paziente attore in quanto si applica l'art. 1218 c.c.: egli è tenuto a dimostrare solo l'inadempimento del medico, mentre spetterà al medico provare che l'inadempimento è stato incolpevole o derivante da impossibilità sopravvenuta a lui non

Caggia, In tema di responsabilità del medico, in *Giur. It.*, 1998, I, 45. A.M. Princigalli, La responsabilità civile. Profili generali, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997, 989 ss; G.P. Monateri, La responsabilità civile, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, 1998, 751 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in *Dir. e Giust.*, 2004, f. 25, 32 che in motivazione parla di "sostanziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di (quasi) risultato". Cfr. in generale L.Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*. Studio critico, in *Riv. dir. Comm.*, 1954, 185 ss. e V. De Lorenzi, voce *Obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato*, in *Dig. Disc. priv.*, Torino, 1995, 397.

⁽⁸⁸⁾ P. Pauri, La responsabilità civile e penale derivante dall'errore medico, in *Diritto e Diritto* (sett. 2004).

⁽⁸⁹⁾ R. Berti, La responsabilità medica secondo il diritto vivente, in http://web.tiscalinet.it/ceredoc/html/*

⁽⁹⁰⁾ Cfr. anche Cass., 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800.

⁽⁹¹⁾ Cass., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Arch. civ.*, 1999, 4, 437.

⁽⁹²⁾ P. Pauri, La responsabilità civile e penale derivante dall'errore medico, in *Diritto e Diritto* (sett. 2004).

imputabile⁽⁹³⁾. E' rimasta in vigore la distinzione tra interventi di facile esecuzione o di *routine*: la limitazione di responsabilità del medico si applica ai soli casi di dolo o colpa grave nei casi di prestazione particolarmente complessa. Risulta evidente che oramai l'obbligazione del medico dipendente si sostanzia in una obbligazione senza prestazione o, il che è lo stesso, in una prestazione senza obbligazione⁽⁹⁴⁾. La giurisprudenza considera unitariamente, a tali fini, l'attività sanitaria come prestazione di mezzi, senza più farsi carico della natura della responsabilità del medico. Ritene che incombe in capo al professionista, che invoca il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 cod. civ., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre spetta al paziente danneggiato provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee⁽⁹⁵⁾. E' il paziente a dover provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione ed in tal caso il professionista ha l'onere di provare, per non incorrere in responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria⁽⁹⁶⁾. Al fine di scongiurare il rischio di ipotizzare in capo al medico una ipotesi di obbligazione di risultato e non di mezzi, la Cassazione ricorre al modello della *res ipsa loquitur*, ossia al criterio dell'evidenza circostanziale, tipico degli ordinamenti di *common law* (laddove, tuttavia la responsabilità medica è di carattere aquiliano, cfr. pr. 6). La *res ipsa loquitur* opera come una presunzione di colpa, ma è un principio tipico della responsabilità extracontrattuale. Nel caso della responsabilità medica verrebbe "prestato" alla responsabilità contrattuale. Relativamente all'applicabilità dell'art. 2236 c.c. la Cassazione, per giustificarla anche al di fuori delle fattispecie del contratto d'opera intellettuale, sostiene che la regola di cui al predetto articolo si configura come un limite di responsabilità per la prestazione dell'attività professionale in genere, sia che essa si svolga nell'ambito di un contratto, sia che venga riferita al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio. "L'applicazione della *res ipsa loquitur* all'attività medica rappresenta uno dei tanti modi di supplire alle circostanze incerte con cui le regole della responsabilità civile fanno i conti quando sono calate nel processo, e non v'è ragione di dubitare che anche in questo caso l'applicazione della regola rifletta, in modo più o meno consapevole, la scelta di risparmiare sul prezzo dell'accuratezza della decisione"⁽⁹⁷⁾.

19) Il medico considerato come non un semplice *quisque de populo*

Il modello del cumulo è stato superato in quanto il medico dipendente non può essere considerato come un semplice *quisque de populo* soggetto soltanto a quel dovere del *neminem laedere* che grava su ciascun consociato⁽⁹⁸⁾. La struttura della responsabilità medica risulta atipica laddove si riscontra che, anche quando è stata collocata all'interno della responsabilità aquiliana, ad essa sono comunque applicati istituti propri della responsabilità contrattuale, quali la distinzione in obbligazioni di mezzo e di risultato, il criterio della diligenza professionale, il richiamo a regole di causalità materiale, nonché la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.⁽⁹⁹⁾. La Cassazione ha infatti ravvisato nell'art. 1173 c.c., sfruttandone

⁽⁹³⁾ M. Franzoni, Dei fatti illeciti, in Commentario al Codice civile a cura di Scialoja-Branca-Galgano, Bologna-Roma, 1993, 129 ss; V. Fineschi, *Res ipsa loquitur*: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica, in Riv. It. medicina legale, 1989, 419; F. Caggia, In tema di responsabilità del medico, in Giur. It., 1998, I, 40; G. Baldini, Il danno da procreazione: evoluzione dei profili di responsabilità alla luce delle nuove tecniche di riproduzione artificiale, in Rass. di dir. civ., 3, 1995, 493; Cfr. altresì, ivi citato, L.Kaplow, The Value of Accuracy in Adjudication: an Economic Analysis, in 23 J. Leg.Stud.307, 308 (1994).

