

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO I

**DALLA BALDUZZI ALLA GELLI-BIANCO, STORIA  
DELL'OFFENSIVA AL CONTATTO SOCIALE**

di *Nicola Todeschini*

### Principi

- *Legge Balduzzi e Gelli Bianco, diverse ma unite dalle forti contraddizioni che le attraversano, sono invocate, strumentalmente, da chi vorrebbe veder tramontare la teoria del contatto sociale per escludere la responsabilità contrattuale dell'esercente.*
- *La Gelli Bianco, invece, contempla il nemico che, secondo alcuni interpreti, già la Balduzzi avrebbe voluto combattere.*

**Sommario: 1.1.** Il doppio binario che non c'è: storia di riforme strumentalizzate. - 1.1.1. Legge Balduzzi e Gelli-Bianco, diverse con un unico – non voluto – destino, cancellare il contatto sociale. - 1.1.2. Dopo Balduzzi diciamo addio alla responsabilità contrattuale? - 1.1.3. La sentenza Gattari e la tesi milanese. - **1.2.** La cassazione insiste: il contatto sociale resiste.

### Casistica

**DECRETO BALDUZZI, LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE NON VA IN PENSIONE** – L'art. 3, 1° co., d.l. 158/2012, conv. dalla l. 189/2012, cosiddetto «decreto Balduzzi» non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria, ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), facendo salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio e sottolineando (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee-guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali) [Trib. Arezzo

15.2.2013, n. 196, *GDir*, 2013, 17, 17 (s.m.), con nota di Martinj].

**ANCHE PER IL MEDICO DI FAMIGLIA CONFERMATO IL CONTATTO SOCIALE** – Quanto, poi, alla natura della responsabilità del medico convenzionato nei confronti dell'utente (profilo che, nella specie, non costituisce oggetto specifico di scrutinio, essendovi già il giudicato sulla responsabilità civile del L.), con il quale non sussiste alcun vincolo negoziale od obbligatorio ex lege preesistente all'espletamento in concreto della prestazione curativa, è sufficiente osservare che essa è da ricondursi al "contatto

sociale”, tenuto conto dell’affidamento che egli crea per essere stato prescelto per rendere l’assistenza sanitaria dovuta e sulla base di una professione protetta. La sua prestazione (e per l’effetto il contenuto della sua responsabilità) per quanto non derivante da contratto, ma da altra fonte

(art. 1173 cod. civ.), ha un contenuto contrattuale (in tal senso la consolidata giurisprudenza di questa Corte a partire dalla sentenza n. 589 del 22 gennaio del 1999) (Cass., sez. III, 27.3.2015, n. 6243, *www.personaedanno.it*, con nota di Todeschini 2015c).

### 1.1. Il doppio binario che non c’è: storia di riforme strumentalizzate

**Legislazione** Cost. 13, 32 - c.c. 1218, 1176, 2043

**Bibliografia** Todeschini 2016 - Todeschini 2017, 2017a

Esiste un piano interpretativo sul quale è difficile, in tutta franchezza, rischiare di essere partigiani: il tentativo, in atto, di forzare i migliori approdi della giurisprudenza di legittimità è palese. Non così la sua fortuna, nonostante una campagna mediatica giocata sull’emotività – alludo alla bandiera effimera della medicina difensiva –, sull’importante favore del quale gode, meritevolmente, la giurisprudenza meneghina, infine sulla copiosa e raffinata produzione dottrinale del medesimo orientamento, allineata perfettamente al fine.

Argomenti ficcanti, quelli della dottrina e giurisprudenza che sostiene il ritorno dell’art. 2043 c.c. quale forza riequilibratrice di uno scontro altrimenti impari, cari in particolare alle lobby delle compagnie di assicurazione e di alcune aree sindacalizzate dei sanitari che hanno inteso però strumentalizzare i tentativi di approccio ermeneutico censurante.

Non avvedersi di tale tentativo, strisciante e comunque sin qui poco produttivo, significa leggere la riforma morbidamente accomodati sulle consuetudini dettate da un’area di pensiero rispettabile ma partigiana; ritengo invece vi sia la necessità, sostenuta da quest’opera, di offrire anche letture diverse, meno abbottonate e condiscendenti rispetto alla tesi suggerita da ambienti vicini ai proponenti, per offrire allo studioso un’opportunità ermeneutica alternativa e spesso, anzi, frettolosamente censurata.