⁽⁹⁴⁾ A. Lanotte, nota a Cass. 21.7.2003, n. 11316 in Foro It, 2003, I, 2970.cass. 11.3.2002, n. 3492, in Riv. it. Med. Leg. 2003, 449.

⁽⁹⁵⁾ In tal senso: Cass. 3 dicembre 1974, n. 3957, in Rep. Foro it. 1974, voce Professioni intellettuali, n. 23; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127.

⁽⁹⁶⁾ Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, cit.; Cass. 30 maggio 1996, n. 5005, in Rep. Foro it. 1996, voce Professioni intellettuali (responsabilità del professionista), n. 167; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440.

⁽⁹⁷⁾ U. Izzo, Il danno da contagio post-trasfusionale come danno evidenziale? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità, in Danno e resp., 2001, 250.

⁽⁹⁸⁾ V.Carbone, Responsabilità del medico come responsabilità da contatto, in Danno e resp., 1999, 3, 303. G. Chiné, Contratto di massa, voce Enc. dir. aggiornamento, 1997, 403 ss.; R. Sacco, Il contratto di fatto, in Trattato di dir. priv., Obbligazioni e contratti, II, diretto da P. Rescigno, 52 ss.

⁽⁹⁹⁾ F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico dipendente, cit., 50, nota 24. Relativamente all'applicabilità dell'art. 2236 c.c. l'autore evidenzia che la Cassazione, per giustificarla anche al di fuori delle fattispecie del contratto d'opera intellettuale, ha

al massimo il dettato “aperto”, la fonte dell’obbligazione di tipo contrattuale tra paziente e medico ospedaliero, partendo dal presupposto che la professione medica sia una professione protetta, anche dal punto di vista penale, considerato che il suo abusivo esercizio configura una fattispecie di reato ai sensi dell’art. 348 c.p. e che l’esercizio dell’*ars medica* è considerato un servizio di pubblica necessità del quale il cittadino è per legge obbligato ad avvalersi (art. 359, n 1, c.p.). L’attività medica, inoltre, incide sul bene della salute che è di rilevanza costituzionale (art. 32 Cost.) e proprio per questo la deontologia ricade nell’ambito della normativa civile ai sensi dell’art. 1337 c.c., che impone il generale dovere di correttezza alle parti, nonostante manchi un vincolo contrattuale. Tutti questi elementi contribuiscono a far sorgere l’obbligazione nel momento che il paziente entra in “contatto” con il medico. La scelta del modello di responsabilità contrattuale da parte della Cassazione si spiega in quanto, a differenza della responsabilità aquiliana, permette di sanzionare anche la *culpa in non faciendo* e non solo la *culpa in faciendo*: il paziente chiede al medico di essere curato e, dunque, il medico non è tenuto solo a non peggiorare la salute del paziente bensì a migliorarla. L’art. 2043 c.c., invece, può essere invocato per sanzionare una lesione del diritto alla salute, qualora il soggetto già versi in uno stato patologico e lo peggiori. E’ il comportamento richiesto al medico che legittima e giustifica il ricorso al modello contrattuale, atteso che egli ha l’obbligo di garantire la tutela di interessi esposti a pericolo nel momento in cui avviene il contatto sociale, essendo il suo obbligo più intenso del generico *neminem laedere* che incombe sulla generalità dei consociati, configurandosi come obbligo di protezione⁽¹⁰⁰⁾. Il medico sarà dunque imputabile di *culpa in non faciendo* qualora non abbia fornito al paziente cure adeguate rispetto all’affidamento e alle richieste formulate⁽¹⁰¹⁾. Dalla configurazione della responsabilità contrattuale del medico dipendente discendono vantaggi inequivocabili in capo al paziente, sotto il profilo del regime probatorio, della colpa, del termine prescrizione, dell’imputabilità del fatto dannoso.

20) Gli effetti dello shopping del diritto e l’esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale

Elementi della responsabilità extracontrattuale, come la *res ipsa loquitur* sono prestati a quella contrattuale ed elementi di quella contrattuale, come l’onere della prova, sono prestati a quella extracontrattuale. Gli effetti dello *shopping* del diritto hanno condotto la giurisprudenza ad alleggerire l’onere probatorio del paziente danneggiato in occasione di prestazioni mediche di *routine* di interventi ad alta vincolatività. Hanno inoltre ridotto l’ambito di discrezionalità tradizionalmente accordato all’agire del professionista, elevando i requisiti quantitativi e qualitativi delle informazioni che il medico deve comunicare al paziente per consentirgli di valutare appieno l’opportunità di intraprendere l’atto terapeutico o diagnostico prospettatogli. Si sminuisce così il rilievo pratico dell’attenuazione del regime di imputazione della responsabilità previsto dall’art. 2236 c.c. in caso di prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciali difficoltà: vengono differenziati i criteri di valutazione della condotta medica impiegati in particolari settori della medicina (medicina estetica, odontoiatrica, medicina psichiatrica, trasfusionale ecc.). Si connota in senso sempre più marcatamente oggettivo l’imputazione dei danni iatrogeni subiti dal paziente a causa di una mancanza tecnico gestionale attribuibile alla struttura sanitaria, con l’estensione dell’area del danno risarcibile grazie all’impiego del criterio di collegamento tra condotta ed evento che concede una rilevanza crescente all’idea della perdita di *chances* (é il caso della responsabilità medica per la nascita di un