Il contributo mira a descrivere le tesi non condivisibili che militano in favore del regresso alla responsabilità extracontrattuale, provvedendo a segnalare le ragioni che invece possono contribuire ad una ermeneusi diversa e coerente rispetto agli approdi della giurisprudenza di legittimità ed in armonia con il testo della regola meglio analizzato nel successivo paragrafo: il c.d. doppio binario, lungi dall’essere realizzato, non tiene in debita considerazione,

invero, la ricchezza della relazione medico-paziente, l'autonomia dell'esercente, la necessità di uniforme disciplina della colpa medica.

### **1.1.1. Legge Balduzzi e Gelli-Bianco, diverse con un unico – non voluto – destino, cancellare il contatto sociale**

**Legislazione** Cost. 3, 32 - c.c. 1175, 1176, 1218, 1228, 2043, 2049, 2236

**Bibliografia** Todeschini 2012a - Todeschini 2015a, 2015b, 2015c - Todeschini 2016 - Todeschini 2017

#### **IL CASO**

*Un paziente si reca presso la struttura ospedaliera ove ritiene operi il dott. Rossi, noto specialista ortopedico. Riesce ad avere un appuntamento con lui, espone il suo caso, delicato, riceve l'informazione che lo induce a prestare il consenso ad un trattamento che il dott. Rossi garantisce di poter eseguire in prima persona. Ne deriva una complicanza, secondo il paziente taciuta, e si chiede se, dopo le novelle Balduzzi e Gelli Bianco sia vero che la responsabilità del dott. Rossi sia solo extracontrattuale, essendo ormai trascorsi più di cinque anni.*

Un minimo comune denominatore, accanto all'amatorialità del legislatore, le due riforme, susseguitesi nell'arco di pochi anni, sembrano poterlo vantare: consiste nella strumentalizzazione del loro incerto lessico in favore della lotta al contatto sociale e, più in generale, nella lotta al titolo di responsabilità contrattuale.

Si è scritto che la responsabilità medica sia stata piegata dall'esigenza di garantire maggior tutela alla parte debole del rapporto, anche a costo di forzare lo schema della responsabilità extracontrattuale.

«La totale dislocazione della responsabilità dal versante contrattuale onera il medico e la struttura sanitaria dalla prova della non imputabilità dell'inadempimento, che il danneggiato deve solo dedurre: regola, questa, sovente invocata, perdipiù, con un surplus di lassismo ed approssimazione, giacché la deduzione dell'inadempimento viene per lo più identificata con la semplice allegazione del danno, ossia del peggioramento, se non dell'inalterazione, delle condizioni di salute del preteso danneggiato»

(App. Roma, sez. III civ., 11.3.2015, *www.personaedanno.it*, con nota di Todeschini 2015).

Tuttavia è con la progressiva contrattualizzazione di molte aree della responsabilità civile (basti pensare alla responsabilità della scuola per i danni patiti dal discente, alla parabola della responsabilità precontrattuale) che ha

coinvolto anche quella da malpractice medica che l'equilibrio delle forze in gioco ha trovato un assestamento considerato periglioso da alcuni interpreti. Lo schema contrattuale è divenuto quindi il bersaglio da colpire perché con la sua inversione dell'onere della prova, la presunzione di responsabilità in esito all'assolvimento del dovere di allegazione ed alcuni tentennamenti sull'assegnazione dell'onere di dimostrare il nesso di causa tra la condotta e il danno, e infine il temuto lungo termine di prescrizione, ha concentrato gli sforzi di compagnie di assicurazione e sanitari.

Alle ragioni tecniche che rendono ardua la difesa, ove sia invocato il titolo contrattuale, si aggiungono quelle di stile, secondo le quali il contratto, con il suo significato che richiama un degradato strumento di matrice commerciale, mal si attaglierebbe a descrivere invece la delicatezza del rapporto che va sotto l'etichetta di alleanza terapeutica, rimanendo incomprensibile perché tale effetto dovrebbe essere sofferto solo per la sola professione intellettuale dei sanitari.

Si sono aggiunte, come più diffusamente si è scritto nella parte dedicata alla colpa (parte II), le annose ed ormai stanche diatribe sull'assegnazione dell'obbligazione vuoi alla categoria di quelle di mezzi, ovvero di risultato, nonostante ormai anche per le sezioni unite l'argomento sia divenuto privo di rilievo pratico.

Il messaggio passato ai sanitari, in ogni consesso a loro delicato, salve poche coraggiose voci fuori dal coro, è quindi sempre stato quello di essere una categoria sotto assedio ad opera di parafanghisti riciclati in esperti di malpractice medica, adiuvari da una sorda giurisprudenza di legittimità pronta ad alterare lo schema della responsabilità civile per vessare la categoria, in ossequio ad una mal governata necessità di agevolare la parte debole.

Ed è così che l'incerto art. 3 della legge Balduzzi è divenuta occasione da non perdere per tentare di riscoprire il profilo della malpractice medica in ossequio al più vantaggioso schema extracontrattuale, seppur il testo non fosse per nulla in grado di acconsentire a tale risultato, come si vedrà nel proseguo. Ma nonostante la tesi milanese fosse suggestiva, perché frutto di un lavoro interessante e motivato, salvo qualche poco convincente alleato non ha trovato fortuna presso le altre corti di merito ed è stata infine abbandonata, dopo la netta insensibilità dimostrata dalla suprema corte, anche da chi *ab initio* pareva volesse farla propria sull'onda di emotiva suggestione.

Ma, allora, si disse che quella sarebbe stata la reale volontà di un legislatore evidentemente ritenuto troppo timido per esprimerla in modo univoco, e medesimo argomento si legge, ora, in analoghi commenti che accompagnano la Gelli Bianco nonostante l'ultimo passaggio in senato ne abbia ridimensionato la chance di strumentalizzazione.

Nemmeno questa volta il legislatore ha sbarrato la strada alla configurazione della responsabilità del sanitario in termini contrattuali, anzi ha valorizzato la necessità di leggerla in questi termini ove il sanitario abbia assunto l'obbligazione. La legge sul consenso e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, come si dirà nel successivo capitolo, dà il colpo di grazia alle tesi censuranti il titolo contrattuale.

Ma facciamo in passo indietro analizzando le fasi della disfida al contatto sociale.

### **1.1.2. Dopo Balduzzi diciamo addio alla responsabilità contrattuale?**

**Legislazione** c.c. 1176, 1218, 2236 - l. 8.11.2012, n. 189, c.d. «Legge Balduzzi»

**Bibliografia** Todeschini 2012, 2012a - Todeschini 2013, 2013a, 2013b, 2013c - Todeschini 2016

All'indomani della pubblicazione del testo

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

(art. 3, l. 8.11.2012, n. 189, c.d. legge Balduzzi),

si sono di fatto composti due schieramenti: uno, rappresentato poi dalla c.d. tesi milanese (tenuto conto che il tribunale meneghino ha eletto la sentenza Gattari a paradigma del proprio orientamento in materia) che ha inteso interpretare la regola come segno inequivocabile della volontà del legislatore di rovesciare gli equilibri raggiunti, cancellando la *chance* d'invocare la responsabilità contrattuale del medico, giusto il richiamo, per tali interpreti tranciante, all'art. 2043 c.c.:

«prima di esaminare il merito delle domande, è opportuno reinquadrare e rimettere a fuoco il sistema della responsabilità civile da "malpractice medica" a seguito della cd legge Balduzzi (L. 189/2012), che è stata oggetto di diverse opzioni interpretative e di applicazioni giurisprudenziali non sempre convincenti. All'esito di una non breve riflessione favorita dai vari contributi anche giurisprudenziali noti, ritiene il Tribunale adito che la citata legge del 2012 induca a rivedere il "diritto vivente" secondo cui sia la responsabilità civile della struttura sanitaria sia quella medico andrebbero in ogni caso ricondotte nell'alveo della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c.»

(Trib. Milano, sez. I civ., 17.7.2014, Est. Patrizio Gattari, *www.personae-danno.it*, con nota di Todeschini 2014).

L'altro orientamento, suffragato dal sostegno della Corte di Cassazione successivamente intervenuta, e pure adombrato da chi scrive, ha invece deprecato le incertezze letterali del legislatore attribuendo alla sua superficialità l'approssimativo richiamo alla responsabilità *ex delicto*, invocata quale mero paradigma, nel sistema penale, della responsabilità civile. Con la conseguenza che, secondo tale orientamento, nulla cambiava.