sostenuto che la regola di cui al predetto articolo si configura come un limite di responsabilità per la prestazione dell’attività professionale in genere, sia che essa si svolga nell’ambito di un contratto, sia che venga riferita al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio, Cass., sez. un., 6 maggio 1971, n. 1282, in Foro it., 1971, I, 1476. Cfr. anche Cass. 19.5.1999, n. 4852, in NGCC, 2000, 226, con nota di C. Parodi, Il percorso evolutivo del danno riflesso.

⁽¹⁰⁰⁾ Tale fattispecie viene inquadrata dalla dottrina tedesca (Larenz, Schuldrecht, Munchen, 1982, I, 13, 101) nelle obbligazioni senza (obbligo primario di) prestazione, nell’ambito del principio del dogma della volontà, ossia del dominio della volontà nell’ambito negoziale, cfr. F. G. Pizzetti, La responsabilità del medico op. cit., 4; C. Castronuovo, L’obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto, in La nuova responsabilità civile, 2 ed., Milano, 1997, 198.

⁽¹⁰¹⁾ Per le critiche a questa impostazione v. A. Di Majo, L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, in Corr. giur. 1999, 4, 450.

figlio indesiderato). Fra questi obblighi accessori posti a carico del medico rientra anche l'obbligo di informazione e di sorveglianza sulla salute del soggetto, anche nella fase postoperatoria ⁽¹⁰²⁾. In questo quadro la più penetrante tutela risarcitoria accordata al paziente dall'evoluzione giurisprudenziale pone notevoli problemi assicurativi e minaccia di alimentare la pratica della c.d. medicina difensiva, come già da decenni accade negli Stati Uniti. I principi dettati in tema di responsabilità contrattuale hanno permesso di affermare che anche i medici sono tenuti a rispettare i c.d. obblighi di protezione, ossia quegli obblighi accessori alla prestazione principale (diagnosi o cura) che, se pur non espressamente stabiliti, sono posti a carico del debitore al fine di rafforzare la tutela del creditore. Grazie a questi concetti si è potuto ampliare il raggio di azione della responsabilità contrattuale, ricomprendendovi anche la violazione degli obblighi esterni alla prestazione principale, altrimenti destinati a ricevere tutela in base ai principi della responsabilità. Il fenomeno giuridico è strettamente collegato al mutare della sensibilità sociale nei confronti degli esiti infausti della cura, che a sua volta riflette maggiori aspettative di certezza ed infallibilità che il progresso scientifico e tecnologico proietta sull'immagine sociale della medicina. L'esistenza di quell'obbligo-dovere che condiziona l'opera sanitaria fa sì che quest'ultima assurga a una sorta di *contratto di fatto del diritto alla salute*.

21) Conclusioni

Quei vuoti, che il nostro ordinamento purtroppo contiene essendo vecchio rispetto all'esigenza attuale di giustizia, consentono sempre di più il ricorso a locuzioni contrabbandate da diritti stranieri, come il contratto di fatto, il *contratto con effetti protettivi* o il sofisma del *diritto vivente*, elaborazione dottrina e giurisprudenziale. Ma per avere una risposta alle più pressanti ed attuali esigenze anche la ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione, per quanto logica e giuridicamente esatta, non può costituire un punto definitivo. Si lasciano aperti altri spazi di indagine che riguardano, al di là della teoria, la quotidiana pratica dei diritti dei pazienti. A seguito delle mutate conoscenze scientifiche e del sorgere di nuovi valori, sono state elaborate nuove situazioni soggettive, collegate ai diritti umani, non ancora consapevolmente protette. La giurisprudenza è pervenuta ad una opzione metodologica che vuole apprestare una esaustiva organizzazione sistematica e ordinatoria all'esperienza medica degli ultimi decenni. Il problema è che si sta creando una giurisprudenza che interpreta estensivamente le norme del codice. Si vuole dare maggiore visibilità a un ribaltamento di significati con un certo, bisogna dirlo, esautoramento di talune norme di quello che a tutt'oggi resta in ogni caso il principale strumento normativo di regolazione della disciplina privatistica. Il nuovo non va disperso ma riorganizzato e riqualificato con un'opera di puntuale e rigorosa verifica dell'intero impianto di concetti e categorie ordinatrici. Il rischio è una confusione concettuale o la creazione di rigide barriere probatorie e processuali in grado di condizionare negativamente il delicato esercizio dell'attività medica.

⁽¹⁰²⁾ A. Lanotte, nota a Cass. 21.7.2003, n. 11316 in Foro It, 2003, I, 2970.cass. 11.3.2002, n. 3492, in Riv. it. Med. Leg. 2003, 449.