«Il riferimento è al D.L. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 comma 1, convertito nella L. 8 novembre 2012, che esclude la responsabilità medica in sede penale, se l'esercente dell'attività sanitaria si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Ma la stessa norma prevede che in tali casi, la esimente penale non elide l'illecito civile e che resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La novellazione, che non riguarda la fattispecie in esame, ha destato non poche perplessità anche di ordine costituzionale, in relazione all'art. 77 Cost., comma 2, in quanto il testo originario del decreto legge non recava alcuna previsione di carattere penale e neppure circoscriveva il novero delle azioni risarcitorie esperibili da parte dei danneggiati. La premessa che indica una particolare evoluzione del diritto penale vivente, per agevolare l'utile esercizio dell'arte medica, senza il pericolo di pretestuose azioni penali, rende tuttavia evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale. Punto fermo, ai fini della filomachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni unite nel novembre 2008, e tra queste la n. 26973, ed in particolare nel punto 4.3 del c.d. preambolo sistematico, che attiene ai c.d. contratti di protezione conclusi nel settore sanitario, ed agli incipit giurisprudenziali ivi richiamati, e seguiti da decisioni di consolidamento»

(Cass., sez. III, 19.2.2013, n. 4030, *GDir*, 2013, 17, 25).

Tuttavia, chi aveva interesse a trascinare la responsabilità contrattuale – con le sue perniciose regole: onere della prova e prescrizione – fuori dal cerchio magico della responsabilità – solo – dei sanitari, ha condotto una battaglia, anche massmediatica, d'inconsueta solidità. L'insistenza con la quale anche le calibrizioni, pur interessanti ma incompiute, di certa giurisprudenza di merito sono state invocate a sostegno della supposta rivoluzione, ricorda la crociata, di medesima estrazione lobbistica, che fu prodotta in odio al danno morale ed al danno esistenziale dopo le buie ma ormai rieditate quartine autunnali sull'etichetta “danno non patrimoniale”.

Per il vero le letture abrogative nemmeno tenevano conto del lessico balduziano ed in particolare dell'inciso “in tali casi”, che fa da esordio al secondo periodo, e che al più avrebbe esteso l'effetto della novella ai casi descritti nel

primo periodo (e quindi alle condotte dei sanitari che si attengano a linee guida e buone pratiche) e non a tutti come le assicurazioni in particolare avrebbero invece voluto.

### **1.1.3. La sentenza Gattari e la tesi milanese**

**Legislazione** c.c. 1176, 1218, 2236 - d.l. 158/2012

**Bibliografia** Todeschini 2013a, 2013b, 2013c - Todeschini 2015a, 2015b

Tra le pronunce protagoniste, nella fase di merito, della disfida, spicca quella ben argomentata, ma per molti versi non convincente, del tribunale di Milano che ho appellato tesi milanese, in alcuni contributi battuti a caldo, in ragione dell'adesione che la sezione del tribunale meneghino aveva espresso eleggendo la pronuncia a proprio manifesto orientativo.

Ha invero sostenuto che sarebbe solo extracontrattuale la responsabilità del medico dipendente della struttura poiché

«il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare)»

(Trib. Milano, sez. I civ., 17.7.2014, Est. Patrizio Gattari, *www.personae-danno.it*, con nota di Todeschini 2014a).

La tesi integra una forzatura del testo – ambiguo – della novella anzitutto perché la volontà del legislatore è assai dubbio che fosse proprio quella di censurare la libertà di argomento della cassazione; semmai emergeva chiara la volontà di intervenire sulla responsabilità penale del medico mitigando gli effetti delle regole vigenti. Per contro, e proprio in funzione delle scelte letterali, che come è noto non possono essere ignorate, emerge chiara la necessità, che il legislatore evidentemente sente, una volta introdotta la sorta di depenalizzazione di cui si è detto, di tranquillizzare il danneggiato ricordando che il risarcimento del danno, pur a fronte di una condotta indifferente al desiderio dello stato di punire con una sanzione penale, continua ad essere praticabile ed oggetto della funzione della responsabilità civile. Così deve essere inteso il riferimento tecnico all'art. 2043 c.c., che nel sistema penale ha sempre richiamato l'effetto civile della condotta penalmente rilevante.

È pacifico, sempre in tal senso, che se mai il legislatore si fosse veramente imposto una rivoluzione, avrebbe fatto uso di un testo assai più chiaro o, se volete, intransigente rispetto a soluzioni diverse o ambigue, riscrivendo la fattispecie della colpa civile enumerandone i nuovi caratteri tipici. Ma non lo ha fatto e del resto, in una singolare intervista di allora, Balduzzi, al quale si chiedeva un commento circa la tesi milanese, affermò che il suo compito era stato quello di “provocare” e che ora la palla passava alla giurisprudenza, in un singolare ribaltamento di funzioni istituzionali che non trova conforto nella nostra costituzione.

Una cosa è certa, il testo ha certamente provocato un contenzioso inutilmente farraginoso, che ha gravato di ulteriori incertezze le parti interessate.

Non spiega, la tesi milanese, perché la forza censurante delle parole del legislatore possa mai avere tale significato senza che l'espressa esclusione, conseguibile anche con minimi sforzi lessicali (per esempio con l'utilizzo dell'avverbio “solo”, ovvero “solamente”) sia stata chiaramente affermata, e perché mai la semplice enunciazione di un titolo di responsabilità, quello fondato sull'art. 2043 c.c., in mancanza di volontà inequivoca circa l'esclusione dell'altro, possa mai valere a tal fine.

Allora scrissi che sarebbe stato sufficiente un testo che suonasse così: “risponde solamente *ex art. 2043 c.c.*,” ovvero “non risponde *ex art. 1218* ma solo *ex art. 2043 c.c.*”, o ancora che “risponde solo a titolo di responsabilità extracontrattuale”.

Non va infatti dimenticato quanto dispone l'art. 12 delle Preleggi:

«nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»  
(art. 12 Preleggi).

E la presunta volontà del legislatore non può essere utilizzata per forzare le letteralità del testo da lui stesso scelto per esprimere la *ratio* contesa.

## 1.2. La Cassazione insiste: il contatto sociale resiste

**Legislazione** c.c. 1176, 1218, 2236 - d.l. 158/2012

**Bibliografia** Todeschini 2012, 2012a - Todeschini 2013, 2013a, 2013b, 2013c - Todeschini 2015a, 2015b, 2015c, 2015d

**IL CASO**

*Un paziente contesta, senza ausilio di un avvocato, la responsabilità professionale di un medico, dipendente di una struttura, il quale risponde, a mezzo del proprio legale, che essendo trascorsi più di cinque anni dal trattamento l'azione è prescritta e che, comunque, il sanitario non si è mai assunto l'obbligo di cura, semmai gravante sulla struttura. Il paziente sostiene che l'obbligo è stato invece assunto dal medico perché l'informazione è stata resa da lui, non da altri, e gli accordi sul tipo di trattamento sono stati stretti con lo stesso sanitario; si rivolge quindi ad un avvocato per comprendere se abbia azione nei confronti del medico dipendente.*

Non sono poi così sibilline le reazioni della Corte di Cassazione che, a battaglia in corso, si toglie lo sfizio di passeggiare serafica sulla propria consolidata giurisprudenza non senza negare qualche sciabolata, per il vero anche laddove non sia del tutto indispensabile alla soluzione del caso di diritto propostole. Lo fa con decisione, seppur non richiesta, discutendo dell'esatta configurazione del titolo di responsabilità del medico convenzionato:

«quanto, poi, alla natura della responsabilità del medico convenzionato nei confronti dell'utente (profilo che, nella specie, non costituisce oggetto specifico di scrutinio, essendovi già il giudicato sulla responsabilità civile del L.), con il quale non sussiste alcun vincolo negoziale od obbligatorio *ex lege* preesistente all'espletamento in concreto della prestazione curativa, è sufficiente osservare che essa è da ricondursi al "contatto sociale", tenuto conto dell'affidamento che egli crea per essere stato prescelto per rendere l'assistenza sanitaria dovuta e sulla base di una professione protetta. La sua prestazione (e per l'effetto il contenuto della sua responsabilità) per quanto non derivante da contratto, ma da altra fonte (art. 1173 cod. civ.), ha un contenuto contrattuale (in tal senso la consolidata giurisprudenza di questa Corte a partire dalla sentenza n. 589 del 22 gennaio del 1999)»  
(Cass., sez. III, 27.3.2015, n. 6243, *www.personaedanno.it*, con nota di Todeschini 2015c).

Difficile non leggere, anche nella consapevolezza manifestata dalla Corte di non esser chiamata ad esprimersi su tale argomento, una precisa volontà di manifestare una tesi ermeneutica che avesse l'effetto di indirizzare la discussione, animata, che in quel momento impegnava gli interpreti. Anche successivamente, e senza timori di sorta, la suprema corte continua a discutere di contatto sociale:

«in tema di attività medico-chirurgica, anche il "contatto sociale" meramente fortuito ed informale, intercorso tra medico e paziente, è idoneo a far scattare i presidi della responsabilità contrattuale. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha qualificato in termini di "contratto" il rapporto instauratosi a

seguito del comportamento di un medico di base che, nel corso di un incontro occasionale con un suo assistito in procinto di partire per il Kenya, gli aveva suggerito una profilassi antimalarica, poi rivelatasi inefficace, sebbene essa abbia, per il resto, confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la responsabilità del sanitario per la morte dell'assistito causata dalla malaria, in considerazione della aderenza della profilassi consigliata ai principi della buona pratica medica)»

(Cassa con rinvio, App. Reggio Calabria 12.4.2012, *CED*, 2016)

nello stesso senso:

«in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da *contatto sociale* del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il *contatto sociale*) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo invece a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»

(Cass., sez. III, 13.10.2017, n. 24073, Azienda Ospedaliera (*Omissis*) c. I.G. e altri, *Quotidiano Giuridico*, 2017).

La cassazione non abbandona la propria tesi nemmeno discutendo di altre aree della responsabilità civile:

«il *contatto sociale* qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art.* 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c., opera anche nella materia contrattuale, prescrivendo un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e concorre con l'adempimento dell'obbligazione principale, in quanto diretto alla protezione di interessi ulteriori della parte contraente, estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva escluso la responsabilità di un'azienda termale per il mancato tempestivo intervento in ausilio ad una persona in occasionale difficoltà, la quale si era procurata lesioni personali mentre usciva dalla vasca termale dopo aver inutilmente atteso il personale di cui aveva richiesto l'assistenza)»

(Cassa con rinvio, App. Trento 19.2.2013) (Cass., sez. III, Sent., 13.10.2017, n. 24071, *CED*, 2017).

Va in tal senso ricordata anche l'applicazione in materia di responsabilità precontrattuale

«la dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca "ai confini tra contratto e torto", in quanto radicata in un "contatto sociale" tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti,

è “qualificato” dall’obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall’art. 1173 c.c. Si osserva, al riguardo, che la teoria degli obblighi di protezione – la cui violazione dà luogo ad una responsabilità di tipo contrattuale ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che costruiscono il rapporto obbligatorio come un “rapporto complesso”, le cui finalità di tutela non si riducono al solo interesse alla prestazione, definito dall’art. 1174 c.c., ma che ricomprendono anche l’interesse di protezione, preso in considerazione dalla norma successiva di cui all’art. 1175 c.c. Nella teoria del rapporto obbligatorio – come rielaborata dalla dottrina italiana prevalente – viene messo in luce, dunque, come il *proprium* della responsabilità contrattuale non sia più costituito dalla violazione di una pretesa di adempimento, bensì dalla lesione arrecata ad una relazione qualificata tra soggetti, in quanto tale sottoposta dall’ordinamento alla più pregnante ed efficace forma di responsabilità, rispetto a quella aquiliana, rappresentata dalla responsabilità di tipo contrattuale (prescrizione decennale, inversione dell’onere della prova a favore del danneggiato, maggiore estensione del danno risarcibile, stante l’applicabilità solo a quest’ultima del disposto di cui all’art. 1225 c.c.). Ebbene, deve ritenersi che l’impostazione dogmatica suesposta abbia costituito una sorta di vero e proprio percorso euristico che la giurisprudenza di legittimità ha seguito, nella quasi totalità delle decisioni in materia, dandosi in tal modo luogo – come dianzi detto – ad una vera e propria evoluzione giurisprudenziale, connotata dalla piena condivisione delle elaborazioni dottrinali in tema di responsabilità contrattuale da “contatto sociale qualificato”, ormai pressoché assestata e stabile nella giurisprudenza di questa Corte» (Cass., sez. I, 12.7.2016, n. 14188, Soc. Italia service c. Min. difesa e altri., *FI*, 2016, 9, 1, 2685).

## INDICE BIBLIOGRAFICO

### **Baldassarri A. e Baldassarri S.**

1993 *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè, Milano, (609 ss. guida bibliografica).

1993 *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, artt. 1218-1219, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 24 ss.

### **Bianca C.M.**

1990 *Diritto Civile*, IV, *Obbligazione*, Giuffrè, Milano.

2000 *Diritto Civile*, III, *Contratto*, Giuffrè, Milano.

**Bilancetti M.**

2003 *La responsabilità penale e civile del medico*, 5ª ed., Cedam, Padova.

**Carusi D.**

1991 *Responsabilità del medico e obbligazioni di mezzi*, in *RaDC*, 485.

**Cattaneo G.**

1958 *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano.

**De Matteis R.**

1995 *La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 90 ss.

2003 *La responsabilità professionale in campo sanitario*, in Visintini G., *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.

**Di Majo A.**

1988 *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma.

1993 *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano.

1997 *Responsabilità contrattuale*, Utet, Torino.

1998 *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Zanichelli, Bologna.

**Mengoni L.**

1954 *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (Studio critico), I, *L'oggetto delle obbligazioni nelle due categorie di rapporti*, in *RIDC*, 185 ss.

1954a *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *RIDC*, I, 296.

**Rodotà S.**

1964 *Diligenza*, in *ED*, 539 ss.

**Stanzione P. e Zambrano V.**

1998 *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Il diritto privato oggi. Serie a

cura di Cendon P., Giuffrè, Milano, 459 ss.

**Todeschini N.**

2002 *La Responsabilità civile del medico: Obbligazioni di mezzi e di risultato: una distinzione in crisi?*, in *Diritto & Diritti* – Rivista giuridica elettronica, pubblicata su Internet all'indirizzo *www.diritto.it*, ISSN 1127-8579, *www.diritto.it/materiali/sanitario/todeschini2.html* ss.

2002a *Spunti di riflessione sul concetto di diligenza*, in *Diritto & Diritti* – Rivista giuridica elettronica, pubblicata su Internet all'indirizzo *www.diritto.it*, ISSN 1127-8579, *www.diritto.it/materiali/sanitario/todeschini5.html* ss.

2009a *La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato: un dogma insuperabile?*, *La colpa in medicina, in Il risarcimento del danno non patrimoniale*, Utet, Torino, 1169-1198.

2012 *Malasanità, le proposte dei sindacati dei medici al governo*, in *Persona & Danno*, *www.personaedanno.it*.

2012a *Responsabilità medica e decreto Balduzzi, che cosa cambia?* in *Persona & Danno*, in *personaedanno.it*.

2013 *Decreto Balduzzi: alla ricerca di un senso*, in *personaedanno.it*.

2013a *Decreto Balduzzi: basta dicerie* – Cass., sez. III, 19.2.2013, n. 4030, in *personaedanno.it*.

2013b *Malasanità e Balduzzi, Cassazione: poco cambia ma per i medici è polemica*, in *www.personaedanno.it*.

2013c *Medicina difensiva: verità o menzogna?*, in *personaedanno.it*.

2014 *Malpractice medica*, in *Dig Danno Esistenziale*, Utet, Torino.

2015 *La gaffe del concorso di colpa del paziente*, in *personaedanno.it*.

2015a *Balduzzi e la svolta di Milano: ora parla Balduzzi*, in *personaedanno.it*.

- 2015b *Balduzzi novellato da Milano? – Commento a Trib. Milano, sez. I civ., 17.7.2014*, in *personaedanno.it*.
- 2015c *Errore del medico di base: risponde l'Asl confermato il "contatto sociale" – Cass., sez. III, 27.3.2015, n. 6243*, in *personaedanno.it*.
- 2015d *Il medico dipendente dopo Balduzzi e nonostante la tesi milanese*, in *www.personaedanno.it*.
- 2015e *Le 50 sfumature di grigio della legge Balduzzi*, in *personaedanno.it*.
- 2016 *Illeciti vecchi e nuovi*, in *La responsabilità medica*, Utet, Torino.3 e ss.
- 2017 *Riforma Gelli, tra interpretazioni di regime e realtà vince il contatto sociale*, in *www.personaedanno.it*.
- 2017a *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla "Balduzzi"*, in *QG*.

**Zana M.**

- 1987 *La responsabilità del medico*, in *RCDP*, anno V, n. 1.
- 1991 *Responsabilità del professionista*, in *EGTreccani*, XXVII.
- 1993 *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Coll. Univ. Pisa, Giuffrè, Milano.

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX