



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

DISCIPLINE GIURIDICHE

XXIX CICLO

**LA RESPONSABILITA' SANITARIA TRA VECCHI E
NUOVI ORIZZONTI**

Dottorando: Elisabetta Villa

Tutor: Chiar.mo Prof. Salvatore Mazzamuto

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

“ogni settore del diritto deve essere criticamente esaminato rispetto a come realizza quelle finalità che una data società in un dato momento storico desidera vedere realizzate”

G. Calabresi, prefazione a *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

INDICE

INTRODUZIONE

L'importanza del tema della responsabilità sanitaria e le sue ripercussioni nel nostro ordinamento..... pag. 5

CAPITOLO I

RESPONSABILITA' SANITARIA E PARADIGMI RISARCITORI

- 1) Considerazioni introduttive: le professioni intellettuali..... pag. 18
- 2) Il problema della natura giuridica della responsabilità della struttura e dell'operatore sanitario..... pag. 26
- 3) Conseguenze della teoria del contatto sociale qualificato in punto di regime giuridico della responsabilità medica..... pag. 39
- 4) Precisazioni in tema di nesso di causalità e ulteriori profili di distinzione del regime giuridico della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale..... pag. 46
- 5) Ancora sulla figura dell'obbligazione senza prestazione..... pag. 51
- 6) Critiche all'ascesa del contatto sociale.....pag. 60

CAPITOLO II

LEGGE BALDUZZI E CRISI DELL'ORIENTAMENTO CONSOLIDATO

- 1) La legge Balduzzi, la sua *ratio* e la situazione in cui si è innestata.....pag. 65
- 2) L'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale del richiamo dell'art. 2043 c.c.....pag. 75
- 3) Approfondimento su linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella legge Balduzzi.....pag. 83
- 4) Cenni sui risvolti dell'art. 3 della legge Balduzzi nel diritto penale.....pag. 95

CAPITOLO III

QUALI PROSPETTIVE PER LA RESPONSABILITA' SANITARIA

- 1) Un nuovo intervento normativo alle porte.....pag. 100
- 2) Aspetti critici della legge Balduzzi e del nuovo disegno di legge e personali considerazioni *de jure condendo* sul regime giuridico della responsabilità sanitaria.....pag. 118

INTRODUZIONE

L'importanza del tema della responsabilità sanitaria e le sue ripercussioni nel nostro ordinamento

L'attività sanitaria rientra nel novero delle attività "pericolose". Si tratta, infatti, di un tipo di attività che, oltre ad essere socialmente "utile", quando non già "necessaria", è intrinsecamente capace, in conseguenza della componente di rischio che la connota, di arrecare dei pregiudizi. Quest'ultimi, peraltro, derivano dalla lesione di un diritto fondamentale della persona, quale è il diritto alla salute ex art. 32 Cost., e di conseguenza destano un particolare allarme sociale e meritano di essere presi in seria considerazione.

Proprio la difficile gestione, o meglio, il difficile bilanciamento tra utilità/necessità dell'attività sanitaria da un lato, ed il suo intrinseco connotato di rischiosità/pericolosità dall'altro, ha del resto dato conto della maggiore ricchezza di contributi che il tema che ci occupa ha tratto dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alla legislazione.

Ebbene, in questa chiave, lo "strumento" tradizionalmente ritenuto dalla giurisprudenza come vocato alla gestione del rischio che l'attività sanitaria comporta è stato quello della "responsabilità civile"¹, siccome capace di coniugare obiettivi di distribuzione dei costi con altri di prevenzione degli stessi. L'utilizzo di tale paradigma ha anzi fatto sì che in materia di attività sanitaria venisse a delinearsi un vero e proprio "micro-sistema" di

¹ In materia di *responsabilità civile* si rinvia, senza pretesa di completezza, a M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile* (Trattati brevi), Utet giuridica, 2011; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Trattato di diritto privato (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Giuffrè, 2005; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006. D'obbligo, inoltre, il riferimento a G. Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970, e le due versioni italiane *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975 e 2015.

responsabilità civile, divenuto financo la *species* per eccellenza della *machinery* rimediale *in tort*.

La “responsabilità sanitaria”², peraltro, rappresenta un sistema di responsabilità che ha finito col divenire banco di prova di “regole” ben presto elevate a rango di generalità rispetto all’attuazione della tecnica di tutela in sé. Si pensi alla regola del “*più probabile che non*”³, che è stata elaborata proprio in materia di responsabilità sanitaria e che è divenuta lo *standard* probatorio richiesto per l’accertamento del nesso di causalità in qualsiasi ipotesi di “responsabilità civile”.

Per tutte queste ragioni, il presente lavoro si propone di effettuare una ricostruzione del dibattito che ha animato il tema della responsabilità sanitaria, offrendone non solo una lettura diacronica, puntellata da fondamentali snodi, vuoi pretori, vuoi normativi; ma di abbozzarne altresì una disamina critica.

Svariate sono del resto le ragioni di interesse di un tema quale quello della responsabilità medica oggi.

² In materia di responsabilità sanitaria, i contributi dottrinali sono numerosi. Senza pretesa di esaustività si rinvia a R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari - Modelli e funzioni*, Padova, 2007; S. Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in Eur. dir. priv., 2000, 501 s.; G. Alpa, *La responsabilità medica*, in Resp. civ. e prev., 1999, 315 s.; C. Castronovo, *L’obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in La nuova responsabilità civile, Milano, 2006; C. Castronovo, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, Eur. e dir. priv., 2009, 679 s.; C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2011, 55 s.; M. Rossetti, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in Quaderni del massimario, 2011, disponibile sul sito web della Cassazione; G. Iadecola e M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie - Profili penali e civili*, Milano, 2009; M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006; M. Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, Milano, 1993; V. Roppo, *La responsabilità civile dell’impresa nel settore dei servizi innovativi*, in Contr. imp., 1993, I; M. Sesta (a cura di), *L’erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, in Quaderni di sanità pubblica (collana diretta da L. Vandelli e C. Bottari), Maggioli, 2014; L. Nocco, *Il “sincretismo causale” e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, in Studi di Diritto Privato, (collana diretta da F.D. Busnelli, S. Patti, V. Scalisi, P. Zatti), Giappichelli, Torino, 2010; M. Franzoni (diretto da), C. Miriello (con il coordinamento di), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, 2011.

³ Cass., sez. III, n. 03390/2015; Cass., 16 Ottobre 2007, n. 21619, con nota di R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in Danno e resp., n.1, 2008.

Innanzitutto, da un punto di vista “dogmatico”, esso si presta ad essere il banco di prova di plurime impostazioni, metodologiche oltre che interpretative, legate al diritto delle obbligazioni ed al diritto dei contratti, oltre che della sola responsabilità civile. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla distinzione tanto dibattuta tra obbligazioni “di mezzi” e obbligazioni “di risultato”⁴, la quale ha infatti trovato –e non a caso, vien fatto di aggiungere- terreno fertile proprio in materia di responsabilità sanitaria.

Dal punto di vista “socio-politico”, poi, l’attività medica è teatro o materia di veri e propri conflitti di interesse, che sistemicamente si tramutano in altrettante controversie giudiziarie di tipo risarcitorio⁵.

Ed invero, nella materia che ci occupa si è passati da un modello di relazione di tipo paternalistico, in cui l’operatore sanitario viene visto come il detentore assoluto delle conoscenze necessarie per l’espletamento della sua attività, e di conseguenza il paziente è colui il quale si affida completamente a quest’ultimo, ad un modello di relazione in cui regna sovrana la sfiducia del secondo verso il primo. Accade così che, anche in ragione del fatto che le conoscenze specialistiche sono di maggiore diffusione, e la “aspirazione” verso il *miglioramento* delle proprie condizioni di salute è divenuta “pretesa” alla *guarigione*, gli eventuali insuccessi dell’attività sanitaria espletata si trasformano quasi

⁴ Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, F. Piraino, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile*, in Eur.dir.priv., 2008, 83 ss.; E. Carbone, *Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, 1327 ss.; A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in Danno e resp., 2008, 871 ss.; L.Mengoni, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio Critico)*, in Riv.dir.comm., 1954, I, 185 ss.; 280 ss.; 366 ss.

⁵ È per tale ragione, infatti, che tali conflitti cominciano a godere di una corsia preferenziale in seno all’attività parlamentare, date le forti ricadute di tipo socio-economico che gli stessi già da tempo suscitano all’interno del nostro ordinamento. Verrà in un secondo momento meglio approfondita la recente riforma in materia di responsabilità sanitaria, approvata alla Camera e in discussione al Senato. A tal proposito si rinvia ai seguenti link per ciò che concerne il testo della riforma medesima e i lavori preparatori: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00960929.pdf>, <http://www.camera.it/leg17/126?leg=17&idDocumento=1769>.

automaticamente in controversie risarcitorie, spesso senza fine. Dal che, fatalmente, la vera e propria esplosione del contenzioso e, quale “reazione” inesorabile, il diffondersi del fenomeno della c.d “medicina difensiva”⁶.

La medicina difensiva è un fenomeno certamente patologico, che investe l’operato del personale medico e che può configurarsi in una versione *attiva* e in una *passiva*: la prima sussiste quando il sanitario, per cautelarsi, prescrive tutti gli esami diagnostici possibili in relazione al caso presentatogli, anche se del tutto inutili o esorbitanti; la seconda, invece, sussiste quando il sanitario decide di non effettuare un determinato intervento, perché considerato come rischioso, benché potenzialmente utile alla salute del paziente. In entrambi i casi, ad ogni modo, l’operato del sanitario è retto non dalla scelta terapeutica più idonea per la tutela del diritto alla salute del paziente, ex art. 32 Cost., ma dalla paura di subire rappresaglie risarcitorie.

Non si può non rilevare che evidenti sono le ripercussioni di tale fenomeno su svariati fronti: in primo luogo, ne esce indebolita la tutela del diritto fondamentale di cui all’art. 32 Cost.⁷; in secondo luogo, viene rallentato il progresso scientifico ed impoverita l’attività di ricerca in campo medico-sanitario; infine, e ciò in particolar modo con riferimento alla medicina difensiva attiva, ne deriva una eccessiva contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio Sanitario Nazionale.

⁶ G.Forti *et al.* (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Centro Studi Federico Stella, Pisa, 2010; G. Calabresi, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, a cura di Busnelli e Scalfi, Giuffrè, 1982, 61; F.D Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, 2001, 218, ove si legge che la medicina difensiva porta gli operatori sanitari ad utilizzare “*solo i trattamenti di comprovata validità abbandonando invece quelli di probabile maggiore efficacia, ma non immuni da rischi*”.

⁷ C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, p. 433 s.; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana, profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002; M. Luciani, *Diritto alla salute* (dir. cost.), in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989.

È noto come il fenomeno della medicina difensiva rappresenti il momento patologico di un rapporto che, come si è sopra accennato, ha subito dei forti cambiamenti in punto di equilibri sussistenti tra medico e paziente. Infatti, se all'origine il medesimo rapporto era caratterizzato dalla supremazia del sanitario nell'effettuare le scelte terapeutiche per il paziente e, di conseguenza, dalla sua pressoché totale irresponsabilità⁸, con l'irrompere del principio personalistico, ormai riconosciuto da buona parte della dottrina e dalla giurisprudenza⁹ come alla base dei diritti costituzionali fondamentali, e fra questi, in particolare, del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione –anche terapeutica, la situazione si è completamente invertita, a tutto vantaggio del paziente. Può dirsi, cioè, che gli equilibri si sono capovolti e che al centro della relazione terapeutica vi è ormai il paziente, assunto quale parte debole del rapporto ed il cui consenso informato¹⁰ è divenuto condizione imprescindibile di legittimità dell'operato del sanitario.

⁸ V. Zeno-Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, 297. Per una ricostruzione storica, M. Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Cap. I, Giuffrè, Milano, 1993; A. Fiori, *Medicina legale della responsabilità medica*, 243 ss., Giuffrè, Milano, 1999.

⁹ A testimonianza della diffusione di tale principio, si rinvia ad una serie di sentenze della Corte Costituzionale (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 218/1994, n. 309/1999, n. 509/2000, n. 252/2001), nelle quali si legge che il diritto alla salute, sebbene sia un diritto fondamentale, è comunque soggetto al bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salvo il “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”.

¹⁰ V. Zeno Zencovich, *La sorte del paziente: la responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, in «Saggi e documenti di diritto civile», diretto da Cataudella e Ferri, Padova, 1994, 27 s.; G. Ferrando, *Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, 941 ss.; A. Santosuosso, *Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996, XV, 3 ss.; T. Massa, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Questione giustizia*, 1997, 407 ss.; P. Stanzione - V. Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 257; C. Colombo, *Attività medica e consenso dell'avente diritto*, Pavia, 1999, 43 ss.; M. Bilancetti, *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, in «Il danno risarcibile», a cura di Vettori, Padova, 2004, 1005 ss.; G. Toscano, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Milano, 2006; A. Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2007, 965; R. Fresa, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, 63 s.

Chiare le conseguenze che il mutamento di quadro così determinatosi ha prodotto: la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria è stata qualificata come *contrattuale* o da *contatto sociale*¹¹; le obbligazioni del professionista medico da obbligazioni di mezzi sono divenute (anche) di risultato¹²; l'onere della prova è stato fortemente alleggerito in favore del paziente, il quale deve provare il solo titolo costitutivo del suo diritto e il danno, dovendo piuttosto esclusivamente allegare l'altrui inadempimento¹³; lo *standard* probatorio richiesto per l'accertamento del nesso causale è stato abbassato alla regola del "più che probabile che non"¹⁴; il *dies a quo* della prescrizione per far valere il proprio diritto è stato posticipato al momento in cui il pregiudizio possa essere effettivamente percepito oppure possa essere consapevolmente individuato come conseguenza di un determinato comportamento¹⁵.

Questo breve e sommario quadro di sintesi mostra come la medicina difensiva sia stata una conseguenza quasi scontata di un riassetarsi dell'intero rapporto intorno al paziente, donde l'atteggiamento di forte chiusura del personale medico, più preoccupato di tutelare sé stesso e il proprio patrimonio piuttosto che la salute del paziente medesimo.

¹¹ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corriere Giuridico*, 1999, 4, 441, con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Sulla figura del contatto sociale, C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; V. Roppo, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Milano, 1993; F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito*, in *Contratto e impresa*, 1991, 546.

¹² Sul superamento del rilievo della distinzione ai fini dell'applicazione del regime di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale e del meccanismo di ripartizione dell'onere della prova: Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781, in *La responsabilità civile*, 2006, 229, con nota di G. Facci; in *Eur.dir.priv.*, 2006, 781, con nota di A. Nicolussi. V. anche nota 4.

¹³ Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n.13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. Carnevali; Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n.577, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2008, I, 612, con nota di R. De Matteis.

¹⁴ Cass., 16 Ottobre 2007, n.21619, con nota di R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, n.1, 2008.

¹⁵ Cass., S.U., 1 gennaio 2008, n.583.

Ma la patologia del rapporto medico-paziente, rapporto che, è bene ricordarlo, si insinua all'interno di un servizio pubblico svolto a tutela di diritti fondamentali, non poteva non generare ulteriori anomalie. L'eccesso di responsabilità cui il medico oggi soggiace ha avuto ed ha, infatti, gravi ripercussioni anche a carico del bilancio pubblico, sia perché il medico, nel timore di subire rappresaglie risarcitorie, prescrive "troppo", sia perché i costi e gli oneri del contenzioso sanitario finiscono per gravare su tale bilancio.

Ecco che allora, a fianco degli obiettivi di politica del diritto volti a rimediare alla patologia (la medicina difensiva), e a ricostituire una relazione più sana tra il medico e il paziente, emergono altre finalità legate alle esigenze di "buon andamento" in senso *economico*¹⁶, ex art. 97, co.2, Cost.

Viviamo in un momento storico, infatti, in cui l'equilibrio di bilancio è diventato un rigoroso obiettivo cui lo Stato italiano deve attenersi in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, ex art. 97, co.1, Cost., e pertanto è divenuto esso stesso "fine" dell'azione pubblica genericamente intesa; e viviamo in un momento storico, di conseguenza, in cui il dialogo tra giuristi ed economisti si impone come necessario, dialogo che nel mondo nordamericano è divenuto la "regola" già da decenni¹⁷, e che nel

¹⁶ Per un'approfondita analisi del principio di buon andamento, F. Bellomo, *Sistema di diritto amministrativo*, 2013, vol.1, cap.3, pag. 392 ss.

¹⁷ Nel sistema giuridico statunitense, di antica emersione furono le questioni che imposero l'utilizzo di un sistema di analisi che fosse capace di combinare le scienze giuridiche e quelle economiche. In particolare, si fa riferimento al tema dei costi derivanti dalla diffusione dei veicoli e, quindi, dei danni derivanti dalla circolazione stradale, così come, a cascata, ai temi della responsabilità del fabbricante di automobili ed alla standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei veicoli. A tal proposito, v. R. Nader, *Unsafe at Any Speed*, New York, 1965, e la traduzione italiana *L'auto che uccide*, Milano 1967; per una ricostruzione attuale, v. D.G. Owen, *Products Liability Law*, St. Paul MN, II ed., 2008; per uno studio del problema in una prospettiva comparatistica tra il sistema statunitense e quello italiano, E. Al Mureden, *Sicurezza "ragionevole" degli autoveicoli e responsabilità del produttore nell'ordinamento italiano e negli Stati Uniti*, in Contr. impr., 2012. In materia di responsabilità medica, invece, una interessante ricostruzione è di David A.Hyman-Charles M. Silver, *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective: How Does the U.S. Do It?*, in *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective* (De Gruyter, Berlin, 2013, Tort and Insurance Law, vol. 32), Ken Oliphant and Richard W. Wright (eds). Nel medesimo volume, si trova anche un'analisi

nostro ordinamento, invece, appare quasi come una novità. Un grande promotore dell'analisi economica del diritto, Guido Calabresi, ammetteva già negli anni '70, infatti, come la sua opera, intitolata "*The Cost of Accidents*"¹⁸, potesse apparire strana al giurista italiano tradizionale, immaginato dall'Autore come "*turbato da una concezione del diritto che ne esalti l'aspetto di sistema finalistico inteso al raggiungimento di determinati scopi, incluso quello dell'efficienza economica*". Oggi, invece, sebbene l'analisi economica del diritto non rappresenti l'aspetto principale della formazione del giurista nostrano, non si può non prendere atto della sua rilevanza (quantomeno) quale strumento di comprensione delle scelte legislative del momento e, quindi, del diritto vigente¹⁹.

Alla luce di quanto detto, infatti, si comprende bene la ragione per la quale il nostro legislatore ha di recente mostrato un maggiore interesse verso la materia della responsabilità in ambito sanitario: l'intento è, chiaramente, quello di correggere o arginare le distonie create a valle della deriva

del tema della responsabilità medica così come sviluppatosi in Italia, prima della legge Balduzzi, di C. Di Marzo, *Medical Malpractice: The Italian Experience*.

¹⁸ G. Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, cit. Nella prima edizione in lingua italiana, pubblicata nel 1975 e dal titolo *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, cit., può trovarsi la presentazione di S. Rodotà, il quale aveva sottolineato come "*..la pubblicazione del lavoro di Calabresi può giocare un ruolo assai importante, rendendo più serrato il dialogo tra giuristi ed economisti*"; nella seconda edizione in lingua italiana, pubblicata nel 2015, può leggersi la presentazione di E. Al Mureden, il quale sottolinea l'attualità "sopravvenuta" dell'Opera in questione, attualità che "*si manifesta, anzitutto, nella prospettiva delle questioni emergenti nel diritto italiano, chiamato oggi a confrontarsi con il problema dell'evoluzione del danno alla persona e dell'espansione delle categorie di danni risarcibili, a fronteggiare le ricadute che l'allargamento dei confini della responsabilità derivante dall'esercizio di attività sanitarie sta determinando sul sistema assicurativo, a conciliare la tutela del diritto fondamentale alla salute con l'esigenza di una progressiva ed inesorabile riduzione delle risorse destinate al Sistema Sanitario Nazionale, infine ad individuare soluzioni adeguate rispetto al problema della risarcibilità dei cosiddetti danni catastrofali*".

¹⁹ A tal proposito, v. L. Mengoni, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in Scritti in memoria di Massimo D'Antona, Milano, 2004, ove l'A. afferma ancor più significativamente "*..l'analisi economica del diritto vuole essere anche una teoria della legislazione: vuole non soltanto analizzare il diritto, ma anche valutarlo e promuoverne la riforma là dove lo giudica non coerente con i propri obiettivi. I suoi giudizi non mettono in questione la legittimità formale (legalità) di una data disciplina giuridica, bensì la legittimità materiale: non negano la vigenza del diritto com'è, ma formulano enunciati prescrittivi sul diritto come dovrebbe essere. In questo senso l'efficienza economica non è una mera nozione strumentale, ma trapassa nell'ordine dei fini, diventa un criterio di legittimazione del diritto*".

contenziosa della prestazione sanitaria e della conseguente medicina difensiva. D'altronde, l'evoluzione della società europea degli ultimi due secoli, caratterizzata da un considerevole aumento del numero degli incidenti, in conseguenza dell'altrettanto considerevole aumento dei rischi legati al progresso tecnologico e industriale, ha trasformato la responsabilità civile in nient'altro che uno strumento di "distribuzione dei rischi"²⁰. Sembra comprensibile, pertanto, che il legislatore abbia scelto di intervenire su tale materia con l'obiettivo di perseguire, per l'appunto, un determinato assetto di "giustizia distributiva".

Tuttavia, preso atto della delicatezza della tematica e della importanza di un diverso approccio da parte del formante giurisprudenziale e dottrinale, il presente lavoro mira anche a saggiare la praticabilità di ulteriori e diversi percorsi argomentativi e ricostruttivi rispetto a quelli da ultimo abbracciati dal legislatore, provando a coniugare l'approccio pragmaticamente orientato alle conseguenze - oggi prevalente - con l'imprescindibile necessità di tenere fede a principi e valori fondamentali, di rango costituzionale e non²¹.

²⁰ V. S.Patti, *Riflessioni sulla "Teoria del diritto privato". A proposito di una recente antologia*, in Riv. dir. civ., 4/2016, il quale mette in evidenza come i criteri di distribuzione del rischio e delle perdite, così come il parametro dell'efficienza economica, hanno influenzato l'assetto originario della responsabilità civile. In particolare, l'A. afferma come "(...), i criteri di distribuzione del rischio e delle perdite basati sull'efficienza economica, sia pure indirettamente, hanno contribuito a favorire anche nel vecchio continente il progressivo distacco dai criteri soggettivi di imputazione della responsabilità e quindi a moderne concezioni della disciplina, invero soltanto in parte rinvenibili nei Principles of European Tort Law (PETL)".

²¹ G. Calabresi, nella prefazione all'edizione italiana *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., afferma che "ogni settore del diritto deve essere criticamente esaminato rispetto a come realizza quelle finalità che una data società in un dato momento storico desidera vedere realizzate. Un sistema giuridico è quindi collaudato rispetto alla sua riuscita nell'adempimento di certe funzioni piuttosto che nel soddisfacimento di requisiti formali o nell'adattamento ad uno schema astratto. Compito della dottrina giuridica è analizzare criticamente le norme positive al fine di orientare la riforma del diritto esistente, indicando come tecniche giuridiche diverse potrebbero realizzare meglio le funzioni prescelte, oppure al fine di sostenere il sistema vigente se l'analisi ha dimostrato che tali funzioni sono da esso attuate nel modo migliore". Inoltre, sulla questione del rapporto tra valori di rilievo costituzionale e parametri di "efficienza", v. L. Mengoni, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato*, Lezioni (a cura di G. Vettori), Padova, 1996, in cui l'A. afferma "In un ordinamento costituzionale come il nostro, che ha riportato il diritto positivo a un

Come verrà meglio approfondito in seguito, infatti, al fine di far fronte alle criticità che l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ha portato nella materia *de qua*, la scelta del legislatore è stata quella di qualificare espressamente la responsabilità dell'operatore sanitario come *extracontrattuale* anziché *contrattuale*. Ciò è avvenuto, in un primo momento, con la emanazione della c.d Legge Balduzzi²², la quale, però, in ragione di una nutrita serie di dubbi interpretativi che ha suscitato, non è risultata determinante; in un secondo momento, e cioè nella situazione attuale, con un disegno di legge²³ che, *expressis verbis* e con minori incertezze, invoca la responsabilità dell'operatore sanitario alla luce dell'art 2043 c.c.

Gli è però che la qualificazione della responsabilità, e il conseguente regime giuridico che ne deriva, non può essere esclusivamente il frutto di una scelta meramente discrezionale di politica del diritto, e ciò anche quando le

fondamento etico, la riduzione dell'argomentazione giuridica alla analisi economica trasformerebbe l'economia in un criterio morale ultimo, mentre i valori morali incorporati nella Costituzione formale derivano da un'etica personalistica. Voglio dire che nessuna singola finalità primaria può da sola caratterizzare un sistema complesso come la costituzione economica, nella quale sono analizzabili tre scopi fondamentali: economicità, giustizia sociale, libertà individuale. Tra questi valori vi è un rapporto di tensione che, mediante la regola del diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione. Il principio di efficienza non può calarsi nella realtà sociale come materia di un'isolata conoscenza economica, ma è oggetto esso stesso di regolazione normativa, con la quale interagisce introducendo i limiti della compatibilità economica. Le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate su valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di "fattibilità economica". Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su se stesso".

²² L. 8 novembre 2012, n. 189 (G.U 10 novembre 2011), che ha convertito, con modificazioni, il D.L 13 settembre 2012, n. 158, "recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute". In particolare, l'art. 3, dopo avere escluso la responsabilità penale del medico per colpa lieve, recita: "Resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile".

²³ Si rinvia alla precedente nota 5. In particolare, l'art. 7, rubricato "Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria", recita: "1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. 3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile".

ragioni sottese alla stessa siano giustificate e comprensibili²⁴. Non sembra coerente, infatti, che per quasi due decenni l'esigenza di garantire una maggiore tutela al paziente abbia portato la giurisprudenza maggioritaria a parlare di responsabilità contrattuale "da contatto sociale", e che oggi, date le storture che questa impostazione ha provocato, il legislatore spazzi via tutto qualificando la responsabilità medesima come "extracontrattuale"²⁵; e non sembra coerente, a maggior ragione, parlare di responsabilità, sia pure "extracontrattuale", quando questa non si presenti come la soluzione più efficiente in termini economici, alla luce di una valutazione "costi-benefici" che il legislatore dovrebbe effettuare a monte.

Infatti, da un lato va presa nella debita considerazione la necessità di far fronte al fenomeno della medicina difensiva, il quale, come sopra accennato, presenta diversi risvolti negativi e di varia natura; dall'altro, non si può far finta che la figura del contatto sociale non esista o che comunque non rilevi nel caso di specie, tanto più a fronte della buona prova di sé che nel complesso ha dato.

Allora, piuttosto che invocare acriticamente l'art. 2043 c.c., come se davvero si potesse considerare il medico un semplice "passante"²⁶, occorrerebbe trovare una soluzione forse più rigorosa dal punto di vista normativo. E questa potrebbe trovare fondamento nell'art. 1228 c.c, per la ragione fondamentale che tale articolo recita che "*Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro*". Come autorevole dottrina ha affermato, infatti, se il medico ospedaliero può considerarsi un ausiliario della struttura sanitaria presso cui dipende, la conclusione più corretta sarebbe quella della "*negazione della*

²⁴ Ragionevoli e comprensibili sono di certo, infatti, le ragioni relative al fenomeno della medicina difensiva.

²⁵ La questione verrà meglio approfondita nel prosieguo del lavoro, nel corso del quale si illustreranno le origini della figura del contatto sociale, le sue potenzialità e le possibilità del suo superamento, in relazione alla riforma in corso di approvazione in Parlamento.

²⁶ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, p. 162.

responsabilità dell'ausiliario"²⁷, in quanto l'operatore sanitario esegue la prestazione *come se* fosse il debitore, ossia come se rappresentasse la struttura sanitaria.

Tale soluzione, che verrà meglio approfondita nel prosieguo del lavoro, si presenta non solo come la più opportuna ma anche come la più coerente: infatti, da un lato è l'unica che consentirebbe davvero di neutralizzare il fenomeno della medicina difensiva; dall'altro, è l'unica che si presenta aderente al dato normativo (data la formulazione dell'art. 1228 c.c), e che, al tempo stesso, non deforma la realtà dei rapporti, risultato quest'ultimo che invece finisce per realizzare la soluzione di richiamare il regime della responsabilità extracontrattuale.

Peraltro, facendo propri i concetti espressi da Guido Calabresi a proposito delle funzioni della responsabilità civile e dei metodi per realizzarle, ed importando i medesimi concetti dalla materia dei "sinistri" a quella della responsabilità sanitaria, si potrebbe sostenere come la funzione della responsabilità medica sia di certo quella di garantire al paziente danneggiato la riparazione del pregiudizio subito (la riduzione dei "costi secondari dei sinistri"), ma in uno con la riduzione dei "costi primari", ossia con la riduzione del numero e della gravità degli "incidenti"²⁸.

L'attività medica rientra, infatti, nel novero delle "attività pericolose" e, in particolare, di quelle "pericolose" ma, allo stesso tempo, socialmente "utili" o "necessarie". Per tale ragione, il mezzo di cui dispone la società per ridurre il più possibile il rischio insito in tale attività non può essere quello

²⁷ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 158.

²⁸ G. Calabresi, in *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., afferma che "...tale riduzione dei costi primari può, anzi deve, essere un fine importante di ogni sistema di responsabilità civile. Di conseguenza, un sistema anche perfetto di rimozione dei costi secondari può essere del tutto inaccettabile, se non prevede, al tempo stesso, forme efficienti di rimozione dei costi primari".

di scoraggiarne del tutto l'esercizio ma, piuttosto, quello di orientarlo, al massimo, verso metodi più sicuri²⁹.

Stando così le cose, non sembra potersi dire che la soluzione sopra prospettata sia così irragionevole: addossare la responsabilità sanitaria in capo alla struttura e negarla nei confronti del medico dipendente significherebbe assolvere la funzione della "riduzione dei costi secondari", e quindi garantire al paziente, comunque, un risarcimento del danno; allo stesso tempo, però, mediante l'utilizzo di un criterio di distribuzione dei danni che gli economisti chiamano della "tasca profonda", ossia mediante il trasferimento dei costi a carico di categorie di soggetti che meno ne risentirebbero (nel nostro caso, le strutture sanitarie in luogo dei singoli medici dipendenti), si consentirebbe alla responsabilità di assolvere meglio anche la funzione della "riduzione primaria dei costi". Sono le strutture sanitarie, infatti, non solo i soggetti più idonei a sopportare il carico economico degli oneri risarcitori, ma anche quelli maggiormente in grado di apprestare un sistema di prevenzione dei "costi primari", investendo in strutture, macchinari o nuove tecniche di cura al fine di ridurre, a monte, il numero e la gravità degli esiti infausti; e, com'è evidente, addossare la responsabilità in capo a quest'ultime servirebbe da "stimolo" a tali forme di investimento.

²⁹ G. Calabresi, in *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., afferma che "...non vogliamo certamente evitare i costi degli incidenti "a tutti i costi" vietando tutte le attività pericolose. La maggior parte delle attività possono infatti essere esercitate in forme abbastanza sicure, oppure possono essere ridotte: in ogni caso, si arriva ad un punto in cui i vantaggi che esse procurano compensano il costo degli incidenti che provocano".

CAPITOLO I

RESPONSABILITA' SANITARIA E PARADIGMI RISARCITORI

1) Considerazioni introduttive: le professioni intellettuali

L'attività medica è, come noto, da ricondurre alla più ampia categoria della prestazione d'opera intellettuale, oggetto di disciplina agli artt. 2229 ss. del codice civile³⁰.

Dalla stessa indicazione testuale fornita dal codice civile, che intitola il Capo II del Titolo III del Libro V “Delle professioni intellettuali”, si evince, innanzitutto, come la principale caratteristica delle attività riconducibili a quest'ultime sia per l'appunto la “intellettualità” con la quale vengono svolte: ciò che rileva, infatti, è che l'attività del professionista, al fine di essere sussunta nella categoria predetta, sia svolta con un tale apporto creativo, e in forza di un patrimonio di conoscenze specifiche assunto grazie ad una particolare formazione, da rendere secondarie, o meramente attuative di tali conoscenze, le prestazioni materiali o manuali.

Inoltre, dall'inquadramento della disciplina nel Titolo III, intitolato “Del lavoro autonomo”, emerge l'ulteriore peculiarità che caratterizza le professioni intellettuali, ossia il regime di piena *autonomia* che ne connota lo svolgimento. Tuttavia, a ben vedere, l'autonomia richiesta al prestatore d'opera intellettuale non risulta essere di esclusiva pertinenza del lavoro autonomo in senso stretto: ciò che è necessario è che il professionista si trovi in una condizione di “libertà di azione”, connotata da margini di discrezionalità di volta in volta dettati dall'esigenza di perseguire al meglio

³⁰ Cfr., G. Giacobbe, *Professioni intellettuali*, Milano, Giuffrè, 1987; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè, 1958.

gli obiettivi sottesi al proprio compito, sia pur nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato che con tale libertà sia compatibile.

Ancora, l'art. 2232 c.c. evidenzia come sia di primaria importanza il rapporto fiduciario che viene a crearsi tra il professionista e il "cliente": il primo, infatti, è tenuto ad esercitare "personalmente" l'attività oggetto dell'incarico, e, pertanto, è pienamente responsabile nel caso in cui si avvalga, nell'adempimento dell'obbligazione assunta, dell'ausilio di soggetti terzi.

Peraltro, la particolare attenzione rivolta dal nostro legislatore alle professioni intellettuali si spiega indagando gli interessi che, il più delle volte, risultano tutelati dal loro svolgimento: infatti le prestazioni d'opera intellettuale appaiono sovente indirizzate alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti, come la salute o il diritto di difesa, ex artt. 32 e 24 Cost.; rispetto agli stessi, all'interesse del singolo alla loro protezione si affianca anche l'interesse dell'ordinamento a che le attività rivolte alla protezione medesima siano esercitate nel rispetto dei principi di solidarietà ed eguaglianza e secondo criteri di ragionevolezza; di conseguenza, le professioni intellettuali che assumono un tale rilievo sociale vengono elevate dall'ordinamento a categorie "protette", ossia regolamentate espressamente, e sottoposte a vincoli predeterminati e a poteri disciplinari da parte di appositi ordini o associazioni.

E' possibile quindi ritenere che una ulteriore peculiarità delle principali professioni intellettuali sia la regolamentazione normativa cui le stesse sono soggette: si pensi, per l'appunto, alla professione sanitaria e a quella forense, riconducibili al più ampio *genus* delle professioni intellettuali, e in particolare alla *species* delle "categorie protette". In tali casi, infatti, evidente è la finalità perseguita dall'ordinamento: non permettere che l'attività sanitaria e quella forense siano esercitate secondo il regime ordinario della piena libertà di iniziativa economica, ex art. 41 Cost., e

assoggettare le stesse ad un regime speciale che garantisca il miglior soddisfacimento degli interessi sottesi al loro esercizio.

L'accento posto sugli interessi perseguiti impone di precisare sin da subito un aspetto di rilievo, perché utile ai fini della comprensione del tema concernente la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale.

Di regola, colui il quale esercita una professione intellettuale assume su di sé un'obbligazione c.d di mezzi, o di comportamento, e non di risultato³¹. Sebbene tale distinzione sia stata molto criticata dalla dottrina³², e financo superata, per molti aspetti a ragione, dalla più recente giurisprudenza³³, rimane il fatto che la stessa si presenta idonea nel *descrivere* il contenuto che un rapporto obbligatorio può assumere in relazione all'interesse creditorio al cui soddisfacimento il rapporto stesso è funzionalmente orientato³⁴.

Una obbligazione può configurarsi come “di risultato”, infatti, solo ove l'evento, cui il creditore tende per il soddisfacimento del suo interesse, possa essere dedotto nel contenuto del rapporto perché effettivamente realizzabile dal debitore e da lui stesso dominabile; viceversa, una obbligazione può risultare di soli “mezzi” nel momento in cui il processo di

³¹ V. nota 4.

³² C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in Vita notarile, n. 3, settembre-dicembre 1997, 1222 ss.; A. Di Majo, *Responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 56; M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 71 ss.; M. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, in Comm. del Cod. Civ. Scialoja e Branca, art. 1218-1219, Bologna-Roma, 1993, 30 ss.

³³ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in cui si afferma “*la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata*”; Cass., Sez. Un., 2005, n. 15781, in cui si afferma “*in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche in proporzione variabile*”, in Eur. dir. priv., 2006, con nota di A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*.

³⁴ Cfr. S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, p. 62, ove si legge “*L'unico valore che è possibile riconoscere alla distinzione riveste natura pragmatica e si lega al suo contenuto descrittivo: la distinzione si limita a cogliere una nota fenomenica dell'obbligazione, registrando che, nella varietà delle sue manifestazioni, ve ne sono alcune nelle quali il risultato spicca in maniera netta e risulta predeterminabile e altre nelle quali il risultato appare meno facilmente individuabile a priori e va, quindi, colto ex post*”.

produzione dell'evento, cui tende la controparte per il soddisfacimento del proprio interesse, non sia totalmente gestibile dal debitore, il quale pertanto si obbliga a tenere esclusivamente un determinato comportamento, ma con modalità tali da perseguire al meglio quell'interesse.

Da quanto detto discende evidentemente che di regola il professionista intellettuale, per il tramite dell'assunzione dell'incarico, si obbliga nei confronti del cliente/paziente ad una prestazione di un certo livello tecnico e professionale, avente ad oggetto un comportamento e non anche il raggiungimento di uno specifico risultato, stante la presenza di altri fattori che interagiscono con l'azione del debitore e dai quali dipende la realizzazione del risultato medesimo.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, può farsi qualche accenno sulla natura della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale³⁵.

Astrattamente, infatti, la responsabilità civile può configurarsi in termini di responsabilità "da inadempimento", ex art. 1218 c.c., o "aquiliana", ex art. 2043 c.c.³⁶: la prima è una responsabilità di tipo secondario, e cioè fondata sull'inadempimento di un preesistente rapporto obbligatorio tra due soggetti determinati; la seconda, viceversa, è una responsabilità di tipo primario, caratterizzata dalla interferenza occasionale tra due soggetti, in

³⁵ In particolare, per ciò che concerne colui il quale esercita la professione forense, v. L. Nocco, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e resp.*, 3/2009, il quale si occupa di tratteggiare uno spaccato degli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'avvocato, sottolineando per certi aspetti la similarità dell'evoluzione che ha caratterizzato la responsabilità sanitaria; M. Zana, voce *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma; M. Feola, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 137 ss.; R. Conte, *Profili di responsabilità civile dell'avvocato*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, II, 144 ss.; R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, Padova, 2002, 56.

³⁶ Anacronistica è ormai la distinzione tra responsabilità "contrattuale" e responsabilità "extracontrattuale", come se fosse esclusivamente la presenza di un contratto a fungere da *discrimen* tra le due forme di responsabilità. A tal proposito, L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, *Enc. dir.*, XXXIX (Milano 1988), 1072 ss., precisa come sia piuttosto la preesistenza o meno di una obbligazione, e quindi di un comportamento violativo di quest'ultima che arrechi un danno, ad essere determinante ai fini della qualificazione della responsabilità in termini "contrattuali". L'obbligazione, infatti, può trovare la sua fonte non solo in un contratto ma anche in "ogni altro atto o fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico".

conseguenza della violazione del generico dovere del “*neminem laedere*”³⁷, e in assenza di una preesistente relazione tra gli stessi.

Peraltro, rilevanti sono i profili di differenziazione, e quindi determinante è il corretto inquadramento della responsabilità del prestatore d’opera intellettuale: si pensi al diverso regime dell’onere della prova, a carico del danneggiato per tutti gli elementi strutturali dell’illecito in caso di responsabilità extracontrattuale, ripartito tra il creditore e il debitore secondo un meccanismo che si fonda su presunzioni di causalità e di colpa, in caso di responsabilità contrattuale; si pensi, inoltre, al diverso regime prescrizione, “speciale” o “breve” per il diritto al risarcimento del danno scaturente da fatto illecito, ex art. 2947 c.c., “ordinario” per i diritti scaturenti da responsabilità contrattuale, ex art. 2946 c.c.

Da quanto emerge dall’art. 2230 c.c., il quale espressamente menziona “*il contratto che ha per oggetto una prestazione d’opera intellettuale*”, discende che di regola, il rapporto obbligatorio con il cliente sorge grazie al perfezionamento di un contratto³⁸. Pertanto, a fronte di condotte inadempienti del professionista e lesive dell’interesse del cliente, dovrebbe parlarsi di responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c.

Di conseguenza, norme di riferimento sono, oltre quella risultante dall’art. 1218 c.c., nella misura in cui sancisce quale sia l’effetto dell’inadempimento imputabile, quelle ricavate dagli artt. 1176, co.2, e 2236 c.c.

La prima norma esprime perentoriamente una regola di condotta cui il debitore è tenuto, suggerendo quindi “*a contrario*” come la violazione della stessa sia possibile fonte di responsabilità: in particolare l’art. 1176, co.2, c.c. sancisce che il debitore è tenuto, nell’adempimento delle obbligazioni

³⁷ M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, V, 544, Milano, 1994; sul principio in generale, S. Pugliatti, *Alterum non laedere*, Enc. dir, II (Milano 1958).

³⁸ M. Zana, *Responsabilità del professionista*, in Enc. giur. Treccani, XXVII, Roma, 1991; A. E. S. Baldassari, *La responsabilità civile del professionista*, II, Milano, 2006.

inerenti all'esercizio di un'attività professionale, al rispetto di un dovere di diligenza parametrato alla natura dell'attività esercitata³⁹.

La seconda norma, invece, rappresenta un limite alla completa operatività dell'art. 1218 c.c., esimendo il debitore di una prestazione d'opera intellettuale dalla responsabilità per i danni arrecati quante volte si trovi a dovere risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà e non incorra in dolo o colpa grave. Peraltro, nonostante la ragionevolezza di tale disposizione, la quale appare di certo orientata a garantire uno spazio di libera iniziativa a chi si presta a svolgere attività di pubblico interesse e a ridurre il rischio di continue rappresaglie risarcitorie⁴⁰, l'interpretazione oggi prevalente è di tipo restrittivo⁴¹: si tende ad escludere l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. nei casi di interventi di facile esecuzione; si interpreta restrittivamente il concetto di "problema tecnico di speciale difficoltà"; si afferma, infine, che, proprio a fronte di "problemi tecnici di speciale difficoltà", dovrebbe pretendersi dal professionista uno sforzo di diligenza maggiore e, di conseguenza, l'esenzione dalla responsabilità per colpa lieve dovrebbe

³⁹ Sulla nozione di diligenza del professionista medico, v. Cass., 27 novembre 2015, n. 24213, la quale afferma che l'art. 1176, co.2, c.c., in tema di inadempimento di obbligazioni professionali, prescrive un criterio di accertamento della colpa più rigoroso, e che il professionista medio è colui il quale risulta essere "*bravo, serio, preparato, zelante, efficiente*".

⁴⁰ E' nella stessa Relazione del Guardasigilli che si scorge quale è la vera *ratio* della norma, nella misura in cui questa persegue il fine "*di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista*". In questo senso, cfr., per esempio, C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 845; P. Forchielli, *Il problema della determinazione della colpa medica*, in Aa.V.v., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 106; M. Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.

⁴¹ Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in Riv. dir. comm., 1954, 206; M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 1995, 299; M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in Riv. dir. civ., 2001. I, 340; R. Pucella, *Nota a Cass. 1 marzo 1988*, n. 2144, in Nuova giur. comm., 1988, 611; R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 141 ss.; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1971, 350.

riguardare esclusivamente le ipotesi di imperizia e non quelle di mera negligenza o imprudenza⁴².

E l'impronta restrittiva, peraltro, ha trovato la sua origine in una sentenza della Corte Costituzionale degli anni '70⁴³, alla quale successivamente si sono allineate tanto la giurisprudenza di legittimità⁴⁴, quanto quella di merito⁴⁵: la Corte Costituzionale, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 42 e 589 c.p. rispetto all'art. 3 Cost., nella misura in cui consentono al giudice, proprio in base all'art. 2236 c.c., di attribuire rilevanza penale solo a particolari gradi di colpa, affermò che l'art. 2236 c.c. "*non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o diligenza. Anzi, c'è da*

⁴² Tutto questo è il frutto di un percorso giurisprudenziale messo in luce da una approfondita analisi delle pronunce di legittimità ad opera del Consigliere M. Rossetti, in Quaderni del massimario, Responsabilità sanitaria e tutela della salute, 2011, disponibile sul sito web della Cassazione. A proposito dell'interpretazione restrittiva di "*intervento di speciale difficoltà*", di cui all'art. 2236 c.c., si dà atto che "*sono stati ritenuti interventi di non speciale difficoltà, ad esempio; -) un intervento di polipectomia endoscopica (Cass. 8.10.2008, n. 24791, in Danno e resp. 2009, 414, con nota di Gagliardi, Esercizio di attività sanitaria presso cliniche in convenzione: chi è responsabile?); -) la discectomia di una doppia ernia cervicale (Trib. Roma 7.7.2007, Carloni c. RAS, inedita); -) la diagnosi precoce nel neonato della fenilchetonuria (e cioè, si badi, da parte dei medici di un ospedale per nulla attrezzato per compiere tale diagnosi, un base al rilievo che quei medico avrebbero comunque potuto effettuare i prelievi ed inviarli ad un centro regionale specializzato per tale diagnosi: così Cass. 2.2.2005, n. 2042, in Ragiusan, 2005, 365); -) l'osteosintesi di frattura clavicolare con filo di Kirschner (Trib. Roma 20.2.2005, in www.dejure.it); -) l'esecuzione per via naturale di parto rivelatosi distocico per la microsomia del feto ed il prolungarsi del periodo gestazionale sino alla 43° settimana (Cass. 13.1.2005, n. 583, in questa Rivista, 2006, 2186); -) la liposuzione (Trib. Roma 17.12.1998, in Giur. romana, 1999, 239); -) la corretta immobilizzazione delle articolazioni di un arto ustionato (Cass. 3.3.1995, n. 2466, in Giur. it., 1996, I, 1, con nota di CARUSI, Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera); -) l'elettroshock (Cass. 15.12.1972, n. 3616, in Resp. civ. prev., 1973, 243)". Pertanto, è evidente che negli interventi di "speciale difficoltà" vengano compresi "*soltanto gli interventi sperimentali o di altissima specializzazione*" (Rossetti, cit.).*

⁴³ C. Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in Resp. civ. prev., 1973, 242.

⁴⁴ Cass., 25 marzo 1976, n. 1132, in Giur. it., 1977, I, 1, 1980; Cass., 1 agosto 1996, n. 6937, in Resp. Foro it., 1996, voce "Professioni intellettuali", 158; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in Giur. it., 2000, 479; Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, in Riv. it. med. leg., 2001, 1137; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in Rep. Foro it., 2006, voce "Professioni intellettuali", 1887; Cass., 29 settembre 2004, n. 19560, in Danno e resp., 2005, 213; Cass., 13 marzo 2007, n. 5846, in Resp. civ. prev., 2007, 467; Cass., 14 febbraio 2008, n. 3520, in Resp. civ. prev., 2009, 402.

⁴⁵ Trib. Napoli, 11 febbraio 1985, in Dir. e Giur., 1986, 1021; Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, in Nuova giur. comm., 1990, I, 734.

riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di formale severità”.

Ora, quella del sanitario rientra a pieno titolo nel *genus* delle professioni intellettuali, nella misura in cui il sanitario stesso pratica l'arte medica. Tale qualificazione, va ricordato, non necessariamente porta a considerare quest'ultimo un “libero professionista” in senso stretto. E' ben possibile che, infatti, egli espleti la sua attività in piena autonomia, concludendo contratti con i pazienti che allo stesso si rivolgono, così come è ben possibile che lo stesso sia incardinato all'interno di una struttura sanitaria e che svolga la sua attività per conto di quest'ultima.

Ed è proprio questa distinzione a essere l'origine di tutti i problemi: *nulla quaestio* quando il medico eserciti la sua attività individualmente e privatamente, perché in tal caso è certo che viene concluso, anche tacitamente, un contratto; la situazione è ben più complicata quando il medico operi all'interno di una struttura sanitaria, perché in tal caso, come verrà sottolineato, il contratto che viene concluso dal paziente ha come controparte la struttura medesima.

Dopo avere delineato sinteticamente i caratteri dell'attività medica quale professione intellettuale, si può adesso passare all'analisi di quello che è il momento patologico di tale attività, ossia il profilo della responsabilità.

2) Il problema della natura giuridica della responsabilità della struttura e dell'operatore sanitario

Dopo brevi considerazioni preliminari sulla categoria dei professionisti intellettuali, categoria in seno alla quale rientra di certo la figura dell'operatore sanitario, è giunto il momento di ricostruire il percorso giurisprudenziale e dottrinale che ha interessato la materia della responsabilità sanitaria a cavallo della sentenza n. 589 del 1999⁴⁶, la quale ha segnato la svolta in punto di qualificazione, e di conseguente regime giuridico, della responsabilità medesima.

Al fine di rendere più chiara la ricostruzione, infatti, il presente lavoro si propone di procedere con ordine e, pertanto, di partire con la questione della natura giuridica della responsabilità, sia della struttura sia dell'operatore sanitario, così come dibattuta a partire dagli anni '60 fino ai giorni nostri.

Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria⁴⁷, l'orientamento giurisprudenziale più risalente riteneva che la stessa trovasse fondamento nel principio del *neminem laedere*: alla base di tale impostazione vi era una concezione autoritativa del rapporto di cura⁴⁸, estranea all'idea della qualificazione dell'attività sanitaria come "prestazione contrattuale", e coerente, invece, con l'idea dell'esecuzione di obblighi di legge, prescritti per il perseguimento di interessi dell'intera collettività.

⁴⁶ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in Corr. giur., 1999, p. 446 s., con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁴⁷ Per una sintetica ricostruzione, A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 1, 2014, p. 15 s.; R. Partisani, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale, al contratto con effetti protettivi*, in La responsabilità nei servizi sanitari, a cura di M. Franzoni, cit..

⁴⁸ G. Alpa, *Trattato di diritto civile*, IV, La responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1999.

E' a partire dalla emanazione della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che comincia ad affermarsi, nel formante giurisprudenziale, la tesi della natura contrattuale della responsabilità dell'ente ospedaliero: si afferma, infatti, che l'ente, nella misura in cui si obbliga nei confronti del paziente ad eseguire una serie di prestazioni, conclude con lo stesso un vero e proprio contratto d'opera professionale⁴⁹. La ragione di tale cambio di prospettiva va rinvenuta in una diversa concezione del "pubblico servizio", non più autoritativamente erogato ma negoziato⁵⁰, in ragione della valorizzazione dei profili consensualistici e dei tratti maggiormente "individualizzanti" del diritto alla salute portata avanti dalla legge sopra menzionata. Inoltre, si riteneva che la responsabilità della struttura sanitaria, in forza di un rapporto di immedesimazione organica, si fondasse sul medesimo fatto su cui si fonda la responsabilità dell'operatore sanitario, ossia sull'atto medico, e che a tal fine fosse da invocare, quale base normativa, l'art. 28 Cost., nella misura in cui sancisce la estensione della responsabilità civile dei pubblici dipendenti allo Stato e agli altri enti pubblici⁵¹.

Strettamente collegata a tale profilo, ossia alla considerazione di una radice comune della responsabilità della struttura e dell'operatore sanitario, era l'opera di qualificazione del contratto, che si riteneva concluso tra la struttura stessa e il paziente. Infatti, l'idea più risalente era che tale contratto fosse da inquadrare, come si è accennato, all'interno della figura del contratto "d'opera professionale"⁵², al fine di estendere alla struttura sanitaria i criteri di valutazione della responsabilità del

⁴⁹ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in Foro it., 1979, I, 4.

⁵⁰ A tal proposito, F. Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1984, secondo il quale la figura giuridica del contratto non può ritenersi incompatibile con quella del pubblico servizio, come dimostrato dai servizi postali o da quelli dei pubblici trasporti.

⁵¹ L'art. 28 Cost. recita "*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*".

⁵² Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, cit.; Cass., 1 marzo 1988, n. 2144, in Giur. it., 1989, I, 1, 300.

medico/professionista intellettuale, quali risultanti dagli artt. 1176 e 2236 c.c.

Tuttavia, sia la dottrina⁵³ che la giurisprudenza⁵⁴ hanno criticato tale impostazione, e hanno quindi invocato una forma di autonomizzazione della responsabilità della struttura rispetto a quella dell'operatore sanitario, sulla scorta della impossibilità di rinvenire i caratteri tipici del contratto d'opera professionale nel rapporto ente ospedaliero-paziente, tra i quali caratteri in primis l'*intuitus personae*. Piuttosto, oggi si afferma, pressoché unanimemente, che fra struttura e paziente si instaura un contratto atipico di *spedalità*, avente ad oggetto un insieme di prestazioni complesse ed eterogenee, comprensivo non solo delle tipiche prestazioni diagnostiche e terapeutiche, ma anche di quelle di natura assistenziale ed alberghiera, quali la somministrazione di vitto ed alloggio, e di natura organizzativa e gestionale. Si è così accolta la tesi della “doppia responsabilità diretta”⁵⁵, ossia sia del medico che dell'ente ospedaliero, il quale ultimo risponde per fatto proprio, legato all'inadempimento di talune obbligazioni di natura organizzativa e gestionale, in forza di una sorta di “colpa di apparato”.

Per ciò che concerne, invece, la tematica della natura giuridica della responsabilità del medico, occorre fare una precisazione preliminare. Come si è già accennato, infatti, quest'ultimo può eseguire le sue prestazioni nella veste di libero professionista a tutti gli effetti, quale parte di un rapporto contrattuale d'opera intellettuale, oppure eseguire le medesime nella veste di dipendente della struttura sanitaria, e quindi in adempimento del rapporto di servizio con la struttura stessa instaurato.

Com'è noto, tutte le dispute dottrinali e giurisprudenziali in materia di responsabilità medica hanno interessato la questione della natura giuridica della responsabilità del medico *dipendente*, posto che in tale caso, pur

⁵³ R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in Galgano (diretto da), Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec., XLVI, Cedam, 2007.

⁵⁴ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in Mass. Giust. civ., 2007.

⁵⁵ R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit.

sussistendo un contratto tra quest'ultimo e la struttura ospedaliera, ed uno tra il paziente e la struttura medesima, difetta del tutto un contratto tra il medico dipendente ed il paziente.

L'orientamento più risalente⁵⁶ riteneva infatti che, a fianco della relazione contrattuale intercorrente tra il paziente e la struttura sanitaria, sorta grazie al "contratto atipico di spedalità", non vi fosse alcuna relazione contrattuale tra il medico dipendente e il paziente stesso. Di conseguenza, nel caso in cui la negligente attività terapeutica avesse cagionato un danno a quest'ultimo, il medico avrebbe dovuto rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale, in quanto terzo estraneo alla relazione paziente-struttura ospedaliera.

Ciò significava, in concreto, che il paziente-danneggiato, al fine di ottenere un qualche risarcimento, avrebbe dovuto provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito ex art. 2043 c.c, ossia la condotta (il "*fatto*"), l'elemento soggettivo ("*doloso o colposo*"), il danno-evento (il "*danno ingiusto*"), il nesso di causalità tra la condotta e quest'ultimo ("*che cagiona ad altri un danno ingiusto*") e il danno-conseguenza ("*obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*")⁵⁷.

⁵⁶ Emblematiche, in tal senso, Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, cit.; Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in Foro it. 1980, I, 1115, in cui si legge "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 paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, *la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale*, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c.". In dottrina, cfr. E. Bonvicini, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1971; G. Visintini, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1967; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, cit.

⁵⁷ Sulla necessità che la struttura dell'illecito civile comprenda sia il danno-evento, sia il danno-conseguenza, sembrerebbe essere dirimente la stessa formulazione dell'art. 2043 c.c., il quale, infatti, proprio perché rinvia a due danni diversi, cita il concetto di "danno" due volte. Tuttavia, in un recente passato, la Suprema Corte (Cass. 23 Gennaio 2014, n.1361) si è spinta a ritenere risarcibile il solo "danno evento" in una materia

Tale orientamento, in origine, non aveva invero suscitato particolari problemi, proprio perché, come si è anticipato nel capitolo introduttivo, il rapporto medico-paziente era concepito in modo molto diverso da quello attuale. Numericamente più ridotte erano, infatti, le controversie giudiziarie in materia, complice la prevalenza della dimensione fiduciaria: il medico era il detentore assoluto delle conoscenze necessarie all'espletamento della sua attività; il paziente aspirava ad ottenere dei buoni risultati, ma senza essere adeguatamente informato.

Tuttavia, com'è noto, la relazione medico-paziente ha subito una vera e propria "rivoluzione copernicana" a partire dalla entrata in vigore della nostra Costituzione⁵⁸: l'art. 32 Cost. esalta non solo la dimensione collettiva del diritto alla salute ma, soprattutto, quella individuale, enucleando quest'ultimo come "diritto fondamentale dell'individuo"; e, ancora, la lettura che ne viene data è piuttosto ampia, comprensiva non solo del diritto di essere curati ma, soprattutto, di autodeterminarsi, nella misura in cui necessaria è la *autorizzazione* al trattamento medico⁵⁹.

particolarmente delicata, quale è quella del diritto alla vita: la primarietà di tale diritto, infatti, ha portato la S.C a considerare derogabile la struttura dell'illecito civile, in teoria necessariamente ancorato non solo al danno-evento ma anche al danno-conseguenza, fino a ritenere risarcibile, in capo ai congiunti *iure hereditario*, la lesione in sé del diritto alla vita (c.d danno tanatologico). A sconfessare questo orientamento, tuttavia, sono intervenute le Sezioni Unite (Cass., S.U, 23 luglio 2015, n.15350), le quali, fedeli alle regole strutturali dell'illecito civile e alla funzione riparatoria della responsabilità in tale settore, hanno negato la risarcibilità del danno da morte immediata. In particolare, in motivazione si legge “*In materia di danno non patrimoniale, in caso di morte cagionata da un illecito, il pregiudizio conseguente è costituito dalla perdita della vita, bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicchè, ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità “iure hereditatis” di tale pregiudizio, in ragione –nel primo caso- dell’assenza del soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio, ovvero –nel secondo, della mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo*”, in *Danno e resp.*, 2015, 10, con nota di: V. Carbone, *Valori personali ed economici della vita umana*; M. Franzoni, *Danno tanatologico, meglio di no.*; R. Pardolesi e R. Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*; G. Ponzanelli, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*.

⁵⁸ Sul rapporto medico-paziente dopo il riconoscimento del diritto alla salute, V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 378 s.

⁵⁹ Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945.

Il “consenso informato” prestato dal paziente⁶⁰ è divenuto la chiave di volta della relazione medico-paziente, ossia un presupposto imprescindibile di liceità di qualsiasi trattamento medico, nell’ottica del raggiungimento di una vera e propria “alleanza terapeutica” e del perseguimento del “best interest” del paziente stesso, in accordo con il modo in cui tale interesse è da lui percepito.

Tutto ciò ha di certo contribuito ad un cambiamento di equilibri nel rapporto medico-paziente, ad una maggiore consapevolezza di quest’ultimo circa le proprie condizioni di salute e ad un aumento delle sue pretese di guarigione⁶¹.

Ad ogni modo, le ripercussioni in punto di regime giuridico della responsabilità sono derivate non solo da ragioni di “giustizia sostanziale”, quale è quella di fornire una maggiore tutela alla parte debole del rapporto (il paziente) in un’epoca, peraltro, di forte “costituzionalizzazione” del sistema⁶²; ma altresì da ragioni di tipo “tecnico-giuridico”. Gli studiosi più attenti, infatti, hanno messo in luce ben presto la debolezza dell’opera di qualificazione della responsabilità dell’operatore sanitario in termini di responsabilità “extracontrattuale”.

⁶⁰ M. Franzoni, *Dal consenso all’esercizio dell’attività medica all’autodeterminazione del paziente*, in *La responsabilità civile*, 2012, 85.

⁶¹ Più alte sono le pretese, più facile è che l’esito infausto venga addebitato al medico. Sulla trasformazione del diritto ad essere curati in “pretesa alla guarigione”, cfr. F. D’Agostino, *Bioetica*, Torino, 1998; S. Coppola, E. Grasso, *Quel che resta della responsabilità medica: riflessioni sul ruolo delle strutture sanitarie*, in *Politica del diritto*, 4, 2012, 662, in cui si legge che si è assistito al passaggio del medico che “restava vicino al malato, lo incoraggiava, applicava i limitati mezzi curativi di cui disponeva per lenire le sue sofferenze” all’operatore al quale viene richiesto di “tradurre la malattia in una ineccepibile formulazione tecnica e di curare con pronta sollecitudine”.

⁶² Il *processo di costituzionalizzazione* è quel fenomeno che si è verificato, con diversi gradi di intensità, in gran parte degli stati di diritto costituzionali contemporanei, e che riguarda una profonda trasformazione di questi ordinamenti, al termine della quale gli stessi risultano totalmente “impregnati” dalle norme costituzionali. Il processo *de quo* implica anche la prevalenza, in dottrina e giurisprudenza, di orientamenti interpretativi “costituzionalmente orientati”, all’interno dei quali i principi costituzionali, in una qualche loro interpretazione, costituiscono il punto di riferimento per i processi di attribuzione di significato agli enunciati legislativi, così come lo spunto per perseguire obiettivi di tutela; e ciò di certo vale, naturalmente, per l’interpretazione che è stata fatta del diritto alla salute quale diritto fondamentale dell’individuo, ex art. 32 Cost. Sul *processo di costituzionalizzazione* è fondamentale l’analisi di R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 11, pp. 185-206.

Invero, un primo tentativo di superamento dell'orientamento tradizionale va scorto in una pronuncia della Corte di Cassazione⁶³, con la quale per la prima volta si è optato per la qualificazione della responsabilità del medico dipendente in termini di responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c. Tuttavia, nonostante l'approdo propugnato dalla S.C fosse stato da più parti caldeggiato, il percorso argomentativo della pronuncia aveva suscitato non poche perplessità⁶⁴: non aveva convinto, come si è già accennato, l'inquadramento del rapporto struttura-paziente nella figura del contratto d'opera professionale; non era considerato pertinente il richiamo all'art. 28 Cost., richiamo effettuato al fine di giustificare la responsabilità concorrente della struttura e dell'operatore sanitario, fondata sulla "radice comune" dell'atto medico, e al fine anche di consentire l'applicazione analogica delle norme sul contratto d'opera professionale intercorrente tra l'ente ospedaliero e il paziente. Si è affermato, infatti, che l'art. 28 Cost. non risulta essere risolutivo, nella misura in cui sancisce sì la responsabilità civile (oltre che penale e amministrativa) dei funzionari e dipendenti dello Stato in via diretta per aver compiuto atti in violazione dei diritti, ma senza nulla aggiungere in merito alla natura giuridica di tale responsabilità; inoltre, per le ragioni già sopra esposte, non si è ritenuto configurabile un vero e proprio contratto d'opera professionale nella relazione struttura sanitaria-paziente, venendo così a cadere la possibilità di applicarne analogicamente la disciplina al rapporto intercorrente tra quest'ultimo ed il medico.

Sulla scia della "contrattualizzazione" di tale rapporto, ancora, si sono poste altre due ricostruzioni, anche queste prive di particolare seguito: da un lato, al fine di catalogare in un'unica figura giuridica il rapporto intercorrente tra struttura, operatore sanitario e paziente, si è rinviato al *contratto a favore di*

⁶³ Cass., 1 marzo 1988, n. 2144, in Nuova giur. comm., 1988, con nota di R. Pucella.

⁶⁴ Mette in luce tali perplessità R. Partisani, *Dal contratto di ospedalità, al contratto sociale, al contratto con effetti protettivi*, in La responsabilità nei servizi sanitari, a cura di M. Franzoni, cit.

terzi, ex art. 1411 c.c.⁶⁵, sulla scorta della considerazione secondo la quale il paziente altro non sarebbe che il terzo beneficiario del rapporto di lavoro conclusosi tra struttura e operatore sanitario; dall'altro, si è rinvio ad una figura contrattuale di creazione dottrinale, ossia il *contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo*⁶⁶, con la finalità di considerare il paziente un soggetto estraneo al rapporto ente ospedaliero-medico ma, allo stesso tempo, rientrante nell'area di protezione del rapporto medesimo, area che il medico/debitore è tenuto, nell'esecuzione della prestazione, a preservare.

Entrambe le ricostruzioni hanno suscitato notevoli perplessità, in ragione del fatto che si ritiene che la responsabilità del medico sia fondata su un titolo del tutto autonomo e distinto rispetto al contratto di ospedalità intercorrente tra il paziente e la struttura, e che il paziente sia parte, in senso formale e sostanziale, di uno specifico rapporto intercorrente con il primo⁶⁷. Inoltre, accogliendo la ricostruzione del rapporto in termini di “contratto ad effetti protettivi”, si sarebbe dovuto ammettere che il paziente, in quanto

⁶⁵ Sul contratto a favore di terzo, v. I. Ferranti, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, 2005, Giuffrè; G. Lo Schiavo-A. Marrese, *Il contratto a favore di terzi*, 2003, Giuffrè; L.V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi. Art. 1411-1413*, 2012, Giuffrè; U. Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, 2010, Edizioni scientifiche italiane.

⁶⁶ Ne testimonia la nascita nell'ordinamento tedesco e ne approfondisce i contenuti, A. Di Majo, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir.priv.*, 2000, 1 ss. Inoltre, i primi ad occuparsi di tale figura e degli obblighi di protezione sono stati U. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1954, I, 66 ss.; L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e di mezzi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1954, I, 368; C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990 XXI. In merito al contesto germanico, cfr. M. Maggiolo, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 39 ss., il quale osserva che la dottrina tedesca “considera il contratto con effetto di protezione per il terzo come una creazione giuridica operata dalla giurisprudenza a completamento del diritto positivo” e, ancora, che “Nel contratto con effetto di protezione per il terzo, in altre parole, il dovere di comportarsi con cautela, dovere che sempre grava sul debitore nei confronti del creditore, viene esteso sino al punto di farne beneficiare anche il terzo, nei cui confronti si ritiene dunque esistere un dovere secondario di risarcimento assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale”.

⁶⁷ Nella sentenza che ha segnato la svolta in materia di responsabilità medica (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589) si legge “L'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale. Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere”.

terzo estraneo, non è titolare, nei confronti del medico-professionista, del diritto di esigere la prestazione principale di diagnosi e cura, potendo solo tutelarsi in via risarcitoria in caso di violazione degli obblighi di protezione nei suoi riguardi.

La vera svolta in materia, pertanto, risale al *leading case* della fine degli anni Novanta⁶⁸, con cui la S.C ha fissato la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente in forza del richiamo alla figura del “contatto sociale qualificato”⁶⁹.

Ecco allora le ragioni tecnico-giuridiche cui sopra si accennava: il punto di partenza del nuovo orientamento, infatti, è stato la considerazione secondo la quale la responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., è una responsabilità di tipo primario, che scatta in conseguenza di una interferenza occasionale, o incontro-scontro, che cagiona ad altri un danno ingiusto. Si è ritenuto riduttivo, pertanto, ricondurre la responsabilità medica all’area aquiliana, perché non vi è dubbio che, sebbene non venga stipulato formalmente un contratto tra il medico dipendente ed il paziente, sussista tra gli stessi, ancor prima che un rapporto obbligatorio avente

⁶⁸ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, pubblicata in diverse riviste, fra cui *Corr. giur.*, 1999, IV, 441, con nota di Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, 3333, con note di F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. Lanotte, *L’obbligazione del medico dipendente è un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, 652, con nota di M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contatto sociale” conquista la cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, 1194 ss., con nota di F. Fracchia, *Osservazioni in tema di responsabilità del medico dipendente pubblico e attività contrattuale*; in *Giur. it.*, 2000, 740 ss., con nota di F.G. Pizzetti, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da “contatto sociale”*; in *Nuova giur. comm.*, 2000, 343 ss., con nota di A. Thiene, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*. Ancora, in dottrina si vedano S. Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 501 ss.; C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 55 ss.; ID., *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, *ibidem*, 2009, 679 ss.; E. Navarretta, *L’adempimento dell’obbligazione altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1453 ss.

⁶⁹ Sul contatto sociale qualificato e gli obblighi di protezione, doveroso è il rinvio a C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, in particolare il capitolo V, *I confini della responsabilità civile, Tra contratto e torto. L’obbligazione senza prestazione*, Giuffrè, Milano, 2006.

contenuto risarcitorio, una relazione a contenuto positivo. Il medico, infatti, non può essere considerato, nei confronti del paziente, un *quisque de populo*, autore di un fatto illecito di natura aquiliana “*alla stregua di un passante*”⁷⁰, ma, piuttosto, un soggetto al quale quest’ultimo si *affida* per essere curato.

È proprio il *rapporto* che si instaura tra il paziente e l’operatore sanitario, colorato dall’*affidamento* che il primo nutre nei confronti del secondo e dalla *doverosità* con cui l’attività diagnostica e terapeutica deve essere eseguita⁷¹, che consente di ritenere il contatto sociale un fatto “idoneo a produrre obbligazioni in conformità all’ordinamento giuridico”, ex art. 1173 c.c, e la responsabilità dell’operatore sanitario di natura contrattuale o da inadempimento.

L’art. 1173 del codice civile del 1942, infatti, menziona tra le fonti delle obbligazioni, oltre al “*contratto*” e al “*fatto illecito*”, l’ampia categoria costituita da “*ogni altro atto o fatto*” idoneo a produrre le obbligazioni medesime “*in conformità dell’ordinamento giuridico*”⁷². Evidente è l’apertura del sistema delle fonti rispetto all’impostazione del codice civile del 1865, il quale, accanto alle obbligazioni derivanti dai contratti, dai quasi contratti, dai delitti e dai quasi delitti, prevedeva la più limitata categoria delle obbligazioni derivanti dalla “*legge*”, escludendo in tal modo altre fonti del diritto come, ad esempio, le consuetudini.

⁷⁰ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit.

⁷¹ Sul punto, v. V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 378 ss., ove si legge “*Secondo questo indirizzo, divenuto l’attuale diritto vivente giurisprudenziale della responsabilità del sanitario pubblico, il medico che si presenta al paziente come prestatore di cure, all’uopo designato dalla struttura sanitaria, non può essere considerato come l’autore di un fatto illecito aquiliano, perché la vicenda non inizia con la violazione del principio “alterum non laedere” e con il cagionare un danno ingiusto, ma si struttura prima come “rapporto”, in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico che ha il dovere di prestargliele, perché l’attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente in virtù del servizio pubblico sanitario nazionale, nel quale il medico ha un rapporto di lavoro con la struttura a partire dal d.P.R. 761/1999, novellato con i d.lgs. 165/2001 e 500/2002, e può anche essere chiamato a rispondere di danno erariale insieme alla Asl di appartenenza*”.

⁷² Sull’art. 1173 c.c., U. Petronio, *Fonti delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, 5 ss.; U. Bellini, in *Rupert, La giurisprudenza sul c.c., sub art. 1173*, Milano, 2012, 2 ss.

Invece, per il tramite della categoria delle *variae causarum figurae* che siano idonee a produrre le obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico⁷³, si è ridefinito l'assetto preesistente del sistema delle fonti, mediante la riconduzione nella categoria predetta di alcune vecchie figure rientranti nel "quasi contratto" (ad esempio, la ripetizione di indebitum) e nel "quasi delitto" (ad esempio, le forme di responsabilità indiretta per fatto altrui); e, soprattutto, si è reso atipico l'attuale impianto delle fonti delle obbligazioni, con il risultato di far rientrare a pieno titolo tra le fonti delle obbligazioni tutta una serie indeterminata di atti (negoziali e non) e di comportamenti, capaci di far sorgere un vincolo obbligatorio, con il solo limite della "conformità" ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

E' proprio grazie a questo forte ampliamento del sistema delle fonti e, in particolare, della fonte di nuovo conio consistente in "ogni altro atto o fatto" idoneo a produrre obbligazioni, che nasce, nel nostro ordinamento, la teoria del c.d. "contatto sociale", introdotta per la prima volta in modo esplicito dalla giurisprudenza di legittimità della fine degli anni '90, nella specifica ipotesi del rapporto professionale medico-paziente.

Alla base di tale teoria sussiste la consapevolezza che nella prassi si instaurano dei rapporti *socialmente tipici* tra soggetti determinati, caratterizzati quindi dall'elemento della "relazionalità", la quale ultima è espressiva dell'intenso legame che viene a crearsi fra di essi, e del legittimo affidamento che viene riposto da una parte del rapporto nei confronti dell'altra. Da tali relazioni, infatti, caratterizzate da un fondamento volontaristico⁷⁴, sorgerebbe una serie di doveri ed obblighi giuridici specifici, di carattere positivo, tutti espressivi dei più generali doveri di

⁷³ Il codice civile del 1942 ha quindi accolto la tripartizione del sistema delle fonti risalente a Gaio. Cfr. Dig. 44.7.1 "*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quoddam iure ex variis causarum figuris*". A tal proposito, doveroso è il richiamo a P. Rescigno, voce *Obbligazioni*, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979.

⁷⁴ Il fondamento volontaristico, nel rapporto medico-paziente, è testimoniato dal *consenso informato* che quest'ultimo deve prestare affinché possa dirsi lecito qualsiasi trattamento medico-chirurgico. Il consenso informato, infatti, conferma il *contatto* intervenuto tra questi due soggetti e lo *qualifica*, dandogli rilievo giuridico.

buona fede e correttezza ex art. 1175 c.c.⁷⁵, i quali, per le loro caratteristiche, in nulla si distinguerebbero dai corrispondenti obblighi nascenti da un rapporto contrattuale vero e proprio.

Forti sarebbero pertanto le affinità del rapporto obbligatorio creatosi dal “contatto” con il corrispondente rapporto che trova invece la sua fonte nel “contratto”: di conseguenza, anche nel caso di un rapporto obbligatorio che sorga da un contatto giuridicamente rilevante, la violazione degli obblighi specifici e di carattere positivo, gravanti sui soggetti determinati del rapporto stesso, costituirebbe un vero e proprio “inadempimento”, riconducibile all’area della responsabilità “contrattuale” o, per l’appunto, “da inadempimento”, disciplinata dagli artt. 1218 ss c.c. Come quest’ultima, pertanto, anche la responsabilità da “contatto sociale” verrebbe a configurarsi come una responsabilità di carattere secondario: indefettibile presupposto del contatto sociale è, infatti, la “relazione”, dalla quale traggono origine, da un lato, obblighi giuridici di protezione⁷⁶ e, dall’altro, il legittimo affidamento a che gli stessi vengano rispettati, e rispetto alla quale la responsabilità, ed il conseguente dovere risarcitorio, si pongono come un *posterius* del tutto eventuale.

⁷⁵ La regola di correttezza e buona fede è, a tutti gli effetti, una regola giuridica la cui violazione dà luogo a responsabilità da inadempimento, ex art. 1218 c.c. In dottrina, V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, cit., ove si legge “*Con un crescendo rossiniano l’art. 1175, composto di poche parole, ha acquistato il ruolo di cardine, di stella polare per il riequilibrio del rapporto giuridico e del sottostante rapporto economico tra le parti, in sintonia con il mercato che preferisce il riequilibrio alla nullità o alla caducazione del rapporto giuridico. E così l’art. 1175 c.c. diviene la regola di governo del rapporto obbligatorio tra le parti, assumendo un ruolo di centralità – che si riparte tra l’individuazione, interpretazione e integrazione degli obblighi contrattuali e il bilanciamento, nonché riequilibrio dei contrapposti interessi che, in mancanza d’accordo, è fatta dal giudice mediante il “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale” – fino a farla divenire il “cardine” della parte generale delle obbligazioni*”; V. Carbone, *Comportamento secondo correttezza*, in E. Gabrielli, *Commentario del c.c., Delle obbligazioni*, a cura di Gabrielli, sub. art. 1175, Torino, 2012, 76 ss.; P. Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, 314 ss.; Id., *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, Torino, 2009, 175 ss.; F. Scaglione, *Correttezza economica e autonomia privata*, Perugia, 2007; A. D’Angelo, P.G. Monateri, A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale, modelli cooperativi e modelli confittuali a confronto*, Torino, 2005.

⁷⁶ Sugli obblighi di protezione, v. *infra*.

Peraltro, è esattamente questa l'impostazione che è stata fatta propria dalla Suprema Corte in materia di responsabilità medica: il contatto sociale, qualificato dall'affidamento riposto dal paziente nei confronti del medico e dallo *status* professionale da quest'ultimo rivestito nell'esercizio di una professione protetta, è stato considerato la forma giuridica più aderente alla sottostante realtà materiale. Tale realtà mostra che, ancor prima della causazione (eventuale) di un danno, sussiste uno specifico rapporto in seno al quale il paziente si *affida* alle cure del medico, il quale, a sua volta, *accetta* di prestarle; e, ancora, mostra che l'assenza formale di un contratto non può giungere a neutralizzare la professionalità dell'attività del medico stesso⁷⁷. Di conseguenza, in quella che è stata definita la "terra di nessuno"⁷⁸, tra contratto e torto aquiliano, la disciplina applicabile è quella della responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c.

Peraltro, com'è stato osservato, l'espressione *responsabilità contrattuale* non è altro che una sinnechoe, ossia una formula utilizzata nella prassi, e convenzionalmente accettata, ma indicativa solo di "una parte del tutto". Infatti, l'art. 1218 c.c., rubricato "*Responsabilità del debitore*", e collocato in seno al Titolo I ("*Delle obbligazioni in generale*") e al Capo III, intitolato "*Dell'inadempimento delle obbligazioni*", disciplina genericamente il regime della responsabilità da inadempimento di una obbligazione, quale che sia la sua fonte, e non necessariamente di una obbligazione di fonte contrattuale⁷⁹.

⁷⁷ Sul punto si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., ove si legge a pag. 479 "...la forma giuridica non può essere strumento di mistificazione della realtà. Tale essa sarebbe nella specie, ove si volesse affermare che agli obblighi imposti dal proprio stato professionale il medico sia tenuto nei confronti dell'ospedale, in forza del contratto che a questo lo vincola, e non nei confronti del paziente per l'assenza di un vincolo contrattuale con esso. Nei termini ora ipotizzati la forma giuridica stravolgerebbe la relazione mezzi-fini che è sottesa al rapporto tra la struttura ospedaliera e il medico dipendente: una relazione che, dal punto di vista di colui che domanda di essere curato, mette la struttura ospedaliera al servizio delle prestazioni professionali che, in maniera individuale o in squadra, vi si esplicano".

⁷⁸ F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e Imp.*, 1991, 539.

⁷⁹ S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 668; L. Mengoni, voce "*Responsabilità*"

3) Conseguenze della teoria del contatto sociale qualificato in punto di regime giuridico della responsabilità medica

L'accoglimento della figura del contatto sociale nel rapporto medico-paziente ha portato con sé, come accennato, l'applicazione del regime giuridico della responsabilità contrattuale, o da inadempimento, di cui all'art. 1218 c.c. Com'è noto, peraltro, tale regime è stato fortemente arricchito da una serie di regole di creazione giurisprudenziale⁸⁰ che, da un lato, ha lasciato gli operatori sanitari in una notevole condizione di incertezza e, dall'altro, ha consentito una forte apertura alle istanze risarcitorie del paziente.

Le differenze con il regime giuridico della responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., pertanto, sono numerose e consentono tutte di affermare che il nostro ordinamento, almeno fino ad un recentissimo passato, ha accolto nella materia *de qua* una impostazione “patient-friendly”.

Innanzitutto, si pensi al regime della *prescrizione*.

Mentre in materia di responsabilità aquiliana il termine prescrizionale è breve, ossia quinquennale, ex art. 2947 c.c., quello valevole in caso di responsabilità da inadempimento è decennale, ex art. 2946 c.c. E la ragione di tale differenza risiederebbe nel fatto che, fondandosi la responsabilità extracontrattuale su di un “incontro-scontro” di due soggetti non legati da alcun previo vincolo o rapporto, più indeterminati e incerti sarebbero i temi

contrattuale (diritto vigente)”, in Enc. Dir., XXXIX, Milano, 1988, 1072; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2010.

⁸⁰ Sul fenomeno della giurisprudenza “normativa”, v. F. Busnelli, *Azioni risarcitorie e “principi giurisprudenziali”*, in Contr. e impresa, 1, 2014, in cui si legge “Ma, proprio nel momento in cui si afferma definitivamente una dottrina “dialogante” – o, se si vuole, una “dottrina giurisprudenziale” – si comincia ad avvertire la sensazione di un’inversione di rotta, l’avvento di una giurisprudenza “che si fa dottrina” (o, se si vuole, di una “giurisprudenza dottrinale”) e che, attraverso sentenze “dotte” della Corte di Cassazione, elabora sistematicamente e impone i propri principi: principi che chiamerei “giurisprudenziali”, per distinguerli dal “principio di diritto” enunciato dalla Suprema corte ai sensi e agli effetti di cui all’art. 384 c.p.c.”; C. Castronovo, *L’eclissi del diritto civile, Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva*, cap. II, cit.

di prova. Di conseguenza, una prescrizione più breve sarebbe più efficace in funzione di un utile esperimento della prova testimoniale, così come emerge dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile⁸¹. Su tale dato normativo, peraltro, si è poi innestato un orientamento della giurisprudenza di legittimità particolarmente favorevole al paziente-attore⁸², in punto di *dies a quo* della prescrizione: il termine (decennale) di questa, infatti, non decorrerebbe da quando si determina la modificazione produttiva del danno, o da quando quest'ultimo può ritenersi esteriorizzato, ma da quando il pregiudizio possa essere effettivamente percepito oppure possa essere consapevolmente individuato come conseguenza di un determinato comportamento. E la ragion d'essere di tale presa di posizione va ricercata nella circostanza che spesso i danni possono essere "lungolatenti", ossia possono restare in un primo momento silenti, ed esteriorizzarsi poi a distanza di molto tempo rispetto al fatto che li ha prodotti, così da risultare necessario posticipare il *dies a quo* della prescrizione.

Tornando alle differenze di regime, si pensi alla disciplina della *imputabilità*, la cui sussistenza è presupposto necessario perché un soggetto possa dirsi responsabile del danno ingiusto ad altri cagionato, ex art. 2046 c.c.⁸³, e la cui insussistenza, invece, non può essere invocata dal debitore per impugnare l'adempimento della prestazione da lui effettuato, ex art. 1191 c.c. E la *ratio* di tale ultima disposizione è evidente: stella polare del rapporto obbligatorio è l'interesse creditorio, così come testimoniato

⁸¹ In tale Relazione infatti si legge: "nella molteplicità dei casi la prova del fatto illecito si fonda sulla deposizione dei testimoni: col decorso del tempo il ricordo delle circostanze su cui questi sono chiamati a deporre svanisce o si attenua e si accrescono così i pericoli inerenti a siffatto mezzo di prova".

⁸² Cass., S.U, 11 gennaio 2008, n. 580, in Giur. it., 2008, 1646 ss.

⁸³ La dottrina ha variamente definito il concetto di "imputabilità", attribuendole il significato di "attitudine alla colpa" (A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, terza edizione, Milano, 1979, 1, pag. 178 s.); di "presupposto della colpevolezza" (G. Quagliariello, *Sulla responsabilità da illecito nel vigente codice civile*, Napoli, 1957, p. 24); di "qualificazione personale" che condiziona la responsabilità piena del soggetto per il danno ingiusto prodotto (L. Devoto, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, p. 55); di "presupposto" della riferibilità degli effetti risarcitori a carico del danneggiante (L. Corsaro, *L'imputabilità del fatto illecito*, Milano, 1969 p.107)

dall'art. 1174 c.c, il quale recita *“La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”*; di conseguenza, nel momento in cui una prestazione è dovuta, ciò che conta è che tale interesse venga soddisfatto, indipendentemente dalla capacità di intendere e di volere del debitore.

Per quanto concerne il riparto del *carico probatorio*, la riconduzione della responsabilità dell'operatore sanitario nell'area contrattuale ha reso di certo più favorevole la posizione del paziente: se il danneggiato deve provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, ex art. 2043 c.c., il creditore deve provare esclusivamente il fatto costitutivo del suo diritto (nel caso in esame, il contratto o il contatto sociale instauratosi) e il pregiudizio subito.

Circa la prova dell'inadempimento, infatti, la giurisprudenza di legittimità⁸⁴ è giunta ad affermare un principio valevole per ogni rapporto obbligatorio, e pertanto anche per quello che si instaurerebbe a seguito di un contatto qualificato tra il medico ed il paziente: da un lato, al paziente-creditore spetta, non già provare, ma semplicemente allegare l'inadempimento medesimo con una specificità compatibile con le caratteristiche soggettive e le competenze non professionali di quest'ultimo; dall'altro, grava sul medico-debitore l'onere di provare l'esatto adempimento o il fattore estraneo alla propria sfera di controllo che sia causalmente collegato all'evento dannoso⁸⁵. Peraltro, tale conclusione è stata il frutto del

⁸⁴ Cass., S.U, 30 ottobre 2001, n.13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. Carnevali; Cass., S.U, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2008, I, 612, con nota di R. De Matteis.

⁸⁵ Cass., 30 giugno 2015, n. 13328, secondo la quale il medico, al fine di superare la presunzione a suo carico ex art. 1218 c.c., non può limitarsi a dimostrare che l'evento dannoso costituisca una *“complicanza”* per il paziente: *“Col lemma “complicanza”, la medicina clinica e la medicina legale designano solitamente un evento dannoso, insorto nel corso dell'iter terapeutico, che pur essendo astrattamente prevedibile, non sarebbe evitabile.*

Tale concetto è inutile nel campo giuridico. Quando, infatti, nel corso dell'esecuzione di un intervento o dopo la conclusione di esso si verifici un peggioramento delle condizioni del paziente, delle due l'una:- o tale peggioramento era prevedibile ed evitabile, ed in tal caso esso va ascritto a colpa del medico, a nulla rilevando che la statistica clinica lo annoveri in linea teorica tra le “complicanze”; - ovvero tale peggioramento non era

combinarsi di due importanti principi, entrambi invocati dalla S.C: da un lato, il *principio della persistenza del diritto* in capo al creditore, in forza del quale il diritto, una volta nato, si presume non estinto; dall'altro, il *principio della vicinanza della prova*⁸⁶, in forza del quale si ritiene più agevole provare il fatto positivo dell'adempimento piuttosto che quello negativo dell'inadempimento⁸⁷. Con tale percorso argomentativo, la S.C ha così superato l'orientamento più tradizionale, il quale, nel solco della dicotomia "obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato", riteneva, invece, che l'onere della prova fosse da allocare diversamente, a seconda che si trattasse di intervento "routinario" e di semplice esecuzione o di intervento particolarmente complesso e dall'esito incerto⁸⁸.

prevedibile oppure non era evitabile: ed in tal caso esso integra gli estremi della "causa non imputabile" di cui all'art. 1218 c.c., a nulla rilevando che la statistica clinica non lo annoveri in linea teorica tra le "complicanze". Al diritto non interessa se l'evento dannoso non voluto dal medico rientri o no nella classificazione clinica delle complicanze: interessa solo se quell'evento integri gli estremi della "causa non imputabile".

⁸⁶ Propone una visione critica di tale principio, G. Visintini, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impresa*, 2002, p. 903 ss.

⁸⁷ Ovviamente, tale regola funziona se l'obbligazione ha ad oggetto una prestazione di carattere positivo di "dare" o "fare". Ove invece l'obbligazione abbia ad oggetto una prestazione di contenuto negativo, e quindi un "non fare", l'onere della prova dell'inadempimento grava sul creditore, posto che in tal caso la prova ha ad oggetto una prestazione di carattere positivo violativa dell'obbligo di *non facere*. Anche in tal caso, il riparto dell'onere della prova troverebbe giustificazione nel principio di vicinanza della stessa, dal momento che sarebbe più facile per il creditore provare l'inadempimento piuttosto che per il debitore l'adempimento. Pertanto, si può ritenere che le obbligazioni negative rappresentano "l'eccezione che conferma la regola".

⁸⁸ Il punto di partenza di tale orientamento era la considerazione secondo la quale l'obbligazione del medico-professionista è "di mezzi" e non "di risultato"; di conseguenza, sarebbe stato il creditore (ossia il paziente) il soggetto tenuto a provare l'inesatto adempimento ai sensi dell'art. 1176, co.2, c.c. Tuttavia, in caso di interventi routinari o di semplice esecuzione, l'eccezionalità dell'eventuale esito infausto avrebbe consentito al paziente-creditore di provare proprio la "routinarietà" e di far scattare, così, la presunzione di negligente adempimento della prestazione. A tal punto, sarebbe stato il medico il soggetto gravato della prova contraria, ossia del diligente adempimento o della impossibilità sopravvenuta della prestazione. Diversamente, in caso di interventi di difficile esecuzione, essendo operativa la presunzione opposta, ossia quella che riconduce l'esito infausto alla normale alea che nel corso di tali interventi sussiste, il medico avrebbe dovuto semplicemente provare la complessità dell'intervento, restando così a carico del paziente l'onere di provare la riconducibilità dell'esito infausto all'errore medico. A tal proposito, in Cass., S.U, 30 ottobre 2001, n.13533, cit., si legge "*la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del*

Anche in tema di *nesso causale*⁸⁹, la giurisprudenza di legittimità ha accolto una impostazione favorevole al paziente-danneggiato. Com'è noto, le disquisizioni in materia sono state numerose, a partire dalla necessità o meno che l'illecito civile fosse riconducibile alle regole penalistiche di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in punto di accertamento del nesso di causalità materiale.

La questione è stata risolta nel senso della piena applicabilità di questi ultimi, con il temperamento, tuttavia, quanto allo *standard* probatorio richiesto, apportato dalla regola del “*più probabile che non*”⁹⁰. La funzione riparatoria della responsabilità civile, infatti, ha permesso di abbassare il livello di certezza richiesto in sede penale per il tramite della clausola “*al di là ogni ragionevole dubbio*”, ex art.533, co.1, c.p.p. I principi costituzionali della personalità della responsabilità penale e della presunzione di innocenza, ex art. 27 Cost., così come il principio *b.a.r.d.*⁹¹, ex art 533 c.p.p., sarebbero infatti coordinate inderogabili in materia di responsabilità penale, ma non avrebbero la stessa forza imperativa nel terreno della

grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà”.

⁸⁹ Per uno studio completo sull'argomento, L. Nocco, *Il “sincretismo causale” e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, della collana Studi di diritto privato, Giappichelli, Torino, 2010; R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; P.Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960; F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967; P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967; G. Gorla, *Sulla così detta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in Riv. dir. comm., 1951, I. Inoltre, di recente, v. R. Pucella, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016, il quale esplora il tema del nesso di causalità nel contesto particolare della responsabilità medica, riproducendo l'intervento tenuto a Roma il 27 novembre 2015, in occasione dell'incontro di studio organizzato per celebrare i primi venti anni di vita di *Danno e responsabilità* sul tema “*La responsabilità sanitaria: necessità di una riforma?*”.

⁹⁰ Cass., sez. III, n. 03390/2015; Cass., 16 Ottobre 2007, n. 21619, con nota di R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit. In dottrina, v. anche L. Nocco, *L'interpretazione precauzionale della causalità nell'attività sanitaria: la probabilità logica*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di Comandé, Giuffrè, 2006, 257; F. D'Alessandro, *La perdita di chance secondo la cassazione civile: una tutela della “vittima” effettiva e praticabile*, in Cass. pen., 2004, VII-VIII, 2543, il quale aveva già messo in evidenza come la giurisprudenza nostrana stesse orientandosi sempre di più verso l'accoglimento della regola di origine nordamericana del “più probabile che non”.

⁹¹ La formula *b.a.r.d.* è l'acronimo anglosassone del principio “*Beyond Any Reasonable Doubt*”, ossia del principio dell’ “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”, ex art. 533 c.p.p.

responsabilità civile, ove le esigenze di tutela della parte danneggiata consentirebbero forme di accertamento della causalità meno rigorose.

Ad ogni modo, è anche vero che in materia di responsabilità contrattuale o da inadempimento, ex art. 1218 ss. c.c., suole affermarsi che il nesso di causalità materiale non rappresenti a ben vedere un “problema”, posto che la lesione del credito viene totalmente assorbita dall’inadempimento. In altre parole, l’autore dell’illecito è per definizione il debitore⁹²: l’adempimento è infatti un atto da lui dovuto e la doverosità di tale comportamento assume una rilevanza tale da rendere superflua l’imputazione oggettiva. Risulta invece sufficiente accertare, sul diverso piano della imputazione soggettiva, se l’evento dannoso si sia verificato per causa non imputabile al debitore. Si possono, tuttavia, ipotizzare casi in cui le cose vanno diversamente. Soprattutto nelle ipotesi in cui in obbligazione è dedotto solo un comportamento⁹³, e il creditore lamenta la lesione del suo interesse finale, risulta necessario accertare il nesso di causalità tra l’inadempimento e l’evento di danno. Trasponendo quanto detto nei rapporti “medico-paziente”, infatti, l’evento cui quest’ultimo aspira (il c.d. “risultato atteso”), ossia la guarigione o il miglioramento della malattia, non è tecnicamente “dovuto”. Di conseguenza, la lesione dell’interesse finale può essere ascritta al sanitario solo se “materialmente” causata dall’inadempimento di quest’ultimo.

⁹² Cass., S.U, n.581/2008: “Un’analoga disposizione, sul danno ingiusto e non sul danno da risarcire, non è richiesta in tema di responsabilità cd. contrattuale o da inadempimento, perché in tal caso il soggetto responsabile è, per lo più, il contraente rimasto inadempiente, o il debitore che non ha effettuato la prestazione dovuta. E questo è uno dei motivi per cui la stessa giurisprudenza di legittimità partendo dall’ovvio presupposto di non dover identificare il soggetto responsabile del fatto dannoso, si è limitata a dettare una serie di soluzioni pratiche, caso per caso, senza dover optare per una precisa scelta di campo, tesa a coniugare il risarcimento del danno, cui è dedicato l’art. 1223 c.c., con il rapporto di causalità. Solo in alcune ipotesi particolari, in cui l’inadempimento dell’obbligazione era imputabile al fatto illecito del terzo, il problema della causalità è stato affrontato dalla giurisprudenza, sia sotto il profilo del rapporto tra comportamento ed evento dannoso sia sotto quello tra evento dannoso e conseguenze risarcibili”.

⁹³ V. nota 4.

Si è poi discusso su chi gravi l'onere di provare la sussistenza del nesso causale tra l'errore medico e l'esito infausto. Secondo un orientamento giurisprudenziale più risalente, l'esonero del paziente sopra accennato dall'onere della prova dell'inadempimento oggettivo, e nella specie dell'errore medico, avrebbe dovuto essere compensato dall'onere di provare la rilevanza causale dell'errore stesso sulla produzione dell'esito infausto: quest'ultimo, infatti, configurandosi come conseguenza dannosa dell'inadempimento, avrebbe reso la *prova della causalità* come una questione afferente alla *prova del danno*; di conseguenza, anche la prova del nesso causale, così come quella del danno prodottosi, sarebbe dovuta gravare sul paziente.

E' stato il mutamento di prospettiva in punto di qualificazione dell'obbligazione professionale del medico, la quale dall'essere "di soli mezzi" è stata configurata come "anche di risultato", a consentire un mutamento radicale di regime probatorio avente ad oggetto la causalità. L'attribuzione di tale onere al paziente si presentava infatti giustificata dalla natura dell'obbligazione del sanitario, considerata, per l'appunto, di soli mezzi, e dal tipo di inadempimento a lui imputabile, consistente soltanto nel porre in essere una condotta non conforme a diligenza, in tal modo afferendo la produzione dell'evento letale o peggiorativo della salute alla sfera del "danno".

Tuttavia, tale attribuzione non risulta più ragionevole alla luce della nuova fisionomia disegnata dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alle obbligazioni professionali. In particolare, essendo l'obbligazione del medico non più imperniata esclusivamente su di un dovere di diligenza ma, piuttosto, su di un dovere di "diligenza efficiente", tendente cioè ad un determinato risultato espressivo dell'interesse del paziente alla cura della propria salute e alla propria guarigione, è chiaro che l'esito letale o peggiorativo delle condizioni di salute di quest'ultimo, lungi dal concretizzare una circostanza estrinseca ed ulteriore rispetto all'inadempimento, quali risultano essere le conseguenze dannose oggetto

di prova da parte del creditore secondo quanto stabilito dall'art. 1223 c.c., ne rappresenta una componente intrinseca e strutturale. Di conseguenza, il nesso di causalità intercorrente tra l'errore medico e l'evento "morte", o tra l'errore medico e il peggioramento della salute, rientrerebbe a pieno titolo nella prova dell'inadempimento oggettivo, e da questa ne risulterebbe assorbito, con la conseguenza che il paziente risulterà gravato dell'onere di *allegazione* dell'errore medico così come della sua rilevanza causale rispetto alla produzione dell'esito infausto, secondo il criterio del "più probabile che non"; diversamente, una volta allegate tali circostanze, e una volta scattate le relative presunzioni, sarà il medico ad essere onerato di vincere quest'ultime, dimostrando, o l'inesistenza dell'errore, o che quest'ultimo, sia pure esistente, non sia stato la causa "più probabile che non" dell'evento dannoso.

4) Precisazioni in tema di nesso di causalità e ulteriori profili di distinzione del regime giuridico della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale

L'accertamento del nesso di causalità materiale merita, sia pure sinteticamente, due ulteriori osservazioni, data la complessità dell'argomento e l'importanza di conoscere la posizione assunta in materia dalla nostra giurisprudenza.

In primo luogo, la regola del "*più probabile che non*" viene applicata non in termini assoluti, e cioè per il tramite di una rigorosa operatività del criterio del "50% più uno", ma in termini relativi⁹⁴. Ciò vuol dire che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica può condurre all'applicazione di percentuali anche più basse. Ovviamente, ciò

⁹⁴ Cass., 21 luglio 2011, n.15991.

presuppone sempre che il fattore causale dotato di una percentuale al di sotto del “50% più uno” esprima pur sempre, all’esito di un giudizio comparativo svolto alla luce della complessiva evidenza probatoria, una più alta probabilità, in termini di efficienza causale, rispetto a quella caratterizzante i fattori alternativi.

In secondo luogo, parte della dottrina e della giurisprudenza reputa insufficienti le regole operanti in punto di accertamento del nesso causale. Se è oramai assodato che in materia civile può giungersi esclusivamente ad un accertamento probabilistico della causalità, si sostiene comunque che è del tutto insoddisfacente l’alternativa tra esistenza o inesistenza del nesso e, pertanto, tra responsabilità o irresponsabilità. Il tema è quello della *multifattorialità*, il quale, se nel sistema penale è risolto a monte, nel senso della sua tendenziale irrilevanza ai fini dell’accertamento del nesso di causalità, ex art. 41, co.1, c.p, nel sistema civile non è invece espressamente disciplinato ed è, pertanto, suscettibile di essere oggetto di diverse interpretazioni.

Così, un primo orientamento che si sta facendo strada, seppure ancora minoritario, invoca la necessità che sia affidata al giudice la possibilità di “graduare” la responsabilità in conseguenza dell’adesione ad un modello di causalità c.d. *equitativo-proporzionale*. Ciò implicherebbe di frazionare la causalità materiale e di ascriverla al singolo contributo causale in proporzione alla propria rilevanza percentuale⁹⁵.

Un secondo orientamento, emerso anche in materia di responsabilità sanitaria, rigetta, invece, la prima impostazione. Esso⁹⁶ sostiene, in alternativa, che la responsabilità è “integrale”: si afferma, infatti, in base al criterio del c.d. “*all or nothing*”, che la causalità “o c’è o non c’è”, e se c’è, l’evento dannoso viene integralmente addebitato. L’unica norma che prevede un criterio di “riduzione” della causalità materiale, infatti, sarebbe

⁹⁵ Cass., 16 gennaio 2009, n. 975.

⁹⁶ Cass., 6 maggio 2015, n. 8995; Cass., 17 ottobre 2013, n. 23575; Cass., 12 giugno 2012, n. 9528; Cass., 21 luglio 2011, n. 15991.

quella prevista dall'art. 1227, co.1, c.c., concernente il “concorso del fatto colposo del creditore”: quest'ultima, però, avrebbe una natura del tutto eccezionale in quanto giustificata dalla non meritevolezza del risarcimento nei confronti di un soggetto creditore che abbia tenuto una condotta violativa del dovere di correttezza, anche su di lui incombente, ex art. 1175 c.c. Di conseguenza, in materia di responsabilità sanitaria, in adesione a tale ultimo orientamento, le condizioni patologiche pregresse del paziente non potrebbero ridurre il nesso di causalità materiale; esse, piuttosto, potrebbero rilevare sul diverso piano della causalità giuridica ai fini della quantificazione del danno risarcibile, ex art. 1223 c.c. In applicazione della *teoria differenziale del danno*, occorrerebbe cioè comparare la situazione pregiudizievole successiva all'errore medico e quella che ci sarebbe ugualmente stata in assenza dello stesso, così da non imputare all'errore le conseguenze pregiudizievoli non riconducibili all'evento di danno da quest'ultimo cagionato, ma ascrivibili ad altri fattori, quali sarebbero le condizioni pregresse del paziente.

Altro elemento di distinzione del regime giuridico della responsabilità contrattuale rispetto a quello della responsabilità extracontrattuale consiste nella *delimitazione dei danni risarcibili*. L'art. 1225 c.c., infatti, recita “*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*”. Com'è noto, tale disposizione, inserita nell'impianto normativo concernente la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 ss., non è invece richiamata nella norma di rinvio operante nel sistema della responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 ss. L'art. 2056 c.c., infatti, nello stabilire che “*Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227*”, omette del tutto il richiamo all'art. 1225 c.c, e, pertanto, ammette che in ambito

aquiliano il risarcimento del danno si estenda anche ai danni “non prevedibili”⁹⁷.

La *ratio* di tale diversità di regime sembra essere chiara: l’assunzione di un’obbligazione, tutta proiettata al soddisfacimento dell’interesse creditorio, avviene di regola in un momento diverso e anteriore rispetto a quello della sua estinzione, sia questa soddisfattiva o non soddisfattiva⁹⁸; è quindi possibile che il debitore abbia uno “*spatium deliberandi*” per effettuare una valutazione costi-benefici dell’impegno assunto e per prevedere i possibili danni discendenti dal suo inadempimento o ritardo. Quando un previo vincolo giuridico non sussiste, e quindi quando il rapporto obbligatorio (di contenuto risarcitorio) è solo conseguente alla violazione del principio del *neminem laedere*, la delimitazione dei danni risarcibili a quelli *prevedibili* non solo non è consentita dall’art. 2056 c.c. ma non è neanche materialmente possibile: non sussiste un momento anteriore all’incontro-scontro in cui è possibile valutare i vantaggi e gli svantaggi del comportamento pregiudizievole assunto, così come i danni che possono essere cagionati; il danneggiante è tenuto a risarcire tutti i danni arrecati, purché siano *conseguenza immediata e diretta* del fatto illecito, ex artt. 2056 e 1223 c.c.⁹⁹.

⁹⁷ Tuttavia, v. G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, per la quale l’art. 1225 c.c. esprimerebbe un principio generale, valevole anche per la responsabilità extracontrattuale.

⁹⁸ Sulla distinzione dei modi di estinzione delle obbligazioni “satisfattivi” e “non satisfattivi”, v. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, 2011.

⁹⁹ Com’è noto, nell’art. 1223 c.c. trova fondamento normativo un criterio di selezione delle conseguenze risarcibili, sia in materia contrattuale, che in materia extracontrattuale ex art. 2056 c.c. Una selezione, peraltro, necessaria: un sistema di responsabilità civile troppo rigoroso, che addossi a colui il quale ha causato l’evento lesivo tutte le conseguenze pregiudizievoli da esso derivanti, anche del tutto anomale, sarebbe disfunzionale, antieconomico e di ostacolo al normale svolgersi dei comportamenti dei consociati. Ebbene, nonostante il tenore letterale dell’art. 1223 c.c. limiti inequivocabilmente il risarcimento alle conseguenze “immediate” e “dirette”, la giurisprudenza ha ritenuto di allargare le maglie di tale disposizione (Cass. civ., 4 luglio 2006, n.15274; Cass. civ., 9 maggio 2000, n. 5913; Cass. civ., 1 dicembre 1998, n.12195). In un momento storico in cui si avvertiva l’esigenza di risarcire quelli che venivano chiamati danni “riflessi” o “da rimbalzo”, la giurisprudenza ha scelto di utilizzare, non tanto il criterio selettivo che fa leva sul carattere “diretto/indiretto-immediato/mediato” delle conseguenze risarcibili, ma piuttosto quello che fa leva sulla

Ancora, la disciplina della *mora* è diversa a seconda che si tratti della responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c., o di quella aquiliana, ex art. 2043 c.c.: mentre nel primo caso la mora è “*ex persona*”, ossia necessita di un atto di costituzione consistente in una intimazione o richiesta fatta per iscritto, ex art. 1219, co.1, c.c., nel secondo caso la mora è “*ex re*”, ossia non necessita di alcun atto di costituzione ma si produce automaticamente al verificarsi del fatto illecito, ex art. 1219, co.2, n.1, c.c.

Infine, per ciò che concerne l’*elemento soggettivo*, è noto che l’art. 2043 c.c. esige, affinché possa sorgere l’obbligo risarcitorio, che il fatto illecito sia quantomeno *colposo*. Sul fondamento della responsabilità contrattuale, invece, molto si è dibattuto¹⁰⁰: la teoria soggettiva fonda la responsabilità da inadempimento sulla colpa, ossia sulla inosservanza della normale diligenza, ed esige quindi che la mancata o inesatta prestazione possa qualificarsi come “*imputabile*”¹⁰¹; la teoria oggettiva, invece, si sostanzia nella considerazione secondo la quale l’inadempimento è dato dalla sola mancata esecuzione materiale della prestazione, rilevando la colpa esclusivamente quale criterio di imputazione della causa di esonero dalla

loro “normalità” e “prevedibilità”. Infatti, se la *ratio* della disposizione è quella di evitare disincentivi all’azione, ciò che è del tutto anomalo e imprevedibile, e lo è oggettivamente in base ad un criterio di normalità e secondo il parametro dell’uomo medio, non può essere addossato a colui il quale ha cagionato l’evento lesivo. Sulla scorta di tali considerazioni, si era così giunti ad ammettere la risarcibilità dei danni sofferti dai congiunti della vittima “immediata”, posto che, secondo un criterio di normalità sociale, ciascun individuo vive in una rete di relazioni economiche ed affettive e, pertanto, risulta socialmente normale che subisca, in conseguenza della lesione sofferta dal prossimo congiunto, pregiudizi di natura patrimoniale e non patrimoniale. La successiva evoluzione di questa vicenda interpretativa ha poi portato a mettere in questione la categoria del danno “da rimbalzo” (Cass., S.U, 1 luglio 2002, n. 9556), ma ha però lasciato in piedi l’interpretazione “creativa” dell’art. 1223 c.c. Il risultato è che il giudice può condannare il danneggiante/debitore al risarcimento dei danni di natura anche *mediata* e *indiretta*, purché non si tratti di danni del tutto anomali, eccezionali ed imprevedibili.

¹⁰⁰ G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Riv. dir. civ., 1918; L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig)*, Enc. dir. XXXIX, Milano, 1988; C.A. Cannata, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi* (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942), Riv. trim. dir. proc. civ., 1981; M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 2012; S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, p. 35 ss., cit.; F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 2011.

¹⁰¹ Secondo tale impostazione, occorre valorizzare il disposto dell’art. 1176 c.c. alla luce del quale deve leggersi l’art. 1218 c.c.: il debitore può considerarsi inadempiente, ex art. 1218 c.c., solo se ha violato il dovere di diligenza, ex art. 1176 c.c.

responsabilità, ossia della *impossibilità sopravvenuta* della prestazione medesima¹⁰².

Pertanto, per ciò che concerne il rapporto medico-paziente, l'applicazione del regime della responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c, anziché di quello della responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c, e l'accoglimento di una impostazione oggettivistica, alleggerisce di molto, ancora una volta, la posizione del paziente-attore: quest'ultimo è tenuto ad allegare l'inadempimento, di per sé sufficiente ai fini della configurazione della responsabilità; il medico, per liberarsi, è tenuto a dimostrare che la mancata guarigione o l'aggravarsi delle condizioni di salute sono dipese da un fattore esterno a lui non imputabile.

5) Ancora sulla figura dell'obbligazione senza prestazione

Autorevole dottrina afferma, in uno dei monumenti della bibliografia italiana in materia di responsabilità, che vi è *“un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e*

¹⁰² A tal proposito, v. S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, p. 43-44, cit., il quale afferma che *“il sindacato di inadempimento o di inesattezza è di per sé sufficiente a dare la stura ai rimedi “contrattuali”, ivi incluso il risarcimento del danno quale effetto di responsabilità, senza la necessità di verificare anche l'imputabilità di tale inadempimento, il quale è per definizione imputabile al debitore, a meno che questi non fornisca la prova di un fatto di impossibilità della prestazione, questo sì, a lui non imputabile. Se la ragione pratica che, per lo meno nel diritto italiano, ha condotto all'introduzione della colpa nella fattispecie della responsabilità contrattuale o all'accreditamento di figure arzigogolate come quella dell'inadempimento imputabile consiste nell'attenuare il rigore che trasuda dall'art. 1218 c.c., a causa della fissazione della soglia di esonero dalla responsabilità nell'impossibilità imputabile, ecco allora che quell'esigenza è ormai venuta meno grazie all'attenuazione del concetto di impossibilità dall'originaria connotazione oggettiva e assoluta all'attuale morfologia oggettiva e relativa”*.

soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda. Ascriverle alla responsabilità contrattuale sembra frutto di una enfaticizzazione, e ricondurle a quella extracontrattuale si rivela un impoverimento. Esse appaiono giuridicamente più pregnanti del semplice rapporto obbligatorio di risarcimento del danno al quale si riduce quest'ultima e però meno articolate del rapporto obbligatorio incentrato sulla prestazione".¹⁰³

Queste parole mostrano come vi sia stata una presa di consapevolezza nella dottrina italiana sulla sussistenza di ipotesi in cui, ancor prima del danno cagionato da un soggetto ad un altro, si instauri una qualche forma di relazione, priva tuttavia del *proprium* della obbligazione, quale sarebbe la prestazione. Il passo ulteriore è stato quello di ammettere che sempre di obbligazioni, comunque, debba parlarsi, sia che esse sorgano in concomitanza all'obbligo principale di prestazione, consentendone l'attuazione e tutelando interessi ulteriori, sia che esse sorgano ed esistano in via autonoma, senza accompagnare alcun obbligo primario di prestazione. In particolare, con riferimento al primo fenomeno, si sostiene che l'obbligazione non possa essere più pensata come un semplice rapporto caratterizzato, ai due estremi, da un debito e da un credito: la buona fede, nello svolgimento della sua funzione "integrativa", attribuirebbe invero all'obbligazione una complessità strutturale tale da affiancare all'obbligo principale di prestazione, espressamente dedotto e previsto dalle parti, una costellazione di obblighi ulteriori, tesi alla tutela di interessi anche non patrimoniali facenti capo alla parte contrattuale, od anche a soggetti terzi, qualificati quest'ultimi da uno specifico legame con la parte stessa. Pertanto, dall'innesto degli obblighi di protezione in seno ad un rapporto obbligatorio complesso, deriverebbe la loro attrazione alla disciplina di quest'ultimo, integrando la violazione dei primi niente di diverso da un inadempimento vero e proprio ex art. 1218 c.c. Con riferimento al secondo fenomeno, invece, sarebbe l'affidamento riposto da un soggetto nei

¹⁰³ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit.

confronti dello *status* dell'altro a far entrare in gioco la regola della buona fede: quest'ultima, infatti, da imperativo di carattere generale, finirebbe per concretizzarsi in una serie di obblighi ulteriori, volti alla protezione-conservazione della sfera giuridica altrui.

Suole parlarsi genericamente, pertanto, dei c.d. obblighi di protezione¹⁰⁴, i quali, sia nella loro versione "accessoria" sia in quella "autonoma", troverebbero la loro fonte nella legge (nella misura in cui essa sancisce il dovere di buona fede) e la cui violazione darebbe la stura ad un regime di responsabilità contrattuale, ex artt. 1218 ss. c.c. Tale ultima affermazione, peraltro, non sarebbe altro che la conseguenza di un dato reale: gli obblighi di protezione si sostanziano in doveri di comportamento volti alla tutela di interessi diversi e ulteriori rispetto all'interesse creditorio di cui all'art. 1174 c.c. (ossia l'interesse verso cui tende la prestazione), ma facenti capo pur sempre a soggetti determinati. La responsabilità extracontrattuale, invece, presuppone l'assenza di un previo vincolo giuridico e di specifici doveri di comportamento tra soggetti determinati, essendo la stessa consequenziale esclusivamente alla lesione, arrecata dal "passante", di una posizione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

In particolare, la figura degli obblighi di protezione "autonomi", e quindi non legati ad un obbligo primario di prestazione, è stata teorizzata in origine con riferimento alla *culpa in contrahendo*¹⁰⁵: sui soggetti che si trovano nella situazione di "trattative" grava infatti un dovere di correttezza e buona fede, ex art. 1337 c.c., dovere il quale è in grado di generare obblighi di protezione della sfera giuridica altrui, obblighi di protezione che, a loro volta, proprio perché operanti prima della stipula di un contratto

¹⁰⁴ La teorica degli obblighi di protezione venne elaborata innanzitutto in Germania, per cui si veda J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, in Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1989, p. 18 ss. In Italia, C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in Enc. Giur. Treccani, cit.; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit.; L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, Eur. dir. priv., 1, 2014; F. Venosta, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, Eur. dir. priv., 1, 2014; A. Di Majo, *L'obbligazione "protettiva"*, Eur. dir. priv., 1, 2015.

¹⁰⁵ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm., 1956, II.

e anche a prescindere dal fatto che questo venga davvero concluso, sono stati qualificati come obbligazioni “senza prestazione”¹⁰⁶. La natura contrattuale o da inadempimento della responsabilità derivante dalla violazione di tali obblighi precontrattuali, così, discende dal fatto che la relazione, sorta con la finalità di addivenire alla stipula di un contratto, è governata dall’imperativo della buona fede, il che è “*indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio...*”¹⁰⁷. Quest’ultimo, infatti, trova la sua fonte in un fatto idoneo a produrlo in conformità all’ordinamento giuridico, il quale si sostanzia nell’affidamento nutrito da una parte nei confronti dell’altra.

In un secondo momento, la categoria dell’obbligazione senza prestazione è stata generalizzata, sulla scorta della considerazione secondo la quale la responsabilità precontrattuale si configurerebbe solo come una *species* del più ampio *genus* della responsabilità “da violazione dell’affidamento”: si è preso atto, cioè, che sussistono altre ipotesi diverse dalle trattative precontrattuali e, ciò nonostante, caratterizzate anche queste da una “relazione” tra soggetti determinati, ossia da un contatto sociale qualificato dall’affidamento e dall’imperativo della buona fede. Così, alla *culpa in contrahendo* sono state accostate una serie di altre fattispecie, tutte

¹⁰⁶ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14 (München 1987), 104 s.; C. Castronovo, *L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Scritti in onore di L. Mengoni, Milano, 1995, p. 147 ss., ora in *La nuova responsabilità civile*, cit.; A. Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in Corr. giur., cit.; S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; A. Thiene, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, p. 168 s.; L. Manna, *Le obbligazioni senza prestazione*, in Trattato delle obbligazioni, dir. da L.Garofalo e M.Talamanca, III, Padova, 2010, p. 3 s.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 675 s. La categoria dell’obbligazione senza prestazione è stata sottoposta, per varie ragioni, a revisione critica da M.F. Corsi, *L’eredità dell’actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008; E. Navarretta, *Riflessioni in margine all’ingiustizia del danno*, Liber Amicorum per Francesco Busnelli, I, Milano, 2008; A. Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in Corr. giur., cit.; A. Di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, nota a Cass. sez. un. 26/6/2007, n. 14712, Corriere giur. 2007, 1706 s. A tali critiche risponde C. Castronovo, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in Europa e dir. priv., fasc.3, 2009, pag. 679 ss.

¹⁰⁷ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit.

caratterizzate dal dato comune della violazione di obblighi informativi¹⁰⁸, fino ad inglobare ipotesi non necessariamente legate alla violazione di obblighi di tale natura, quale *in primis* quella sopra analizzata dell'operatore sanitario-dipendente presso una struttura ospedaliera.

È noto, infatti, che, sebbene il settore della responsabilità medica possa considerarsi senza dubbio *la culla* del principio della responsabilità da contatto sociale¹⁰⁹, il diritto vivente a tal riguardo formatosi si è notevolmente diffuso in svariati settori del diritto civile, così come del diritto amministrativo¹¹⁰. Suole parlarsi, infatti, di “contrattualizzazione della responsabilità aquiliana”, proprio al fine di sottolineare come la giurisprudenza, tramite l'accoglimento della figura del contatto sociale, abbia di fatto consentito il passaggio di talune fattispecie dalla norma cardine in materia di responsabilità aquiliana, ossia l'art. 2043 c.c., a quella operante in materia di responsabilità contrattuale o da inadempimento, ossia l'art. 1218 c.c.¹¹¹.

Così, una prima ipotesi è quella della responsabilità del dipendente scolastico nel caso in cui l'alunno procuri danni a sé stesso¹¹²: a tal

¹⁰⁸ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit., afferma che “Le fattispecie sono: le informazioni erronee fornite da un professionista al di fuori dell'adempimento di un'obbligazione avente tale oggetto; una fattispecie particolare della precedente, costituita dalle informazioni ricavabili da un prospetto riferito alla situazione finanziaria di una società e a un'operazione di investimento che la riguarda; la ricognizione-informazione ingannevole formulata da un professionista su incarico di un cliente e comunicata a un terzo che su di essa fonda un affidamento che risulta deluso”.

¹⁰⁹ Così si esprime F. Busnelli, nel saggio *Azioni risarcitorie e “principi giurisprudenziali”* cit., in seno al quale l'A. fa una carrellata di quelli che lo stesso definisce “principi giurisprudenziali”, ossia principi elaborati e imposti dalla nostra giurisprudenza di legittimità, tra i quali principi rientrerebbe quello della responsabilità “da contatto sociale”.

¹¹⁰ M. Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 09, 1693.

¹¹¹ Sulla linea evolutiva che ha interessato la responsabilità civile, si veda Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, la quale fa un efficace *excursus* di tutti quei settori che sono stati investiti, correttamente, dalla figura del contatto sociale, per poi affermare come anche la responsabilità precontrattuale (nel caso specifico, della PA) sia da qualificare come “contrattuale” o “da contatto sociale qualificato”.

¹¹² T. Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il «contatto sociale» in ambito scolastico*, in *Danno e resp.*, 2006, 1084; A. Menini, *I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*, in

riguardo, infatti, la giurisprudenza di legittimità esclude la riconducibilità della stessa nell'alveo dell'art. 2048 c.c e riconosce, invece, la natura contrattuale della responsabilità medesima in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione di sorveglianza gravante sull'insegnante¹¹³. Il percorso argomentativo parte dalla premessa che un vero e proprio contratto venga stipulato, in via di fatto, tra i genitori e l'istituto scolastico nel momento in cui la domanda di iscrizione viene accolta e l'alunno ammesso a scuola; da tale rapporto negoziale discenderebbe, in capo all'istituto, un dovere di sorvegliare sulla sicurezza ed incolumità dell'alunno nel corso delle ore trascorse dallo stesso in seno all'istituto. Diversamente, invece, nessun contratto consacrerrebbe il rapporto intercorrente tra l'alunno e l'insegnante. Tuttavia, esattamente come nel caso del rapporto medico-paziente, tra l'insegnante e l'allievo si instaurerebbe comunque un rapporto giuridicamente rilevante, ossia un contatto sociale qualificato dall'affidamento nutrito dall'allievo (e dai genitori) nei confronti dello *status* professionale dell'insegnante. Di conseguenza, sembra naturale che nasca da tale contatto, ex art. 1173 c.c., uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, la cui violazione altro non sarebbe che un inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c.¹¹⁴.

Nuova giur. civ., 2007, I, 363; A. Querci, *Responsabilità dell'insegnante e del ministero della pubblica istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso: l'estensione del dovere di vigilanza*, in Nuova giur. civ., 2010, I, 1162; V. Carbone, *Responsabilità della scuola e dei genitori: le attuali svolte interpretative*, in Diritto e giurisprudenza commentata, 2013, 32 s.

¹¹³ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in Giur. it., 2003, p. 446 s., secondo la quale “nel caso di danno arrecato dall'allievo a se stesso, appare più corretto ricondurre la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c, bensì nell'ambito della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.”

¹¹⁴ In tali termini si pronuncia oramai costantemente la giurisprudenza di legittimità. Si veda, ad esempio, Cass., 3 marzo 2010, n. 5067, secondo la quale “Nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che -quanto all'istituto scolastico- l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in

Un'altra ipotesi in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura del contatto sociale ha riguardato la responsabilità della banca in conseguenza del pagamento di assegni nominativi a persone diverse dai titolari¹¹⁵. In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno invocato la responsabilità contrattuale della banca, in quanto fondata sulla violazione di un rapporto obbligatorio, sia pure senza prestazione, e quindi su un contatto sociale qualificato dall'affidamento riposto dal cliente nello *status* professionale dell'operatore della banca medesima¹¹⁶.

Ancora, la responsabilità da contatto sociale sembra avere investito anche la materia societaria: le norme che regolano l'attività degli amministratori sarebbero applicabili, infatti, non solo a quei soggetti che hanno assunto l'incarico nelle forme stabilite dalla legge, ma anche a coloro i quali, sia pur privi di alcuna investitura da parte dell'assemblea, si siano di fatto inseriti nella gestione della società¹¹⁷.

tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che -quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico- tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona; ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicchè, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante", in Giust. civ., 2011, I, 2931.

¹¹⁵ In particolare, l'art. 43 l. assegni statuisce che "Colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal predatore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento".

¹¹⁶ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, secondo la quale "la professionalità del banchiere si riflette necessariamente sull'intera gamma delle attività da lui svolte nell'esercizio dell'impresa bancaria, e quindi sui rapporti che in quelle attività sono radicati: giacché per lo più si tratta di rapporti, per così dire, asimmetrici, per la corretta attuazione dei quali il banchiere dispone di strumenti e di competenze che normalmente gli altri soggetti interessati non hanno. Dal che appunto dipende, per un verso, l'affidamento di tutti gli interessati nel puntuale espletamento, da parte del banchiere, dei compiti inerenti al servizio bancario e, per altro verso, la specifica responsabilità in cui il banchiere medesimo incorre nei confronti di coloro che con lui entrano in contatto per avvalersi di quel servizio, ove, viceversa, egli non osservi le regole al riguardo prescritte dalla legge", in Corr. giur., 2007, p. 1706 s., con nota di A. Di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

¹¹⁷ Si veda Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in Corr. giur., 1999, 1396, con nota di A. Perrone, *Un revirement della cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto*.

Anche settori in cui la giurisprudenza di legittimità era originariamente molto restia all'impiego della teoria del contatto sociale sono stati di recente "aperti" a letture in chiave di responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. Si pensi alla responsabilità precontrattuale che, paradossalmente, per autorevole dottrina è sempre stata il più chiaro esempio di fenomeno attratto alle categorie dell'obbligazione senza prestazione e del contatto sociale¹¹⁸, o comunque l'unico caso espressamente codificato dal nostro legislatore nell'art. 1337 c.c. e, per converso, per la giurisprudenza di legittimità, una responsabilità qualificabile necessariamente in termini aquiliani¹¹⁹. Tuttavia, preso atto dell'estensione del campo applicativo della responsabilità precontrattuale al di là dell'ipotesi prevista dall'art. 1338 c.c.¹²⁰, e assunta consapevolezza, quindi, della possibilità che di tale responsabilità si tratti anche quando un contratto non venga stipulato affatto, anche la Suprema Corte è pervenuta di recente alla conclusione secondo la quale la responsabilità precontrattuale trovi la sua disciplina giuridica nell'art. 1218 c.c.¹²¹. Infatti, sebbene tale forma di responsabilità non sottenda la violazione di un rapporto contrattuale vero e proprio, essa non esprime neanche la mera risposta

¹¹⁸ V. nota 105.

¹¹⁹ La *ratio* di tale orientamento poggiava sull'assunto secondo il quale il dovere di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c. non andasse letto come uno specifico dovere gravante su una parte nei confronti di un altro soggetto determinato, ma come espressivo di un più generale interesse superindividuale dell'ordinamento, concernente la corretta esplicazione della libertà contrattuale.

¹²⁰ Tale estensione è avvenuta, da un lato, valorizzando l'ampia portata dell'art. 1337 c.c. in quanto capace di ricoprire le ipotesi di "recesso ingiustificato dalle trattative", ove queste abbiano raggiunto una intensità tale da far sorgere nella controparte il legittimo affidamento sulla stipula del contratto; dall'altro, valorizzando la forza attrattiva dell'art. 1440 c.c. in materia di dolo incidente, in quanto capace di regolare anche le ipotesi dei c.d. "vizi incompleti della volontà", ossia di tutti quei casi in cui si pervenga alla stipula di un contratto valido ma attraverso l'assunzione di comportamenti scorretti e abusivi.

¹²¹ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438 e Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012, n. 2, 153 s., con nota di V. Carbone, *Il contatto sociale allontana la responsabilità precontrattuale da quella aquiliana*. Peraltro, la soluzione sposata da tali pronunce della S.C. rappresenta un importante traguardo anche per il contesto in cui la medesima è stata adottata, ossia quello della responsabilità della Pubblica amministrazione nell'ambito dei rapporti negoziali instaurati con soggetti privati: infatti, fermo il dovere di perseguire al meglio l'interesse pubblico, e ferma la legittimità degli atti adottati dalla stessa a tal fine, anche sulla PA graverebbe un generale dovere di buona fede e correttezza nei confronti dei privati stessi e, di conseguenza, in caso di sua violazione, un vero e proprio dovere risarcitorio a favore di quest'ultimi.

risarcitoria dell'ordinamento alla violazione del generico principio del "neminem laedere"¹²²: la responsabilità precontrattuale sarebbe comunque espressiva della rottura di una specifica relazione intercorrente tra soggetti determinati, e preesistente alla responsabilità stessa, il cui nucleo fondamentale sarebbe costituito da una obbligazione *ex lege* di buona fede; tale obbligazione discenderebbe direttamente dall'art. 1337 c.c., la cui violazione integrerebbe nulla di diverso da un vero e proprio inadempimento ex art. 1218 c.c. A conferma di questo orientamento, peraltro, graviterebbe la stessa disciplina della responsabilità per inadempimento, la quale, come accennato, non sembra affatto presupporre sempre e comunque l'esistenza di un contratto ma, al contrario, sembra fondarsi esclusivamente sul mero fatto "dell'inadempimento delle obbligazioni", così come intitolato il Capo III del Libro IV del codice civile.

¹²² Anche recentemente, Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., la quale ha ratificato l'orientamento ormai dominante in giurisprudenza e in dottrina: *"Le considerazioni svolte dalla dottrina e recepite dalla massima parte della giurisprudenza hanno, invero, evidenziato che l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi "culpa in contrahendo" solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti. Ne discende che la responsabilità per il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del neminem laedere, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale. Certo, può obiettarsi - ed una parte minoritaria della dottrina lo ha fatto - che anche l'investimento di un pedone, uno scontro tra veicoli, un atto violento che produca una lesione, danno vita ad un contatto sociale, possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale, meno gravosa per il danneggiante. Ma l'obiezione, incentrandosi sulla considerazione del contatto sociale semplice, non coglie il proprium della responsabilità in parola, nella quale il contatto sociale tra sfere giuridiche diverse deve essere "qualificato", ossia connotato da uno "scopo" che, per il suo tramite, le parti intendano perseguire."*

6) Critiche all'ascesa del contatto sociale

Le considerazioni che precedono mostrano chiaramente come la figura del contatto sociale e il regime giuridico che ne consegue in punto di responsabilità siano divenuti, nel nostro ordinamento, *ius receptum*.

Non è mancato, però, chi¹²³ ha fortemente criticato il ramificarsi di tale figura, considerando l'utilizzo della stessa, più come una "moda" che come una necessità. In particolare, il percorso argomentativo utilizzato dall'autore cui si rinvia parte da un'analisi comparatistica, ossia dall'analisi dell'ordinamento tedesco, per giungere ad affermare che "*viene in modo oggi praticamente unanime escluso che un semplice contatto sociale possa essere considerato fonte di obbligazioni..*"¹²⁴. L'A., infatti, ritiene che si assiste, proprio in quella che è stata la patria del contatto sociale e degli obblighi di protezione, ad un cambio di rotta notevole, orientato verso un restringimento dell'area ricoperta prima da quest'ultimi, tale da dover spingere anche la dottrina e la giurisprudenza italiana a fare un passo indietro. Alla luce del dato normativo risultante dall'ordinamento tedesco, infatti, la tutela che potrebbe sorgere da un semplice contatto sociale di natura non negoziale sarebbe quella extracontrattuale, in quanto "*un contatto sociale può costituire fonte di obbligazioni soltanto per il tramite di una base negoziale o normativa*". E questa dovrebbe essere la strada, sempre secondo l'A., che anche il sistema italiano dovrebbe percorrere: di regola, viene invocato l'art. 1173 c.c quale norma in grado di attribuire cittadinanza al contatto sociale, nella misura in cui tra le fonti delle obbligazioni si rinvia ad "altri atti o fatti" idonei a produrle secondo

¹²³ A. Zaccaria, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in Riv. dir. civ., 2013, I, p. 77 ss.; Idem, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, Riv. dir. civ., 2015, 344 s.

¹²⁴ Cfr. A. Zaccaria, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, cit., in cui l'A. analizza la nuova formulazione del 311 BGB quale sede normativa degli unici obblighi di protezione capaci di far sorgere responsabilità contrattuale.

l'ordinamento giuridico; tuttavia, *“in nessun luogo dell'ordinamento si parla del contatto sociale quale possibile fonte di obbligazioni”*.

A tali critiche replica la dottrina cui si deve l'ingresso nel nostro ordinamento della figura del contatto sociale¹²⁵: quest'ultima sostiene che, anche a volere ammettere che in Germania si stia assistendo ad un cambio di rotta in materia, cosa che peraltro non sarebbe affatto così scontata, non si vede perché i giuristi e i giudici italiani dovrebbero ciecamente seguire la strada dei colleghi tedeschi¹²⁶. E al proclamato rischio che la responsabilità extracontrattuale venga cancellata in conseguenza dell'accoglimento della figura del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione¹²⁷, viene replicato che ciò deriverebbe esclusivamente da un erroneo inquadramento della stessa. Per apprezzarne tutte le potenzialità, invero, occorrerebbe individuare il criterio identificativo del contatto sociale “rilevante” (così da distinguerlo dai “meri” contatti sociali), criterio identificativo che andrebbe rinvenuto nello *scopo* cui le parti in contatto tendono: è lo scopo, infatti, a *qualificare* il contatto sociale e a giustificare quell'affidamento reciproco dal quale gli obblighi di protezione traggono origine. Inoltre, rispetto all'erroneo richiamo all'art. 1173 c.c., e alla connessa tesi secondo cui in

¹²⁵ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit.

¹²⁶ C. Castronovo, in *L'eclissi del diritto civile*, pag. 137 s., afferma infatti che *“Comunque il nuovo testo del 311 BGB costituisce diritto positivo nell'ordinamento germanico, che fino a prova contraria non è il nostro. Che perciò in Germania la dottrina si sarebbe ravveduta, limitando la rilevanza del contatto sociale all'ambito propriamente precontrattuale o anche ai rapporti di cortesia in conseguenza della disciplina nuova, non può riguardare l'esperienza italiana la quale, pur muovendo dalla categoria dogmatica di origine tedesca del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, l'ha rielaborata, in relazione a un dato positivo non identico, con la precisa consapevolezza della maggiore capacità di essa rispetto alle sole fattispecie precontrattuali. Se dunque in Italia la giurisprudenza ha ritenuto persuasivo ciò che la dottrina era venuta elaborando, il preteso mutamento di rotta che si sarebbe verificato in Germania per la sola ragione di un dato positivo che vorrebbe limitata la rilevanza del contatto sociale alla fattispecie precontrattuale può essere riputato del tutto indifferente”*.

¹²⁷ A. Zaccaria, in *La resistibile ascesa del contatto sociale*, cit., afferma infatti che *“...se fosse vero che pure un contatto sociale è già di per sé in ogni caso idoneo a fare sorgere un obbligo di protezione, anche un incidente automobilistico potrebbe finire per essere classificato come contatto sociale possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale: e percorrendo questa via si potrebbe progressivamente giungere alla inaccettabile conseguenza di cancellare la responsabilità extracontrattuale...”*

alcun modo l'ordinamento giuridico richiamerebbe il contatto sociale quale fonte di obbligazioni, si risponde che invece almeno un caso di positivizzazione dello stesso esiste: il codice civile del 1942 disciplina espressamente, infatti, la responsabilità precontrattuale, la quale è conseguenza, durante le trattative, di un comportamento violativo della regola di buona fede, ex art. 1337 c.c.; buona fede che dà vita ad obblighi di protezione in ragione dell'affidamento che le parti nutrono sin dal momento delle trattative e anche a prescindere dalla conclusione, poi, di un contratto. Pertanto, si potrebbe parlare “o di applicazione analogica della disciplina sulle trattative e la responsabilità contrattuale, o, una volta acclarato, proprio sulla scorta dell'art. 1337, che il rapporto obbligatorio è tale anche quando manchi l'obbligo di prestazione, di obbligazione che, secondo l'art. 1173 nasce in esito a un altro atto o fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico: l'identità di natura dei rapporti da contatto sociale qualificato e di quello precontrattuale è infatti base più che sufficiente per consentire di affermare che la legge, alla stregua di quest'ultimo, consente il sorgere di altri rapporti obbligatori sulla base di elementi di fatto di pari natura”¹²⁸.

Ancora, è diffusa l'idea che il contatto sociale sia nato, esclusivamente, per dare risposta ad esigenze di giustizia sostanziale: la posizione del paziente rispetto a quella del medico era notevolmente svantaggiata, ed ecco che la dottrina e la giurisprudenza hanno importato una figura nata in Germania per consentire una maggiore tutela al primo. Lo squilibrio del rapporto a favore del medico, così come la centralità dell'atto medico attorno al quale ruotava l'intero sistema della responsabilità sanitaria¹²⁹, hanno portato a

¹²⁸ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit., pag.146.

¹²⁹ E' noto che la visione originaria di tale materia era essenzialmente ridotta, da un punto di vista soggettivo, alla figura del medico e, da un punto di vista oggettivo, all'atto medico. Questa la ragione dell'originaria locuzione “responsabilità medica”, da tempo invece sostituita dalla locuzione “responsabilità sanitaria”: quest'ultima, infatti, è significativa di un'area di interesse di maggiore ampiezza, per nulla riducibile alla figura del medico e agli atti che quest'ultimo è tenuto a compiere. In tal senso, G. Alpa, *La responsabilità medica*, in Resp. civ. prev., 1999, 315, secondo il quale, lungi dall'essere la responsabilità sanitaria il risultato di una sommatoria degli atti dei vari medici, è piuttosto espressione di un insieme di rapporti di diversa natura, di tipo diagnostico,

ritenere che fosse “giusto” cambiare le cose, e quindi trovare un meccanismo che consentisse di poter parlare di responsabilità “contrattuale” anziché extracontrattuale, spostando così il rischio della causa ignota sul medico-debitore.

In realtà, la figura del contatto sociale non è stata importata e poi modellata e adattata nel nostro ordinamento per esigenze di giustizia sostanziale. O meglio, tali esigenze sono di certo subentrate, ma in seconda battuta, come un motivo in più per accogliere con favore la figura. Il contatto sociale, infatti, lungi dall’essere una finzione giuridica introdotta al solo scopo di tutelare chi, in un determinato momento storico, merita di godere del regime più vantaggioso della responsabilità contrattuale, è “fotografia” del reale. Che vi siano “relazioni” giuridicamente rilevanti e preesistenti al momento patologico del “danno” è un dato di fatto; e che queste non possano sfociare, in caso di loro “fallimento”, nella disciplina della responsabilità extracontrattuale (o del “passante”), ne è semplicemente una naturale conseguenza. Pertanto, si tratta di rispettare esattamente il dato reale: non può parlarsi di contratto se questo non è stato espressamente o tacitamente stipulato, ma neanche ci si può accontentare del “non-rapporto” che la disciplina della responsabilità extracontrattuale presuppone.

A questo punto, inquadrato il tema della responsabilità sanitaria, e una volta messa in evidenza l’evoluzione che lo ha riguardato in punto di regime applicabile prima e dopo la svolta risalente alla sentenza della S.C n. 589/1999, pare opportuno proseguire, nel secondo capitolo, con la disciplina vigente. Come si è accennato, infatti, il rapporto medico-paziente, così come il contesto socio-economico in cui lo stesso si sviluppa, è cambiato a tal punto da far ritornare di grande attualità il problema della natura giuridica della responsabilità sanitaria. E questa è la ragione che ha

terapeutico, preventivo, ospedaliero, chirurgico, estetico, assistenziale. Dunque, l’utilizzo di una locuzione più omnicomprensiva, e quindi l’utilizzo dell’espressione “attività sanitaria” piuttosto che “prestazione medica”, rende l’idea della complessità dei rapporti che il paziente si trova ad instaurare, tutti orientati verso la realizzazione di un corretto trattamento sanitario e, pertanto, alla sua cura.

portato persino il nostro legislatore, in un contesto in cui per decenni ha regnato sovrana la giurisprudenza di legittimità, ad intervenire espressamente in materia.

CAPITOLO II

LEGGE BALDUZZI E CRISI DELL'ORIENTAMENTO CONSOLIDATO

1) La legge Balduzzi, la sua *ratio* e la situazione in cui si è innestata

Come già anticipato, l'impegno profuso dalla giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria ha fatto sì che la stessa venisse a delinearsi come un vero e proprio "micro-sistema" di responsabilità civile, divenuto financo la *species* per eccellenza della *machinery* rimediale *in tort*.

Tuttavia, il tentativo di ovviare agli squilibri di un rapporto, tra il medico ed il paziente, fortemente sbilanciato a favore del primo, e ciò in ragione di una visione paternalistica del rapporto medesimo, ha avuto come effetto la creazione di un sistema fortemente sbilanciato (questa volta) a favore del secondo, con tutta una serie di conseguenze di natura socio-economica di carattere patologico.

In particolare, il fenomeno della medicina difensiva, nelle sue varianti "attiva" e "passiva", ha avuto gravi ripercussioni su svariati fronti, tra le quali un indebolimento delle tecniche di tutela del diritto alla salute, un impoverimento delle attività di ricerca in campo medico, e, soprattutto, una eccessiva contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio Sanitario Nazionale.

Peraltro, tale contrazione sembra essere stata la ragione principale che ha spinto il nostro legislatore ad intervenire espressamente in materia e, in tal modo, a prendere posizione su quegli aspetti che più avevano contribuito a provocare il fenomeno della medicina difensiva stessa.

L'intervento normativo cui in tale sede si fa riferimento è quello della c.d. Legge Balduzzi dell'8 novembre 2012¹³⁰. In particolare, l'art. 3 di tale legge, al comma 1, dispone che: *“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 risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Pare opportuno iniziare con tale disposizione perché sembra proprio che sia essa ad avere riaperto un forte dibattito in materia di responsabilità sanitaria. Mettendo per il momento in disparte i profili concernenti la responsabilità penale, infatti, il rinvio operato dal legislatore all'art. 2043 c.c. ha destato non poche perplessità tra gli studiosi della materia, i quali, invero, avevano avuto ben ragione di mettere una pietra sopra il tema della natura giuridica della responsabilità sanitaria.

Come è stato approfondito nel primo capitolo, infatti, era ormai consolidata l'opinione che il medico dipendente da una struttura ospedaliera rispondesse dei danni cagionati al paziente secondo le regole della responsabilità da inadempimento, ex art. 1218 c.c. Si comprende bene, allora, come il riferimento alla norma di fattispecie in punto di responsabilità civile, ossia all'art. 2043 c.c., possa avere riaperto la discussione sul tema, posto che la questione della natura giuridica della responsabilità non è di certo puramente teorica ma, al contrario, intrisa di forti implicazioni applicative.

Tuttavia, l'innovazione legislativa è stata del tutto apparente, e ciò non perché le intenzioni del legislatore non fossero “rivoluzionarie”. Anzi,

¹³⁰ Si tratta della legge n. 189 (G.U. 10 novembre 2011), che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, *“recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”*.

stante gli obiettivi prefissati dal legislatore stesso nella redazione del decreto, e poi della legge di conversione, potrebbe dirsi che fosse proprio la scelta in favore della responsabilità aquiliana l'obiettivo primario.

Ciò nonostante, per una serie di ragioni che verranno meglio approfondite fra breve, il tenore letterale dell'art. 3 non è riuscito a scalfire del tutto l'orientamento, oramai dominante, sulla natura contrattuale o da "contatto sociale" della responsabilità medica. Pertanto, se non fosse che il legislatore è di recente intervenuto nuovamente sull'argomento (con una legge che è in discussione in Senato e che stavolta non sembra lasciare spazio ad alcun dubbio interpretativo nel senso della natura extracontrattuale di tale responsabilità¹³¹), avremmo anche potuto beneficiare per una volta, paradossalmente, di un legislatore "maldestro"¹³², per potere affermare che, invero, nulla è cambiato. E cioè, responsabilità contrattuale era; responsabilità contrattuale rimane (o sarebbe rimasta, in assenza del nuovo disegno di legge), nonostante la legge Balduzzi.

Ma prima di considerare l'aspetto delle possibili interpretazioni attribuibili alla formulazione dell'art. 3 sopra citato, pare opportuno procedere con ordine e spiegare quale sia stata la *ratio* dell'intervento legislativo del 2012 e quale la situazione in cui lo stesso si è collocato.

Il decreto legge del 13 settembre 2012 n. 158 venne adottato in via d'urgenza, al fine di "*procedere al riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio Sanitario Nazionale, a seguito delle manovre di contenimento della spesa pubblica*"¹³³. Nella stessa Relazione illustrativa al decreto, infatti, emergeva chiaramente la finalità di limitare i costi pubblici e di arginare, a questo

¹³¹ Tale legge, non essendo ancora diritto vigente, verrà meglio approfondita nel terzo capitolo, intitolato per l'appunto *Quali prospettive per la responsabilità sanitaria*.

¹³² C. Castronovo, in "*L'eclissi del diritto civile*", cit., p.160-161, afferma che "*Se dunque l'intenzione legislativa dell'ultimo momento è stata quella di porre riparo alla medicina difensiva generata dalla preoccupazione della classe medica di evitare una responsabilità che è diventata quasi una moda in una società che non intende concedere nulla al caso mentre questo continua a farsi beffe di pretese scientifiche coltivate nell'illusione di neutralizzarlo, il modo è risultato maldestro*".

¹³³ Così come si legge nella premessa al decreto.

scopo, il fenomeno della medicina difensiva¹³⁴, “che determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull’aumento delle liste di attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie”.

Peraltro, gli obiettivi ben dichiarati in sede di decretazione d’urgenza erano evidentemente sembrati, in sede di conversione, perseguiti troppo debolmente con la formulazione originaria dell’art. 3 del d.l., dal momento che quest’ultimo in tale sede è stato notevolmente modificato¹³⁵.

In origine, infatti, nessun accenno era stato fatto all’art. 2043 c.c., statuendosi soltanto che “Fermo restando il disposto dell’art. 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie, il giudice, ai sensi dell’art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”. La legge di conversione, invece, interviene (almeno apparentemente) in maniera più incisiva, escludendo la responsabilità penale in caso di osservanza di linee guida e buone pratiche e di colpa lieve¹³⁶, richiamando l’art. 2043 c.c. quale norma di riferimento per la responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria, e, ancora, consentendo al giudice di ridurre il *quantum* risarcitorio nel caso in cui le linee guida e buone pratiche accreditate siano state rispettate.

Le ragioni di tale regime di favore sono date dal fatto che il contesto in cui interviene la legge Balduzzi è un contesto ritenuto come di “eccesso di responsabilità”, frutto di una evoluzione giurisprudenziale che, a partire

¹³⁴ V. nota 6.

¹³⁵ Il contenimento dei costi della sanità pubblica è un obiettivo che traspare bene anche dall’art. 3 *bis* (Gestione e monitoraggio dei rischi sanitari), anche questo frutto dell’opera di conversione: “Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell’ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l’analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi”.

¹³⁶ Sui risvolti della nuova formulazione dell’art. 3, legge Balduzzi, nel diritto penale, v. il paragrafo 4.

dalla presa di posizione in punto di regime giuridico applicabile, ha portato a fenomeni degenerativi. Come già segnalato nel primo capitolo, infatti, la qualificazione della responsabilità medica in termini “contrattuali” o “da contatto sociale”, qualificazione che comporta già di per sé l’applicazione di un regime giuridico più favorevole al paziente, è stata accompagnata da un “trend” giurisprudenziale particolarmente sensibile alle ragioni del paziente-attore¹³⁷. Tutto questo ha così portato ad un aumento esponenziale del contenzioso sanitario, gravante in ultima analisi sul bilancio pubblico e, conseguentemente, al diffondersi del fenomeno della medicina difensiva.

Si è così innescato un circolo vizioso, dal momento che le ragioni economiche legate all’eccesso di contenzioso hanno portato il personale medico ad un atteggiamento di forte chiusura¹³⁸, atteggiamento che, a sua volta, è andato ad incidere ancor più pesantemente (soprattutto se si considera il fenomeno della medicina difensiva “attiva”) sui costi del servizio sanitario nazionale. Il tutto a discapito, ovviamente, del diritto alla salute, che dovrebbe essere la stella polare dell’attività sanitaria e che diventa, invece, in tale contesto, un aspetto secondario, o meglio, un “interesse” meritevole di tutela solo se tale tutela sia compatibile con altre esigenze, come quelle “di cassa”¹³⁹.

¹³⁷ Si pensi ai profili dell’onere della prova, del nesso causale, del *dies a quo* della prescrizione, sui quali si veda più approfonditamente il capitolo I, par. 3 e 4.

¹³⁸ Spiega tale fenomeno, G. Ponzanelli, *L’applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 118: “*La concessione di un danno eccessivo a favore della parte danneggiata può specularmente determinare addirittura una paralisi e/o una cessazione dell’attività del danneggiante. Piuttosto che far fronte a risarcimenti potenzialmente eccessivi, il danneggiante può supporre che sia preferibile uscire dal mercato, cessando l’attività giuridica oppure, tutt’al più, ponendo in essere un’attività non rischiosa o che comunque limiti fortemente i rischi (nel caso della responsabilità medica si parla, a questo proposito, di c.d. “medicina difensiva”)*”.

¹³⁹ A tal proposito, v. V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, cit., p. 392, il quale critica apertamente la scelta legislativa del 2012 e afferma che “*In un’epoca di profonda crisi, di forte globalizzazione, ma anche di grandi trasformazioni sociali ed economiche, in un sistema mondiale sempre più asimmetrico non si può subordinare la tutela della salute a problemi di cassa; la riduzione dei costi, lo snellimento e la rapidità del contenzioso sanitario avrebbe potuto utilizzare strumenti snelli già esistenti, come l’intermediazione preventiva, o eventualmente anche l’arbitrato, senza interventi asistematici, con una leggina speciale solo per i medici del servizio sanitario*”.

Peraltro, un eccesso di responsabilità a carico del personale medico ha avuto una forte ricaduta anche sul mercato assicurativo¹⁴⁰, comportando un picco dei premi¹⁴¹ o, ancora peggio, il rischio per il personale stesso di non riuscire a reperire più delle idonee polizze assicurative¹⁴².

A tal proposito, infatti, due sono le osservazioni da fare in merito: dalla legge Balduzzi emerge che, da un lato, l'obbligo assicurativo grava esclusivamente sulla categoria medico professionale e non, invece, sulle strutture sanitarie, aspetto quest'ultimo criticato da chi¹⁴³ sottolinea il rischio che le strutture medesime rinuncino *a priori* a stipulare delle valide assicurazioni e facciano invece affidamento, esclusivamente, su quelle dei medici; dall'altro, che i destinatari dell'obbligo assicurativo non sono però le imprese assicuratrici, aspetto che rende concreta la possibilità che il medico si trovi sprovvisto di una copertura valida e completa. È per tale ultima ragione, probabilmente, che l'art. 3, co. 2, legge Balduzzi, prevede, per alcune categorie di rischio professionale, la istituzione di un fondo unico, così da consentire al medico non assicurato, o comunque in difficoltà per l'operatività, per esempio, di clausole *claims made*¹⁴⁴, di contare sul fondo medesimo.

¹⁴⁰ Sui rapporti tra responsabilità civile e contratto di assicurazione e, in particolare, sulla incidenza che la presenza di un tale contratto può avere sulla funzione della responsabilità civile nel nostro ordinamento, v. P. Corrias, *Responsabilità civile e contratto di assicurazione*, in Riv. di dir. civ., 3, 2011, p. 245 s.

¹⁴¹ La relazione illustrativa al d.d.l 8 luglio 2013, n. 1324, recante "Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario" ha messo in luce come negli ultimi 15 anni i premi assicurativi hanno subito un incremento del 200% e, ancora, che ogni anno la spesa per le assicurazioni in campo sanitario ammonta a 15 milioni di euro.

¹⁴² Si occupa di questo tema, M. Gazzara, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016.

¹⁴³ M. Hazan, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità*, in Danno e resp., 2013, I, il quale afferma "Potrà dunque accadere che gli enti e le aziende sanitarie, oggi più che in passato, potendosi appoggiare sulla copertura dei singoli medici, optino per non assicurarsi in proprio, ricorrendo a quei fenomeni di così detta autoassicurazione che hanno contraddistinto talune tra le più recenti esperienze regionali degli ultimi anni (si pensi al caso della Toscana)".

¹⁴⁴ Si tratta di clausole apposte con la finalità di restringere la copertura assicurativa solo ai danni denunciati nel periodo assicurato. A tal proposito, v. A. Antonucci e F. Moliterni, *Rischio ed assicurazione nell'attività sanitaria*, nel Trattato di Biodiritto, diretto da Rodotà e Zatti, *La responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere e Riondato.

Inoltre, è proprio nel senso di un'ottica di contenimento dei costi della responsabilità che sembra potersi leggere, unitamente al rinvio all'art. 2043 c.c., anche il richiamo, operato dall'art.3, co.3, della legge Balduzzi¹⁴⁵, alle tabelle del Codice delle assicurazioni private quali criteri di liquidazione del danno biologico valevoli per gli illeciti extracontrattuali. Infatti, più che volere fornire al giudice criteri di quantificazione obiettivi al fine di evitare sperequazioni risarcitorie causate da un cattivo uso del criterio equitativo di cui agli artt. 2056 e 1226 c.c., sembra che il legislatore, per il tramite dell'operatività di un sistema risarcitorio del danno biologico di tipo "tabellare", abbia voluto perseguire ulteriormente l'obiettivo del ridimensionamento della spesa pubblica.

E' noto, infatti, che il legislatore di regola non interviene *ex ante* in materia di determinazione del danno: la scelta del nostro ordinamento è stata normalmente quella di predeterminare solo dei criteri generali, quali sono quelli risultanti dagli artt. 1223, 1225, 1226, 1227, per poi affidare al singolo giudice il compito della quantificazione del danno in concreto. Pertanto, quando il legislatore interviene e si sostituisce al giudice, vuol dire che *"qualcosa non sta proprio andando bene nel territorio della responsabilità civile: che, cioè, il compito lasciato in prima battuta al giudice, non è stato assolto con successo"*¹⁴⁶.

Così, un eccesso di risarcimento può provocare un fenomeno di forte deterrenza rispetto all'esercizio di un'attività, quale l'attività sanitaria, che al tempo stesso può essere rischiosa e socialmente utile, e portare il legislatore a prendere posizione in via generale e astratta. La scelta normativa risalente alla legge Balduzzi sembra essere sorretta, infatti, dalla volontà di tagliare fuori il settore della responsabilità medica dall'ordinaria

¹⁴⁵ Tale articolo infatti recita *"Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo"*.

¹⁴⁶ G. Ponzanelli, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *La nuova giur. civ. comm.*, cit.

applicazione delle tabelle giudiziali¹⁴⁷, e di limitare il risarcimento del danno per il tramite dell'estensione di una disciplina già in vigore nel settore della r.c. auto. Con una precisazione però: il sistema della r.c. auto riguarda, in teoria, sia le lesioni di non lieve entità (art. 138 cod. ass.) sia quelle di lieve entità (art. 139 cod. ass.); il legislatore, tuttavia, non è ancora intervenuto nella redazione della Tabella unica nazionale cui rinvia l'art. 138 cod. ass per le lesioni macropermanenti; di conseguenza, trovano ancora applicazione le tabelle adottate a livello giudiziale e il rinvio effettuato dalla legge Balduzzi alla r.c. auto va inteso come riferito alle sole lesioni micropermanenti ex art. 139 cod. ass.

Ad ogni modo, l'estensione della disciplina vigente per la r.c. auto al settore della responsabilità medica ha suscitato delle perplessità: la limitazione del risarcimento del danno operata dagli artt. 138 e 139 cod. ass., infatti, trova la sua ragionevole *ratio* nella necessità di calmierare i premi assicurativi. In un sistema assicurativo come il nostro, dove obbligati sono sia l'impresa sia il proprietario dell'autoveicolo, è evidente che più sono elevati i risarcimenti a carico dall'impresa, più esosi sono i premi gravanti sul proprietario assicurato. Di conseguenza, una scelta legislativa volta a prevedere dei limiti risarcitori va a favore, non solo delle imprese di assicurazione, ma anche dei soggetti obbligati ad assicurarsi, i quali possono così sostenere dei costi dei premi più contenuti¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Sull'applicabilità dei parametri di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. ai casi di *malpractice* medica, non vi è stata univocità di vedute nella giurisprudenza di merito. Alcuni tribunali, infatti, da un lato, hanno dichiarato l'inapplicabilità di tali parametri al di fuori dei casi di responsabilità civile derivante da sinistro stradale e hanno continuato ad applicare, invece, le tabelle milanesi; dall'altro, hanno comunque escluso l'operatività dell'art. 3, co.3, decreto Balduzzi, nella parte in cui rinvia agli artt. 138 e 139 cod. ass., per tutti quei fatti realizzatesi prima della sua entrata in vigore (v., per esempio, Tribunale di Salerno n. 1425/2015; Tribunale di Potenza 552/2015; Tribunale di Napoli n. 3488/2014).

¹⁴⁸ La Corte Costituzionale (n. 235/2014) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass. in relazione agli artt. 2, 3, 24, 32 e 76 della Costituzione. In particolare, nella motivazione si legge “*Manifestamente non fondata è poi la censura di violazione dell'art. 3 Cost., in entrambi i profili della sua declinazione. Quanto al primo, perché la prospettazione di una disparità di trattamento – che, in presenza di identiche (lievi) lesioni, potrebbe conseguire, in danno delle vittime di incidenti stradali, dalla applicazione della normativa impugnata, in quanto limitativa*”

Nel settore della responsabilità medica, invece, le cose stanno diversamente. Com'è noto, infatti, l'obbligo assicurativo non è di certo bilaterale ma unilaterale, gravando esclusivamente sull' esercente la professione sanitaria e non sul paziente. La *ratio* di tale limitazione è peraltro evidente: nel sistema della r.c auto l'automobilista è anche lui

di una presunta maggiore tutela risarcitoria riconoscibile a soggetti che quelle lesioni abbiano riportato per altra causa – è smentita dalla constatazione che, nel sistema, la tutela risarcitoria dei danneggiati da sinistro stradale è, viceversa, più incisiva e sicura, rispetto a quella dei danneggiati in conseguenza di eventi diversi. Infatti solo i primi, e non anche gli altri, possono avvalersi della copertura assicurativa, ex lege obbligatoria, del danneggiante – o, in alternativa, direttamente di quella del proprio assicuratore – che si risolve in garanzia dell'an stesso del risarcimento. Mentre, a sua volta, l'assunto per cui gli introdotti limiti tabellari non consentirebbero di tener conto della diversa incidenza che pur identiche lesioni possano avere nei confronti dei singoli soggetti, trascura di dare adeguato rilievo alla disposizione di cui al comma 3 del denunciato art. 139, in virtù della quale è consentito al giudice di aumentare fino ad un quinto l'importo liquidabile ai sensi del precedente comma 1, con «equo e motivato apprezzamento», appunto, «delle condizioni soggettive del danneggiato»». Ancora, in merito alla non prevista liquidabilità del danno morale e al limite apposto alla integrale risarcibilità del danno biologico, la C.C. afferma “È pur vero, infatti, che l'art. 139 cod. ass. fa testualmente riferimento al “danno biologico” e non fa menzione anche del “danno morale”. Ma, con la sentenza n. 26972 del 2008, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno ben chiarito (nel quadro, peraltro, proprio della definizione del danno biologico recata dal comma 2 del medesimo art. 139 cod. ass.) come il cosiddetto “danno morale” – e cioè la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile (comunque unitariamente) del danno non patrimoniale, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato – «rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente». La norma denunciata non è, quindi, chiusa, come paventano i rimettenti, alla risarcibilità anche del danno morale: ricorrendo in concreto i presupposti del quale, il giudice può avvalersi della possibilità di incremento dell'ammontare del danno biologico, secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del citato comma 3.”, così come ritiene che “Il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dal censurato art. 139 cod. ass. – per il profilo del prospettato vulnus al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona – va, quindi, condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata. Orbene, in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata – in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi – la disciplina in esame, che si propone il contemperamento di tali contrapposti interessi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza. Infatti, l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno – attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica in relazione ai primi (nove) gradi della tabella – lascia, comunque, spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio, risultante dalla applicazione delle suddette predisposte tabelle, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato”.

obbligato ad assicurarsi perché sceglie di svolgere un'attività, la circolazione automobilistica, rischiosa; quest'ultimo, infatti, assicurandosi, fa sì che il suo diritto al risarcimento venga garantito, così come allo stesso tempo, circolando, accetta il rischio di subire un pregiudizio e di godere di un risarcimento parzialmente ridotto. Il paziente, invece, non svolge alcuna attività che può arrecare danni a terzi e, pertanto, se si assicura, lo fa deliberatamente per altre ragioni, quali la copertura di spese mediche o di infortuni.

Di conseguenza, nel settore della responsabilità medica difetta quell'equilibrio "bilaterale" tra costi-benefici che invece sussiste nel settore della r.c. auto: nel primo settore, infatti, unici soggetti che potrebbero beneficiare della limitazione del risarcimento sarebbero gli esercenti la professione sanitaria, i quali, data la riduzione del rischio assicurato, dovrebbero anche godere di un'altrettanta riduzione dei premi¹⁴⁹.

Così, la scelta legislativa di estendere il regime valevole per la r.c. auto al settore della responsabilità medica, data la insussistenza di una *eadem ratio* di fondo tra i due settori, e per quanto possa sembrare una forzatura, va inquadrata nell'esercizio della discrezionalità legislativa: tutto l'art. 3 della legge Balduzzi, infatti, pare sorretto dalla volontà di porgere una mano alla classe medica, che negli ultimi anni si è chiusa in se stessa, e si è posizionata sulla difensiva, perché notevolmente svantaggiata dalle prese di posizione di una giurisprudenza troppo rigorosa.

In tale ottica, pertanto, vanno lette l'esclusione della responsabilità penale nel caso in cui il medico abbia rispettato le linee guida e buone pratiche e

¹⁴⁹ Cosa, peraltro, non così scontata dato che il peso economico maggiore dei premi è dato dalle lesioni di non lieve entità, le quali, attualmente, non sono però coperte dal beneficio della limitazione del risarcimento operata dal codice delle assicurazioni, così come dal decreto Balduzzi che allo stesso rinvia. Così, G. Ponzanelli, in *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, cit.: "I premi potranno, però, scendere solo impercettibilmente, visto che la parte più significativa del valore economico del premio è costituita dalle lesioni non lievi".

non incorra in colpa grave; il richiamo all'art. 2043 c.c. quale regime giuridico valevole per la responsabilità civile; la possibilità che il giudice riduca il danno nel caso in cui le linee guida siano state tenute in considerazione; e, infine, il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass., nella misura in cui fissano dei criteri per la determinazione del danno biologico inferiori a quelli normalmente praticati negli altri settori della responsabilità civile.

2) L'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale del richiamo dell'art. 2043 c.c.

Come accennato, la circostanza che, a partire dalla sentenza della giurisprudenza di legittimità n. 589/1999, si era consolidato l'orientamento secondo il quale la responsabilità del medico dipendente fosse da ricondurre nell'alveo di quella contrattuale, o da contatto sociale qualificato, ha fatto sì che il richiamo legislativo dell'art. 2043 c.c. sollevasse una accesa discussione.

Dopo l'entrata in vigore della legge Balduzzi, infatti, diverse sono state le interpretazioni del suo art. 3, riassumibili in due filoni principali, fra loro alternativi¹⁵⁰: da una parte, si è escluso che il rinvio all'art. 2043 c.c. potesse “cambiare le cose”, restando ferma la natura “contrattuale” della responsabilità medica, divenuta “diritto vivente”¹⁵¹; dall'altra parte, si è

¹⁵⁰ Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla formulazione dell'art. 3, legge Balduzzi, v. A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria. Fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in Nuova giur. civ. comm., cit.; Ead., *La riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del tribunale di Cremona*, in Nuova giur. civ. comm., 2014, 5; V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, cit.

¹⁵¹ Sostiene il perdurare della natura contrattuale, F. Rizzo, *Dal paziente al cliente*, *Annali della Facoltà giuridica dell'università di Camerino*, 4/2015; M. Franzoni, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. e impr.*, 2015.

ritenuto di dovere applicare rigorosamente il nuovo disposto normativo, e quindi di applicare le regole valevoli per la responsabilità aquiliana, essendo evidente la volontà del legislatore di mutare il regime giuridico della responsabilità medica¹⁵².

Al primo filone ha aderito una cospicua giurisprudenza di merito¹⁵³: si è sostenuto, infatti, che l'espressione “*resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.*” vada intesa come riferita esclusivamente all'*obbligo* contenuto in tale norma, ossia all'obbligo risarcitorio, e non anche alla intera disciplina della responsabilità extracontrattuale; di conseguenza, il rinvio all'art. 2043 c.c. dovrebbe intendersi in senso “atecnico”, dal momento che la norma in questione “*si limita a determinare un'esimente in campo penale, a far salvo l'obbligo risarcitorio e a sottolineare la rilevanza delle linee-guida e le buone pratiche nel concreto accertamento delle responsabilità*”¹⁵⁴. Senza contare, peraltro, che la norma non fa distinzioni tra medico-dipendente, il quale non è obbligato alla prestazione perché lo è la struttura di riferimento, e medico-libero professionista, il quale è invece personalmente obbligato alla prestazione: applicare la disposizione in senso “tecnico” e indiscriminatamente, e quindi senza fare tale distinzione, significherebbe deformare la realtà ed imporre una disciplina giuridica, che si fonda su di un “non rapporto”, a dei casi in cui il rapporto c'è ed è pure formalmente consacrato in un contratto. Pertanto, secondo autorevole dottrina, si dovrebbe giungere alla conclusione che “*il senso da attribuire al richiamo dell'art. 2043 c.c. non può che essere quello di “sfondo”, di regola cioè che in ogni caso prevede una responsabilità aquiliana quando un danno si*

¹⁵² Sostiene il ritorno alla responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., G. Visintini, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in Contr. e impr., 2015.

¹⁵³ Trib. di Arezzo, 14 febbraio 2013, in Danno e resp., 4/2013; Trib. di Caltanissetta, 1 luglio 2013, in Resp. civ. e prev., 3/2013, con nota di C. Scognamiglio, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della legge n. 189/2012*; Trib. di Cremona, 1 ottobre 2013, in Danno e resp., 6/2014, con nota di L. Mattina, “*Legge Balduzzi*”: *natura della responsabilità civile del medico*; Trib. di Firenze, 12 febbraio 2014, Riv. it. Med. leg., 2014, con nota di A. Garibotti, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*; Trib. di Brindisi, 18 luglio 2014, in Danno e resp., 1/2015; Trib. di Bologna, 25 febbraio 2015; Trib. di Milano, 4 marzo 2015; Trib. di Pisa, 10 giugno 2015.

¹⁵⁴ Trib. di Arezzo, 14 febbraio 2013, cit.

*sia verificato, la quale però non esclude una responsabilità che possa rinvenirsi in una base giuridicamente più significativa come il contratto o il contatto sociale qualificato, che costituiscono la forma giuridica in grado di distinguere il medico, che per la sua attività professionale “ha tra le mani e in suo potere” il paziente, e il passante*¹⁵⁵.

Inoltre, si è sostenuto anche che, in ogni caso, il fatto che il rinvio all’art. 2043 c.c. sia preceduto dall’inciso “*in tali casi*” costituisce una precisazione importante, perché consentirebbe, eventualmente, di circoscrivere tale rinvio alle sole ipotesi in cui il medico non sia penalmente responsabile, per essersi lo stesso attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate e per avere commesso il fatto con colpa lieve¹⁵⁶.

Alcuni giudici di merito hanno sottolineato anche come la formulazione dell’art. 3, legge Balduzzi, sia troppo ambigua ed imprecisa per potere superare il consolidato diritto vivente¹⁵⁷, a testimonianza, pertanto, che il legislatore in verità non avrebbe “*inteso spingersi fino al punto di disciplinare il titolo della responsabilità sanitaria*”¹⁵⁸.

Anche la Corte di Cassazione ha confermato la validità dell’orientamento giurisprudenziale sul contatto sociale: con un primo intervento¹⁵⁹, infatti, ha affermato che la novella legislativa va inquadrata nell’ottica della tutela degli esercenti le professioni sanitarie dal punto di vista del diritto penale, fermo restando l’orientamento tradizionale in merito alla responsabilità civile; con un secondo intervento¹⁶⁰, la S.C ha sostenuto che il rinvio all’art.

¹⁵⁵ C. Castronovo, *L’eclissi del diritto civile*, cit., p. 159-160, nota 179.

¹⁵⁶ Trib. di Rovereto, 29 dicembre 2013, secondo il quale “*la portata necessariamente circoscritta ai soli casi di accertata esclusione della responsabilità penale per un reato commesso con colpa lieve preclude a priori l’effetto di ricondurre in generale la materia della responsabilità medica nell’alveo dell’illecito aquiliano*”.

¹⁵⁷ Trib. di Brindisi, 18 luglio 2014, cit.

¹⁵⁸ Trib. di Cremona, 1 ottobre 2013, cit.

¹⁵⁹ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, IV, 2013, la quale ha affermato, in un *obiter dictum*, che “*la responsabilità civile segue le regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura, da contatto sociale*”.

¹⁶⁰ Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it.*, 2014, I; v. anche Cass., 20 ottobre 2014, n. 22225 e n. 22222, in *Foro it.*, 2015, I.

2043 c.c. mostra chiaramente la volontà legislativa di precisare che, sebbene la responsabilità penale vada esclusa nei casi in cui le linee guida e le buone pratiche siano state rispettate, non può proclamarsi la irrilevanza della colpa lieve nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, così come non può attribuirsi all'intervento normativo il significato di una precisa presa di posizione in punto di qualificazione della responsabilità medica.

Al filone interpretativo che ha invocato il cambiamento di rotta in materia, invece, vanno ricondotte diverse interpretazioni, tutte caratterizzate dal minimo comune denominatore che attribuisce alla scelta legislativa lo scopo di mutare la qualificazione giuridica della responsabilità del medico dipendente. Così, si è sostenuto che la natura extracontrattuale della responsabilità investirebbe sia quella dell'esercente la professione sanitaria che quella della struttura¹⁶¹, ma si è anche ritenuto che solo la responsabilità del primo diverrebbe extracontrattuale, ferma restando la natura contrattuale della responsabilità della struttura medesima, dato che l'art 3, l. Balduzzi, nulla specificherebbe a tal proposito¹⁶².

In conseguenza di tale ultima posizione, pertanto, potrebbe dirsi che l'unitarietà di regime fra operatore sanitario e struttura ne uscirebbe alterata e che le due forme di responsabilità sarebbero assoggettate a regimi diversi: la responsabilità del medico, di natura aquiliana, si fonderebbe sulla colpa;

¹⁶¹ M. Hazan, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità*, in *Danno e resp.*, 2013, I; S. Scovazzi, *La responsabilità medica dopo la conversione del d.l sanità: una "novella" esplosiva?*, in *Pluris*, 2013, I-II; Trib. di Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, IV, il quale afferma che il legislatore ha operato "una scelta del tutto chiara che cambia il diritto vivente".

¹⁶² G. Ianni, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto e il c.d. "danno da nascita indesiderata"*. *La c.d. Riforma Balduzzi*, relazione al Convegno del 14 febbraio 2012, organizzato dalla Camera civile di Lamezia Terme, secondo la quale "la norma fa riferimento alla posizione del medico e sembra inestensibile a quella della struttura sanitaria, con la quale, tra l'altro, il paziente stipula un vero e proprio contratto". In giurisprudenza, v. Tribunale di Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Danno e resp.*, 2013, IV.

quella della struttura, invece, in aderenza ai più recenti orientamenti sulla portata dell'art. 1218 c.c., sarebbe di natura "oggettiva"¹⁶³.

Anche a tale filone interpretativo, ad ogni modo, hanno aderito numerosi giudici di merito¹⁶⁴: questi hanno ritenuto, infatti, che la scelta legislativa sia chiaramente orientata nell'ottica di ribaltare l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni, a maggior ragione se il tenore letterale della norma viene letto alla luce delle finalità sottese all'intervento normativo nel suo complesso, le quali finalità, come si è più volte accennato, sono tutte orientate al contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica. Così il Tribunale di Torino¹⁶⁵ ha affermato che l'art. 3 della legge Balduzzi, come modificato in sede di conversione, effettua "*una scelta di campo del tutto chiara*" e "*getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana*"; il Tribunale di Milano¹⁶⁶ ha ritenuto che nessun giudice avrebbe la possibilità di svuotare di significato una disposizione normativa quando il tenore della stessa sia del tutto inequivoco, così come ha affermato l'inoperatività, in ogni caso, della teorica del contatto sociale: una obbligazione *ex lege* in capo al medico, infatti, non costituirebbe una doverosa conseguenza della legge istitutiva del S. S. N., dalla quale legge

¹⁶³ R. De Matteis, *Le responsabilità civili in ambito sanitario: dal modello unitario di disciplina al sistema del doppio binario*, in Aleo e De Matteis, *La responsabilità sanitaria*, Cedam, la quale afferma che, mentre l'assenza di colpa in capo al medico esonera da responsabilità sia quest'ultimo sia la struttura, nella misura in cui si esclude la responsabilità solidale della struttura stessa ex art. 1228 c.c., la medesima assenza non è tale da escludere la responsabilità della struttura in forza dell'art. 1218 c.c.: quest'ultima, infatti, per liberarsi, avrebbe l'onere di provare l'evento straordinario che ha arrecato il danno al paziente o che ha causato il fallimento dell'intervento medico.

¹⁶⁴ Trib. di Varese, 26 novembre 2012, cit.; Trib. di Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, IV; Trib. di Enna, 18 maggio 2013, in *Danno e resp.*, 2014, I, con nota di D. Zorzit, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*; Trib. di Milano, 14 giugno 2014 e 17 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2015, I, con nota di L. Mattina, "*Legge Balduzzi*": *diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*; Trib. di Milano, 30 ottobre 2014, in *Giur. it.*, 3/2015, con nota di N. Enrichens, *Responsabilità medica-la responsabilità civile sanitaria e la giurisprudenza di merito milanese*.

¹⁶⁵ Trib. di Torino, 26 febbraio 2013, cit.

¹⁶⁶ Trib. di Milano, 17 luglio 2014, cit.

discenderebbe, piuttosto, un obbligo per le strutture sanitarie di erogare le prestazioni terapeutiche-assistenziali ai soggetti aventi diritto.

Sul richiamo all'art. 2043 c.c., peraltro, si sono formate due ulteriori tesi, entrambe tuttavia prive di particolare seguito.

La prima tesi¹⁶⁷ si fonda sull'assunto secondo il quale è vero che la natura della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria è stata qualificata dall'art. 3, l. Balduzzi, come extracontrattuale, ma è anche vero che ciò varrebbe nelle sole ipotesi in cui quest'ultimo incorra in colpa lieve. E ciò sarebbe dimostrato da un lato, dal tenore letterale della norma, nella misura in cui specifica che l'art. 2043 c.c. opera "*in tali casi*", ossia quando il medico non è penalmente responsabile per essersi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate; dall'altro lato, dalla *ratio* della norma, la quale, nel suo complesso, sottende l'intento del legislatore di attenuare il regime della responsabilità del medico, sia nel campo penale, escludendo dall'area del penalmente rilevante i fatti posti in essere con colpa lieve, sia nel campo civile, applicando in tali casi le regole (meno rigorose) della responsabilità aquiliana. Nei casi di dolo o colpa grave, infatti, resterebbe invece ferma la natura contrattuale della responsabilità del medico, così come i rigori in punto di distribuzione dell'onere della prova e di durata del termine prescrizione che la natura contrattuale comporta. Tale posizione, ad ogni modo, non è andata esente da critiche, dal momento che assoggetterebbe il regime della responsabilità alle gradazioni dell'elemento soggettivo del fatto, ove invece è certo che tale regime dovrebbe rispecchiare il sistema delle fonti delle obbligazioni, così come delineato dall'art. 1173 c.c.¹⁶⁸.

¹⁶⁷ L. Cajazzo e M. Marzano, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in Corr. giur., 2013, IV.

¹⁶⁸ V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., il quale afferma a p. 391 che "L'errato richiamo al tipo di responsabilità aquiliana del medico pubblico, difficilmente sortirà l'effetto voluto, perché non ha tenuto conto del sistema civilistico basato sulle fonti delle obbligazioni e non sulle distinzioni tra responsabilità che ne sono conseguenza".

La seconda tesi si fonda sulla considerazione secondo la quale il rinvio all'art. 2043 c.c. è stato effettuato dal legislatore al solo scopo di richiamare la risarcibilità del danno patrimoniale, quando non sia stato commesso un reato¹⁶⁹. Così, nel caso in cui il fatto non sia penalmente rilevante, opererebbe l'art. 2043 c.c. e il risarcimento del danno patrimoniale; invece, nei casi in cui un fatto di reato sia ravvisabile, e ciò perché il medico non ha rispettato le linee guida o buone pratiche o perché è incorso in colpa grave, si applicherebbero gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. e verrebbe risarcito anche il danno non patrimoniale. La critica a tale posizione, tuttavia, ha messo in luce come l'art. 2043 c.c. sia una norma di fattispecie in materia di responsabilità, che opera per ogni violazione del principio del *neminem laedere*, e come tale impostazione contraddica la distinzione, oramai consolidata, tra il danno “evento” e il danno “conseguenza”¹⁷⁰.

Ad ogni modo, riassumendo, due sono state le posizioni principali assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la prima nel senso della permanenza della teorica del contatto sociale in materia di responsabilità medica, e la seconda, invece, nel senso della sua caduta.

E nonostante che la giurisprudenza di legittimità abbia aderito alla prima posizione, occorre anche riconoscere sin da adesso (ma il tema verrà approfondito nel prossimo capitolo) la ragionevolezza delle posizioni di quei giudici e giuristi che invocavano il tenore letterale dell'art. 3, l. Balduzzi, nella parte in cui rinvia all'art. 2043 c.c. Il legislatore è infatti intervenuto con un disegno di legge, attualmente in discussione in Senato, che non lascia spazio a dubbi interpretativi, nella misura in cui invoca ancora una volta, e con maggiore chiarezza, l'art. 2043 c.c., e che chiude le porte a quella dottrina e a quella giurisprudenza che, invocando

¹⁶⁹ S. Scovazzi, *La responsabilità medica dopo la conversione del d.l. sanità: una “novella” esplosiva?*, cit.

¹⁷⁰ A proposito di tale distinzione, v. nota 57.

imprecisioni e ambiguità del precedente testo normativo¹⁷¹, avevano sostanzialmente neutralizzato gli obiettivi con lo stesso perseguiti.

Con ciò, tuttavia, non si vuole dire che la discussione sia chiusa: il presente lavoro, infatti, a fronte dei più recenti interventi normativi, vuole metterne in luce le criticità e proporre una strada alternativa a quella ultimamente percorsa dagli stessi, una strada alternativa che potrebbe essere considerata rigorosa dal punto di vista normativo ma, al tempo stesso, coerente con gli obiettivi di politica del diritto e le esigenze di giustizia sostanziale che da qualche anno oramai animano il tema della responsabilità sanitaria.

¹⁷¹ E. Vincenti, *Cenni sulla giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, relazione tenuta nell'ambito del corso "I modelli europei di responsabilità sanitaria", Scuola Superiore della Magistratura, 29 gennaio 2015, in <http://www.corteappello.milano.it/>, in cui si sottolinea l'incoerenza del diritto "vigente", così come risultante dalla l. Balduzzi, e la ragionevolezza del diritto "vivente" di matrice giurisprudenziale, così come consolidatosi in materia di responsabilità medica: "*Ed allora il legislatore forse è stato, nel nostro caso, consapevole, ma, sicuramente, non troppo coerente. La disposizione, che sul versante civilistico appare scritta in modo affrettato, non seleziona tra esercenti la professione sanitaria, per cui dobbiamo ritenere che essa si applichi a tutti: medici (e limitiamoci a tale categoria) inseriti nelle strutture pubbliche e private, nonché medici liberi professionisti. E del resto che sia così è evidente, perché l'incipit della norma si interessa della responsabilità penale di qualunque esercente la professione sanitaria. Ma se così è, allora anche il medico libero professionista che abbia effettivamente concluso un contratto con il paziente dovrebbe rispondere ex art. 2043 cod. civ.; il che, francamente, pare eccessivo*"; C. Castronovo, in *L'eclissi del diritto civile*, cit., sostiene che, a causa delle imprecisioni del tenore letterale dell'art. 3, l. Balduzzi, non può che attribuirsi al richiamo dell'art. 2043 c.c. il significato di "sfondo generico": "*La conclusione è che l'art. 2043 c.c. rimane come sfondo generico della disciplina della responsabilità del medico, la cui specificità va perciò trovata altrove e altrimenti. Se dunque l'intenzione legislativa dell'ultimo momento è stata quella di porre riparo alla medicina difensiva generata dalla preoccupazione della classe medica di evitare una responsabilità che è diventata quasi una moda in una società che non intende concedere nulla al caso mentre questo continua a farsi beffe di pretese scientifiche coltivate nell'illusione di neutralizzarlo, il modo è risultato maldestro*".

3) Approfondimento su linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella legge Balduzzi

Le vere protagoniste dell'intervento di riforma in materia di responsabilità medica, attuato con la legge Balduzzi, risultano essere le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica¹⁷². Queste, infatti, in seno alla disposizione normativa di nuovo conio, assumono una importanza cruciale: da un lato, perimetrano l'area del penalmente rilevante, escludendo a monte che l'esercente la professione sanitaria sia responsabile ove si sia attenuto alle stesse e non incorra in colpa grave¹⁷³; dall'altro, sul versante civilistico, consentono al giudice, a valle, di tenere conto del fatto che tali linee e buone pratiche siano state comunque rispettate, al fine di ridimensionare, ferma restando la responsabilità dell'operatore sanitario, il *quantum* dallo stesso dovuto a titolo di risarcimento.

L'art. 3 della legge Balduzzi, infatti, al I comma, statuisce che *“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”*, così come afferma che, ferma restando, comunque, la responsabilità civile, *“Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Pare opportuno, pertanto, innanzitutto definire le linee guida e le buone pratiche, per poi, in un secondo momento, metterne in luce la natura, il ruolo dalle stesse assunto in materia di responsabilità medica così come gli aspetti critici che il rinvio alle medesime ha in tale sede comportato.

¹⁷² M. Gorgoni, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in Resp. civ. prev., 2015, che ha messo in luce come il punto cruciale dell'art. 3, l. Balduzzi, è proprio il rilievo attribuito alle linee guida e alle buone pratiche e ai rapporti che le stesse hanno con la colpa professionale.

¹⁷³ Sul tema v. *infra*.

In aderenza ad una delle più diffuse e consolidate definizioni, le linee guida consistono in *“raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”*¹⁷⁴. In particolare, si tratta di regole dotate di un certo grado di autorevolezza per le fonti da cui originano: possono infatti essere emanate, attraverso circolari o decreti, dal Ministero della sanità, oppure essere adottate dalle Società di medicina o, ancora, dagli organi apicali delle Aziende sanitarie mediante circolari.

Le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, invece, prescindendo dalla tesi minoritaria che le interpreta alla stregua di una endiadi rafforzativa, vengono comunemente definite come *“protocolli di comportamento diagnostico-terapeutico, che descrivono le procedure alle quali l’operatore sanitario deve attenersi nella situazione specifica”*¹⁷⁵.

Com’è evidente, si tratta, in entrambi i casi, di cosa ben diversa da norme giuridiche propriamente intese ed espressione della sovranità popolare, ex art. 1 Cost; rappresentano, piuttosto, un *“esempio di diritto tecnocratico che comincia ad affiancarsi al diritto positivo tradizionale”*¹⁷⁶.

Hanno dato inizio al fenomeno, probabilmente, i codici deontologici richiamati dall’art. 12 del d.lgs 30 giugno 2003, n. 196, la cui sottoscrizione è promossa dal Garante della *privacy* e la cui pubblicazione avviene in Gazzetta Ufficiale; in questo caso, è lo stesso art. 12, al co. 3, a precisare come il rispetto del contenuto di tali codici sia una condizione

¹⁷⁴ A. Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, II, 216 s.

¹⁷⁵ A. Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit.

¹⁷⁶ Sul fenomeno della “soft law” come regola del rapporto professionale, M. Franzoni, *Colpa e linee guida*, in *Danno e resp.*, 8-9, 2016, il quale riproduce l’intervento tenuto a Roma il 27 novembre 2015, in occasione dell’incontro di studio intitolato *“La responsabilità sanitaria: necessità di una riforma?”*, organizzato al fine di celebrare i venti anni della rivista *Danno e responsabilità*, al quale incontro chi scrive ha personalmente partecipato.

imprescindibile di liceità del trattamento dei dati personali, da chiunque tale trattamento sia effettuato, attribuendo agli stessi, così, una forza maggiore di quella che normalmente viene attribuita alla c.d. “*soft law*”.

In un secondo momento, sono stati adottati numerosi codici deontologici nei più svariati settori¹⁷⁷, dalla cui analisi può desumersi che tutti si caratterizzano per il medesimo fatto: si tratta di regole appartenenti alla normativa secondaria e che trovano la loro origine, non in un meccanismo di produzione “eteronomo”, ma in un meccanismo di “autoproduzione”, in quanto adottate da quegli stessi soggetti che ne risulteranno essere i destinatari; da ciò ne consegue, ovviamente, che tali regole non possono godere di quella cogenza e prescrittività propria del diritto strettamente positivo, ma hanno la funzione di orientare i comportamenti e, secondo alcuni, di rendere “*più trasparente e tracciabile la perizia, la diligenza e la prudenza adoperate dal professionista nell’adempimento dell’incarico*”¹⁷⁸.

Di tutto questo ha avuto contezza la giurisprudenza proprio in materia di responsabilità sanitaria: essa, infatti, si è pronunciata in più occasioni sulla “non vincolatività” per gli operatori sanitari delle linee guida e delle buone pratiche, così come sulla loro natura di “indicazioni di massima” o di semplice “ausilio orientativo”, ed ha affermato come le stesse non siano comunque in grado di annullare l’autonomia del professionista¹⁷⁹. La

¹⁷⁷ Esempi di recente emanazione sono il Codice di deontologia medica, approvato il 18 maggio 2014, dalla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri; il Codice deontologico degli psicologi italiani, approvato dal Consiglio nazionale dell’Ordine degli psicologi; il Codice deontologico degli ingegneri, approvato dal Consiglio Nazionale Ingegneri il 9 aprile 2014; il Codice deontologico degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, approvato dal Consiglio nazionale del relativo ordine, entrato in vigore il 1° gennaio 2014; il Codice deontologico dei notai, approvato con delibera del Consiglio nazionale del notariato n. 2/56 del 5 aprile 2008; e il Codice deontologico forense, in vigore dal 15 dicembre 2014, modificato dalla delibera del Consiglio Nazionale Forense del 31 gennaio 2014 che lo adegua alle previsioni del nuovo ordinamento forense.

¹⁷⁸ M. Franzoni, *Colpa e linee guida*, in *Danno e resp.*, cit.

¹⁷⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430, in C.E.D. Cass., rv. 261293; Cass. Pen., Sez. IV, 15 ottobre 2013, n. 46753, in *Giur. it.*, 2014, 156, con nota di Risicato; Cass. Pen., Sez. IV, 18 giugno 2013, n. 39165, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 221, ove si legge che “*In tema di responsabilità medica, l’inosservanza delle linee guida comunemente accettate dalla letteratura scientifica non è in se stessa causa automatica di assoluzione o condanna, in ragione della potenziale opinabilità anche delle c.d. best*

conseguenza della natura di tali raccomandazioni è, chiaramente, la non automatica responsabilità o irresponsabilità del medico nel caso in cui esso si sia discostato o, rispettivamente, abbia invece pedissequamente aderito alle linee guida operanti nel settore di riferimento: anche dopo l'intervento di riforma del 2012, infatti, nonostante il rilievo attribuito *expressis verbis* a tali strumenti di regolazione, resta sempre fermo il potere di accertamento del giudice, il quale è libero di verificare cosa sarebbe accaduto se le linee guida fossero state osservate o disattese e, pertanto, se le peculiarità del caso concreto avrebbero imposto il loro rispetto o la ricerca, invece, di una soluzione terapeutica diversa ma più adeguata¹⁸⁰.

Con la l. Balduzzi, pertanto, si è concretizzato un fenomeno che ricorda quello della integrazione, di tipo tecnico-specialistico, di una norma primaria da parte di una norma secondaria. Tuttavia, tale integrazione, se da un lato comporta l'ingresso formale delle linee guida in un impianto normativo dove è lo stesso legislatore a sancire delle regole di responsabilità che dipendono dalla loro osservanza, dall'altro non comporta un cambiamento della loro natura. Le linee guida, sostanzialmente, come si è già accennato, rimangono un esempio di "soft law", seppure con la importante finalità di specificare meglio il grado di diligenza, prudenza e perizia richiesto dai casi simili a quello concretamente realizzatosi.

Se, infatti, l'inosservanza delle linee guida non è un comportamento già di per sé sanzionabile, come lo è invece il commettere un fatto che rispecchi esattamente una fattispecie incriminatrice prevista in via generale e astratta, allora il ruolo delle stesse è solo quello di orientare il comportamento

practices"; Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168, in C.E.D., rv. 261764, secondo la quale è in colpa grave il medico che "si attiene a linee guida accreditate anche quando la specificità del quadro clinico del paziente imponga un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato dalle menzionate linee guida".

¹⁸⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, in <https://www.personaedanno.it>, in cui si legge che il giudice "resta libero di apprezzare se l'osservanza o il discostamento dalle linee guida avrebbero evitato il fatto che si imputa al medico e cioè se le circostanze del caso concreto imponessero o meno l'adeguamento alle linee guida a disposizione del medico, oppure una condotta diversa da quella descritta in dette linee guida".

dell'operatore sanitario, salve le variabili del caso. Le linee guida e le buone pratiche finiscono per “procedimentalizzere” l'attività sanitaria, “*indicano il modo per rendere trasparente il contegno tenuto dal medico*”¹⁸¹, e, proprio per questo, lungi dal creare uno spartiacque tra i comportamenti che generano responsabilità e quelli che non la generano, servono al medico per assolvere al meglio l'onere della prova dell'esatto adempimento della propria prestazione¹⁸².

Come sostiene parte della dottrina, infatti, il richiamo alle linee guida e alle buone pratiche accreditate in seno all'art. 3, l. Balduzzi, potrebbe avere dei riflessi importanti proprio in merito alla distribuzione del carico probatorio¹⁸³: anche a volere qualificare la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria come “extracontrattuale” anziché “contrattuale”, non sarebbe da escludere che tale richiamo, in uno con il principio di vicinanza della prova, e in considerazione dell'affidamento che il paziente ripone sul medico, possa servire a delineare un assetto probatorio tale da esonerare il paziente dalla prova della colpa del medico¹⁸⁴. E questo significherebbe, com'è evidente, ridurre di molto la portata del dibattito sul significato da attribuire al rinvio operato dall'art. 3, l. Balduzzi, all'art. 2043 c.c., dal momento che, come si è già accennato, la questione della natura giuridica della responsabilità medica non è meramente teorica ma, al contrario, è

¹⁸¹ M. Franzoni, *Colpa e linee guida*, in *Danno e resp.*, cit.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ R. Breda, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impr.*, 2014; Id., *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce delle c.d. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. Medicina legale e dir. sanitario*, 2013; Id., *Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità, conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica*, in Martini-Genovese (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Rimini, 2012.

¹⁸⁴ Ma cfr. M. Franzoni, *Colpa e linee guida*, in *Danno e resp.*, cit., p. 806, il quale afferma “*Del resto se c'è una linea guida o una buona pratica accreditata dalla comunità scientifica significa che una best practice è stata riconosciuta, sicché è opportuno che sia il professionista a dover spiegare perchè non l'ha osservata, accollandosi così il rischio di non rispondere a quel canone di perizia e di diligenza che l'esecuzione della sua prestazione richiede. Qui si tratta di prova della perizia, della diligenza e della prudenza richieste da parte del professionista e non già applicazione di un evanescente principio di vicinanza della prova*”.

foriera di importanti conseguenze pratiche, tra le quali, *in primis*, vi è proprio la questione della distribuzione dell'onere della prova¹⁸⁵.

Una volta definite le linee guida e le buone pratiche accreditate, e dopo averne messo in luce il ruolo che la giurisprudenza di legittimità tende ad attribuirle anche dopo l'intervento di riforma, occorre adesso evidenziarne le criticità e gli aspetti che maggiormente hanno suscitato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Innanzitutto, nonostante le linee guida godano di una certa considerazione per l'autorevolezza che ne caratterizza, di regola, gli autori, non può sottacersi che la moltitudine di quest'ultimi, e la rapidità con cui le linee guida stesse vengono modificate, integrate e aggiornate, creano il rischio di un difetto di coordinamento, così come di una disomogeneità degli obiettivi perseguiti. È noto, infatti, che le linee guida possono essere animate da esigenze di razionalizzazione delle tecniche di diagnosi e di cura in modo da fornire al medico dei parametri oggettivi di valutazione, e di consentirgli di perseguire al meglio l'interesse del paziente, ma possono essere sorrette anche da ragioni economiche e di risparmio, alla stregua di un complesso di regole di natura più propriamente "imprenditoriale".

Peraltro, è anche questa la ragione per la quale l'osservanza delle linee guida non comporta automaticamente l'esonero dal giudizio di responsabilità: la loro osservanza, infatti, può far presumere, in via relativa, che l'operatore sanitario non sia in colpa, salvo che si accerti che nel caso di specie sarebbe stato opportuno prendere in considerazione ulteriori opzioni terapeutiche a causa della logica (eventualmente) anche "imprenditoriale" sottesa alle linee stesse.

¹⁸⁵ M. Paladini, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 10/2015, il quale afferma che un assetto probatorio in cui il paziente non risulti gravato dall'onere di provare la colpa del medico significherebbe "vedere colmato in concreto il solco che sembra oggi contrapporre i sostenitori delle tesi a confronto".

Inoltre, altro aspetto che fa discutere concerne il rapporto tra il rispetto delle linee guida e le buone pratiche accreditate, e quindi, in linea di massima, il grado della colpa, e la quantificazione del danno risarcibile. L'art. 3 della l. Balduzzi, infatti, dopo avere previsto una esimente penale nel caso in cui il medico sia in colpa lieve e si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate, e dopo aver chiarito che in tal caso resta fermo, però, il possibile addebito di responsabilità civile, recita che *“Il giudice, anche nella determinazione del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Un primo dubbio interpretativo ha riguardato il campo applicativo di tale disposto normativo, ossia se lo stesso abbia una portata generale, oppure, limitata ai soli casi in cui operi l'esimente penale e il medico, ciò nonostante, sia civilmente responsabile. Ora, potrebbe affermarsi che il principio dell'integrale risarcimento del danno¹⁸⁶ è un principio privo di rilievo costituzionale e che, pertanto, sarebbe ben possibile che il legislatore abbia voluto attribuire al giudice un potere di intervento più incisivo. Tuttavia, l'integrale riparazione del danno è pur sempre un principio generale del nostro ordinamento, il quale, in uno con la funzione riparatoria della responsabilità civile, consente al danneggiato di essere ripagato di tutto, e non oltre, il pregiudizio subito. In quanto principio generale, pertanto, esso potrebbe essere derogato solo da specifiche previsioni, le quali, proprio perché di natura “eccezionale”, non potrebbero estendersi ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle espressamente previste. Di conseguenza, anche alla luce dell'ulteriore ridimensionamento del *quantum* risarcitorio discendente dall'operatività delle tabelle di cui agli artt. 138-139 cod. ass., sembra potersi affermare che il solo potere riconosciuto al giudice sia quello di ridurre il risarcimento del danno nelle sole ipotesi in cui il medico,

¹⁸⁶ G. Ponzanelli, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in Riv. dir. civ., 2010; Ead., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in Resp. civ. prev., 2012.

penalmente non responsabile, lo sia invece civilmente per colpa lieve, nonostante si sia attenuto alle linee guida e buone pratiche accreditate¹⁸⁷.

Allo stesso modo, peraltro, dovrebbe concludersi che un tale potere di intervento in punto di liquidazione del danno non sussista nel caso in cui il medico incorra in colpa “grave”. In particolare, una interpretazione “logica” e “sistematica” dell’ art. 3, l. Balduzzi, nel suo complesso, mostra come l’intento del legislatore sia quello di attenuare le spese del contenzioso sanitario e di combattere la medicina difensiva; di conseguenza, del tutto arbitraria sarebbe la lettura della disposizione nel senso di attribuire al giudice la possibilità di tenere conto della ingiustificata inosservanza delle linee guida o, al contrario, della cieca osservanza delle stesse in presenza di una più opportuna alternativa terapeutica, e di aumentare, così, il *quantum* risarcitorio. Cosa che darebbe la stura, peraltro, alla figura dei danni punitivi, i quali, proprio perché eversivi rispetto alla tradizionale funzione riparatoria della responsabilità civile, non sembrano godere ancora di un generalizzato riconoscimento nel nostro ordinamento¹⁸⁸.

¹⁸⁷ M. Paladini, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, cit., p. 885, il quale afferma che “*Nell’ambito della riforma Balduzzi –pur volendo prescindere, allo stato, dal dilemma ermeneutico in ordine alla natura della responsabilità- è indubbio che l’adozione delle tabelle di cui agli artt. 138-139, D.Lgs. n. 309 del 2005 già comporti il ridimensionamento delle liquidazioni risarcitorie. Per non oltrepassare, quindi, il confine della legittimità costituzionale (che pure taluni ritengono essere già stato travalicato), pare preferibile limitare il potere giudiziale di attenuazione del risarcimento alla sola ipotesi della responsabilità del medico per colpa lieve accertata nonostante il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche*”.

¹⁸⁸ Tuttavia, v. Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, la quale, nel riconoscere la conformità all’ordine pubblico di una sentenza straniera contenente un’*astreinte* avente la funzione di sanzionare la condotta inadempiente, ha affermato che “*è noto come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o la prevenzione generale dei fatti illeciti (posto che la minaccia del futuro risarcimento scoraggia dal tenere una condotta illecita, anche se, secondo gli approdi dell’analisi economica del diritto, l’obiettivo di optimal deterrence è raggiunto solo se la misura del risarcimento superi il profitto sperato), [nonché il fine della] sanzione [posto che] l’obbligo di risarcire costituisce una pena per il danneggiato*” e, ancora, che si assiste ad una “*evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente (...) specialmente [ma non esclusivamente] a fronte di un animus nocendi; pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l’istituto è teso, tanto da restare imprescindibile il parametro del danno cagionato*”.

Ancora, sempre in merito alla possibilità attribuita al giudice di graduare l'obbligo risarcitorio a seconda che il medico abbia osservato o meno le linee guida e le buone pratiche, non vi è unanimità di vedute circa l'incidenza di tale regola sulla tematica della natura giuridica della responsabilità dello stesso.

Parte della dottrina¹⁸⁹ sostiene, infatti, che il potere giudiziale di ridimensionare il *quantum* risarcitorio nelle ipotesi di minor riprovevolezza della condotta dell'operatore sanitario escluderebbe, a monte, la possibilità di qualificare come "extracontrattuale" la responsabilità di quest'ultimo: la disciplina normativa di tale forma di responsabilità, infatti, si sostanzia in una norma di rinvio, ossia l'art. 2056 c.c., la quale esclude l'operatività dell'art. 1225 c.c., nella misura in cui quest'ultimo limita il risarcimento dei danni imprevedibili ai soli casi di inadempimento doloso; da ciò dovrebbe desumersi che solo in materia di responsabilità contrattuale avrebbe rilievo il profilo della gravità della colpa, non potendo godere invece l'autore di un fatto illecito, ex art. 2043 c.c., di alcun beneficio risarcitorio in conseguenza del diverso atteggiarsi dell'elemento psicologico.

Altra parte della dottrina¹⁹⁰, diversamente, sostiene che non sia così scontato che il principio dell'integrale riparazione dal danno, sebbene normativamente regolato solo in ambito di responsabilità contrattuale, sia rigidamente applicabile, sempre e comunque, in materia di responsabilità extracontrattuale. Peraltro, anche il regime della responsabilità extracontrattuale mostra come sia rilevante in certi casi il profilo della gravità della colpa¹⁹¹: l'art. 2055 c.c., infatti, nel sancire la regola della *solidarietà* nel caso in cui il fatto dannoso sia imputabile a più persone, si preoccupa di precisare che il regresso da parte di colui che risarcisce

¹⁸⁹ V. L. Nocco, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in Riv. it. medicina legale e dir. sanitario, 2013.

¹⁹⁰ F. Busnelli, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in Danno e resp., 2014.

¹⁹¹ A. Gnani, *L'art. 2055 c.c. e il suo tempo*, in Danno e resp., 2001; Id., in Comm. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2005, sub art. 2055.

l'intero debba avvenire “*nella misura determinata dalla gravità della colpa*” e tenendo conto dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Di conseguenza, l'art. 3, l. Balduzzi, andrebbe considerato come una norma di natura eccezionale, adottata in deroga alla regola della irrilevanza del grado della colpa nell'ambito dell'attività di quantificazione del risarcimento, indipendentemente dalla soluzione che si voglia dare alla questione della qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Altra questione è emersa in relazione al richiamo che l'art.3, l. Balduzzi, al co. 3, fa alle tabelle di cui agli artt. 138-139 cod. ass. Quest'ultimo, infatti, recita “*Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria e' risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo*”.

In particolare, ci si chiede se tale richiamo vada limitato esclusivamente al danno biologico, così come sembrerebbe dire la norma, oppure esteso anche ad ulteriori profili di danno, quale quello morale: nel primo caso, il danno morale godrebbe di uno spazio di autonoma liquidazione; nel secondo caso, invece, esso sarebbe assoggettato agli incrementi percentuali così come previsti nell'ambito della r.c. auto. Ad ogni modo, farebbe propendere per la seconda soluzione il dato testuale, il quale non solo rinvia alle tabelle di cui agli artt. 138-139 cod. ass., ma anche ai “*criteri di cui ai citati articoli*”: di conseguenza, sembrerebbe che, in esito all'equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato di cui agli artt. 138, co. 3, e 139, co. 3, e quindi in conseguenza all'accertamento di alterazioni dinamico-relazionali, il danno morale possa essere risarcito

entro, e non oltre, specifiche misure percentuali, quale componente ulteriore del danno biologico¹⁹².

Infine, vi è un ulteriore profilo problematico che potrebbe bastare per mettere in crisi l'impianto normativo risultante dalla l. Balduzzi.

Si vuole fare riferimento al fatto che, nonostante non si metta in dubbio l'importanza assunta dall'opera di razionalizzazione che è sottesa alla redazione di linee guida e di buone pratiche accreditate, invocare le stesse in seno ad una norma primaria, anche quale semplice punto di riferimento per la formulazione di un giudizio di responsabilità, può indurre il medico a tenere quegli stessi comportamenti che la normativa mira ad evitare. Infatti, il rischio che può derivare dalla valorizzazione delle linee guida e delle buone pratiche è proprio l'aggravarsi del fenomeno della medicina difensiva, con tutte le conseguenze socio-economiche che ne possono derivare e che sono state sopra analizzate¹⁹³; con l'aggravante che spesso le linee guida e le buone pratiche si caratterizzano per una eccessiva categorizzazione e standardizzazione di tutti i casi che il medico può trovarsi ad affrontare. Infatti, è vero che suole affermarsi che le linee guida e le buone pratiche non sono delle indicazioni di valore assoluto ma, piuttosto, dei punti di partenza o delle indicazioni di massima, ma è anche vero che una estrema procedimentalizzazione dell'attività, così come una estrema formalizzazione del rischio, spinge sovente il medico più ad un

¹⁹² È noto infatti che, con la sentenza n. 26972 del 2008, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno definito i contorni del danno "non patrimoniale". In particolare, alla luce della definizione di danno "biologico" contenuta nell'art. 139, co. 2, cod. ass., hanno chiarito che il danno "morale", da intendersi come sofferenza personale suscettibile di costituire una ulteriore posta risarcibile del danno non patrimoniale, "*rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente*".

¹⁹³ S. Scovazzi, *La responsabilità medica dopo la conversione del d.l sanità: una "novella" esplosiva?*, in *Pluris*, 2013, I-II; G. Debernardi, *Sulla rilevanza delle "linee guida" nella valutazione della colpa medica*, in *Giur. it.*, 2013, IV, 935, il quale afferma "*il ricorso massiccio ed indiscriminato agli strumenti di codificazione del sapere medico e la rigida procedimentalizzazione dell'attività professionale accentuerebbe, nel caso in cui si anteponesse l'autorità del dato al ragionamento clinico, la deriva legalistica della medicina, incoraggiando la deresponsabilizzazione del singolo operatore, portato a privilegiare in ogni caso il percorso diagnostico terapeutico raccomandato, anche come strumento di medicina difensiva*".

adeguamento “sempre e comunque” alle linee guida, che ad una ragionata analisi del caso concreto. Discostarsi dalle linee guida sembra essere diventato un atto di coraggio dell’operatore sanitario, dal momento che le ragioni di tale comportamento vanno ben motivate, mentre la loro osservanza fa presumere, almeno in un primo momento, il rispetto del grado di perizia richiesto¹⁹⁴.

Com’è evidente, in tal modo, viene scoraggiata l’attività di ricerca di soluzioni terapeutiche personalizzate, viene affievolita la tutela del diritto alla salute e, soprattutto, viene fomentata (e non certo eliminata) la medicina difensiva stessa.

¹⁹⁴ La giurisprudenza di legittimità ritiene, tendenzialmente, che le linee guida cui la l. Balduzzi rinvia riguardino esclusivamente le ipotesi di imperizia (v., per esempio, Cass., 24 gennaio 2013, n. 11493, in Guida al diritto, 2013, n. 17). In dottrina, v. C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in Dir. pen. Contemporaneo, 2013, p. 65, il quale afferma “*Dalla circostanza che il presupposto dell’inquadramento della condotta nell’area del non penalmente rilevante è costituito dall’essersi, il medico, attenuto a linee guida o a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica discende infatti che ci si muove in particolare nel campo dell’imperizia e non della negligenza (e tanto meno dell’imprudenza). Infatti il medico che si sia attenuto acriticamente alle linee guida senza valutare se le caratteristiche del caso portato alla sua attenzione richiedessero un approccio terapeutico almeno in parte diverso (o non abbia tenuto conto della circostanza che le linee guida applicate avevano carattere di genericità o comunque non disciplinavano interamente il caso da lui affrontato) dimostra di non essere sufficientemente preparato ad affrontare casi che fuoriescono dalla prassi routinaria e quindi di essere imperito. Ma può anche avvenire che egli abbia ommesso di acquisire un’informazione o i risultati di un esame che gli avrebbero meglio chiarito la natura della patologia e l’insufficienza (o peggio) di un trattamento ispirato esclusivamente all’osservanza delle linee guida e in questo caso ci troviamo in presenza di negligenza anche se i confini tra le due ipotesi sono tutt’altro che netti; occorre infatti domandarsi se l’omissione sia dovuta a scarsa conoscenza della materia (imperizia) o a trascuratezza (negligenza). Vale per la negligenza l’esonero da responsabilità nel caso di colpa lieve? Io credo che, in linea di massima, sia proprio il concetto di negligenza ad essere incompatibile con la lievità della colpa: come è possibile ritenere la colpa lieve quando ci si trovi in presenza di trascuratezza, mancanza di attenzione, disinteresse, mancata considerazione dei segnali di pericolo ecc.? e lo stesso potrebbe dirsi per i casi di imprudenza (avventatezza, scarsa ponderazione, sottovalutazione dei segnali del pericolo ecc.). Insomma il senso della modifica normativa sembra rivolto ad escludere la responsabilità penale di chi, in qualche modo, sia stato osservante di regole cautelari precostituite ma non di chi fonda la sua condotta nel disinteresse e nella noncuranza della salute del paziente o in avventate iniziative contrastanti con essa anche se non può escludersi in assoluto che possa configurarsi una colpa lieve nella trasgressione minima di una regola di diligenza o prudenza”.*

4) Cenni sui risvolti dell'art. 3 della legge Balduzzi nel diritto penale

Come accennato, in sede di conversione del d.l n. 158/2012, la formulazione originaria dell'art. 3 è stata modificata nel senso di prevedere una limitazione della responsabilità medica anche dal punto di vista del diritto penale¹⁹⁵. L'art. 3 della legge Balduzzi, infatti, sancisce che *“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”*.

Due sono state le questioni che si sono poste in riferimento a tale disposizione: la prima ha riguardato la “portata” di tale limitazione, e cioè se davvero le intenzioni del legislatore siano state quelle di decriminalizzare certe condotte dell'operatore sanitario caratterizzate da una colpa “lieve”; la seconda, strettamente collegata alla prima, se si sia trattato di un fenomeno successorio di tipo abolitivo, ex art. 2, co.2, c.p., sebbene di tipo “mediato”, e, come tale, applicabile retroattivamente.

Invero, in coerenza con l'obiettivo di arginare il fenomeno della “medicina difensiva”, la scelta del legislatore era apparsa effettivamente quella di depenalizzare alcune fattispecie colpose concernenti la condotta del sanitario; l'operazione legislativa, infatti, era sembrata orientata a ritagliare ed escludere dall'area del penalmente rilevante una sottocategoria di condotte, precedentemente rientranti nei reati di omicidio colposo e di lesioni colpose, caratterizzate da un coefficiente psicologico meno intenso, come quello della colpa “lieve”.

¹⁹⁵ Si rinvia, sul tema, a C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, cit.; D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013; P.F. Poli, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013.

La stessa Corte di Cassazione¹⁹⁶, aderendo a tali considerazioni, ha risolto i dubbi interpretativi e ha ritenuto che in tal caso sia intervenuto un vero e proprio fenomeno di “*abolitio criminis*”, ex art. 2, co.2, c.p.

In particolare, la depenalizzazione è avvenuta per il tramite di una norma extrapenale, quale l’art 3 della legge 189/2012: si è trattato, quindi, di un fenomeno di successione cd. “mediata”¹⁹⁷, ossia di un fenomeno riconducibile al campo applicativo dell’art. 2 c.p., a patto che, secondo la giurisprudenza prevalente, la norma extrapenale possa dirsi “integratrice” della fattispecie penale, secondo la teoria della c.d “incorporazione”¹⁹⁸. Così, si è sostenuto che l’art. 3, legge Balduzzi, rappresenta una norma

¹⁹⁶ Cass. pen., 29 gennaio 2013 n. 16237, in Dir. pen. cont., 11 aprile 2013, con scheda introduttiva di F. Viganò, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione* (e poi con nota di C. Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida, ibidem*, 10 giugno 2013).

¹⁹⁷ La successione “mediata” è un fenomeno successorio peculiare, che consiste, non nella modifica legislativa in via diretta di una norma penale descrittiva della fattispecie incriminatrice, la quale invero rimane inalterata, ma nella modifica di una norma c.d “extrapenale” cui la norma penale stessa rinvia, esplicitamente o implicitamente; il fenomeno interessa, pertanto, una qualsiasi norma giuridica diversa da quella incriminatrice, purchè serva a completarne il contenuto o a fornire la definizione di determinati elementi costitutivi di fattispecie, i c.d elementi normativi, utilizzati in seno alla norma penale al fine della descrizione del fatto tipico. V., per tutti, Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, Parte generale, Settima edizione, Zanichelli, p. 106 s.

¹⁹⁸ La questione della *abolitio criminis* conseguente ad una successione di norme “integratrici” è stata affrontata da tre importanti pronunce a Sezioni Unite: Cass, Sez. Un., 16 gennaio 2008, n. 2451 (Magera); Cass., Sez. Un., 15 maggio 2008, n. 19601 (Niccoli); Cass., Sez. Un., 12 giugno 2009, n. 24468 (Rizzoli). Uno sguardo congiunto alle motivazioni delle tre sentenze permette di individuare, al di là delle diverse soluzioni adottate, un minimo comune denominatore, rappresentato dall’adozione del medesimo criterio per l’accertamento dell’*abolitio criminis*, ora negata (sentenze Magera e Niccoli), ora affermata (sentenza Rizzoli). Si tratta del criterio c.d. strutturale, in forza del quale l’*abolitio criminis* consegue sempre a una modifica della *fattispecie legale astratta*, criterio che, adottato in prima battuta nell’area delle modifiche “dirette”, ha finito per essere utilizzato anche nel terreno delle modifiche “mediate”. Il problema, però, è stato quello di capire quando la modifica di una norma extrapenale incida sulla fattispecie astratta, comportando quindi una *abolitio criminis*. La risposta si legge proprio nella sentenza Magera, la quale invoca, come il resto della giurisprudenza prevalente, il criterio della c.d. incorporazione: “*nell’ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione [...]; occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate. [...] una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo, solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama*”.

“definitoria”, *integrante* il precetto penale e modificatrice del significato fino a quel momento attribuito all’elemento normativo della “colpa”, ex art. 43 c.p; quest’ultima, di conseguenza, è stata così ritagliata sulla sola dimensione “grave”, e ciò limitatamente al settore delle prestazioni sanitarie.

In applicazione del *novum* legislativo, pertanto, il comportamento assunto dal sanitario può integrare una fattispecie di reato, sia per le condotte poste in essere successivamente all’intervento legislativo, sia per quelle poste in essere anteriormente, purchè sia possibile muovere a quest’ultimo un rimprovero di colpa “grave”; diversamente, in ipotesi di condotta posta in essere in un momento antecedente all’entrata in vigore del decreto in questione, ed animata da colpa “lieve”, la “*abolitio criminis*” successivamente intervenuta a causa della “modifica mediata” retroagisce in favore del sanitario, e ciò anche nell’ipotesi in cui sia stata già emanata una sentenza di condanna e questa sia passata in giudicato.

La Corte di Cassazione si è occupata, inoltre, di fornire dei parametri distintivi tra la colpa “grave” e la colpa “lieve”, dal momento che una corretta diversificazione tra le stesse non è più rilevante ai fini della sola graduazione del trattamento sanzionatorio, ex art.133 c.p., ma è divenuta necessario presupposto perché una condotta possa dirsi penalmente rilevante.

Peraltro, la distinzione tra colpa “lieve” e colpa “grave”, sebbene non espressamente prevista ai fini del giudizio di responsabilità penale, era già nota alla giurisprudenza di legittimità, la quale, pur escludendo la diretta applicabilità dell’art. 2236 c.c. nell’ordinamento penale, aveva già considerato lo stesso come espressivo di una regola di esperienza cui il giudice dovrebbe attenersi nel valutare l’addebito d’imperizia¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Cass., 5 aprile 2011, in Riv. it. med. leg., 2012, I; Cass., 21 giugno 2007, n. 39592. In dottrina, v. D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., il quale mette in luce gli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in merito all’operatività dell’art. 2236 c.c. nell’ordinamento penale, così come appena evidenziati nel testo, ma afferma anche che “..questa conclusione potrebbe essere

Tuttavia, date le esigenze di maggiore chiarezza che il *novum* legislativo ha imposto, la Corte di Cassazione ha invocato, quali criteri distintivi, la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che si sarebbe dovuta tenere, l'entità del rimprovero personale in base alle specifiche condizioni dell'agente, le ragioni sottese alla condotta, la consapevolezza o meno di porre in essere una condotta pericolosa. Con la conclusione che, da un lato, *“si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione”* e, dall'altro, vi può essere colpa grave *“solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente”*²⁰⁰.

Com'è evidente, la qualificazione della colpa come “grave” o “non grave” è comunque una operazione inevitabilmente intrisa di spazi di discrezionalità, dal momento che si tratta, non di distinguere ciò che è colpa e ciò che non lo è, ma di distinguere fra sue graduazioni. Una operazione, pertanto, che può essere sfuggente, ma, allo stesso tempo, secondo alcuni, più garantista, se confrontata con il *“rischio di scivolamenti verso una responsabilità oggettiva occulta”*²⁰¹.

Ad ogni modo, è chiaro che, perché possa operare l'esimente penale di cui all'art. 3, 1. Balduzzi, è necessario che le linee guida e le buone pratiche siano state “accreditate” dalla comunità scientifica e che non siano state

più linearmente motivata riconoscendo nell'art. 2236 una specificazione dei principi generali sulla colpa, valida per l'intero ordinamento giuridico: ammettere la responsabilità penale per colpa là dove la responsabilità civile sia esclusa, è incoerente con l'idea del diritto penale come extrema ratio, e con la struttura complessiva dei rapporti fra illecito penale e illecito civile”.

²⁰⁰ Cass. pen., 29 gennaio 2013 n. 16237, in Dir. pen. cont., cit. In dottrina, D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., il quale sintetizza le due ipotesi, parlando di “eccesso di conformismo” ed “eccesso di scostamento”, ossia *“le ipotesi più gravi nell'ambito di quelle che in dottrina sono state definite colpa per adesione e colpa per divergenza”*.

²⁰¹ D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., p. 84.

adottate per perseguire scopi diversi da quelli strettamente “curativi”. Infatti, da un lato non può godere dell’*abolitio criminis* un fatto che sia stato commesso nel rispetto di linee guida e buone pratiche non sufficientemente condivise dalla comunità scientifica (ad esempio, perché oggetto di plausibili obiezioni in relazione alla loro validità); dall’altro lato, è certo che l’elemento normativo della colpa non può essere ritagliato e diversificato quando il giudice individua delle linee guida di natura “imprenditoriale”.

Tuttavia, ferma restando la correttezza di quanto sin qui detto in astratto, si pongono, rispettivamente, due problemi di non poco conto. Innanzitutto, dal momento che nel nostro ordinamento non esiste un sistema ufficiale di formale “accreditamento” delle linee guida, è il giudice che deve verificarne accuratamente la validità e la condivisione nella comunità scientifica: giudice che non possiede, però, le conoscenze necessarie a tal fine. Inoltre, com’è noto, il più delle volte le linee guida e le buone pratiche vengono adottate per il perseguimento, contemporaneamente, di obiettivi diversi, come la cura del paziente e la diminuzione dei costi di gestione; di conseguenza, particolarmente difficile è il compito del giudice, dalla cui analisi dipende la scelta, più che delicata, di condannare, ex art. 533 c.p.p., o di assolvere, ex art. 530 c.p.p., l’imputato.

CAPITOLO III

QUALI PROSPETTIVE PER LA RESPONSABILITÀ SANITARIA

1) Un nuovo intervento normativo alle porte

Una volta analizzato il tema della responsabilità sanitaria così come si presentava alla luce degli orientamenti della giurisprudenza dominante e, nella situazione attuale, in forza del più recente intervento normativo, occorre procedere oltre.

Pare opportuno, infatti, prendere in considerazione un nuovo disegno di legge, in corso di approvazione nelle competenti sedi parlamentari e, ancora una volta, avente a oggetto la materia della responsabilità professionale del personale sanitario; disegno che sembra essere intervenuto proprio al fine di risolvere i dubbi interpretativi che la legge Balduzzi aveva insinuato. Nel corso dell'esame verranno messi in evidenza quelli che sembrano essere sia i punti critici sia quelli meritevoli di approvazione di tale intervento normativo, e, in un secondo momento, verranno illustrate alcune personali considerazioni in materia.

Bisogna innanzitutto sottolineare come, immediatamente dopo l'approvazione della legge di conversione del decreto Balduzzi, numerosi siano stati i tentativi di elaborare disegni di legge al fine di modificare la disciplina della responsabilità sanitaria così come risultante dal decreto predetto²⁰²; segno, quest'ultimo, di una insoddisfazione dilagante e dell'aspirazione, invece, ad una maggiore chiarezza normativa.

Da un lato, infatti, il *novum* legislativo è stato considerato da molti come ambiguo e poco chiaro; dall'altro, una giurisprudenza per nulla minoritaria

²⁰² Per un'accurata illustrazione di tali disegni di legge, A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, tra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in Nuova giur. civ. comm., cit.

ha protetto gelosamente il suo “diritto vivente”, invocando il contatto sociale come istituto oramai recepito nel nostro ordinamento e qualificando la responsabilità del medico come “contrattuale” o, per l’appunto, da “contatto sociale qualificato”. L’esito di tutto questo è stato, nonostante le resistenze di alcuni autori²⁰³, un forte ridimensionamento del tentativo operato dal legislatore con la l. Balduzzi, e un disorientamento generale nel lavoro di giudici e giuristi.

Il richiamo operato dall’art. 3, l. Balduzzi, all’art. 2043 c.c., infatti, sebbene sia stato da molti interpretato in senso “atecnico”, ha riaperto, inevitabilmente, il dibattito in materia, così come ha consentito ad alcuni giuristi di difendere proprie vecchie considerazioni sul punto²⁰⁴.

Così, come si è accennato, i tentativi di intervenire nuovamente in materia sono stati diversi, alcuni orientati a far divenire diritto positivo, una volta e per tutte, il diritto vivente formatosi in materia di responsabilità medica²⁰⁵, e altri, invece, volti a meglio precisare la portata dell’art. 3, l. Balduzzi, e a risolvere quindi i contrasti interpretativi nel senso della natura extracontrattuale di tale responsabilità.

Proprio in tale ultima direzione si è mosso, molto chiaramente, il disegno di legge n. C-259 del 13 marzo 2013, presentato dal Deputato Fucci e recante la delega al governo *“per la modifica della disciplina in materia di responsabilità professionale del personale sanitario e per la riduzione del relativo contenzioso”*. Lo stato attuale dell’*iter* parlamentare vede tale disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati il 28 gennaio 2016 e,

²⁰³ V. nota 152.

²⁰⁴ Sul punto, ci si riferisce a G. Ponzanelli, che in occasione dell’incontro di studio *“La responsabilità sanitaria: necessità di una riforma?”*, tenutosi il 27 novembre 2015 e organizzato per celebrare i primi venti anni di vita di Danno e responsabilità, ha rivendicato la propria posizione sulla natura extracontrattuale della responsabilità del medico, in aderenza a quanto da sempre sostenuto dalla I sezione del Tribunale di Milano.

²⁰⁵ Per esempio, v. il d.d.l. n. 262/2013; il d.d.l. n. 1581/2013, nella cui relazione illustrativa si afferma che *“allo stato attuale delle cose sembra assai difficile, e forse anche ingiusto, tornare verso l’inquadramento extracontrattuale della colpa professionale sanitaria”*; il d.d.l. n. 1312/2013, nel quale si propone l’espressa abrogazione dell’art. 3, l. Balduzzi.

invece, ancora in corso di approvazione in Senato. Pertanto, sebbene esso non sia ancora diritto vigente, preme comunque analizzarne il testo, perché si presume che i punti salienti della disciplina non subiranno particolari modificazioni e che il dibattito in materia, di conseguenza, verrà ancor di più alimentato.

Occorre iniziare sin da subito dal profilo di maggiore interesse, ossia dal regime della responsabilità dell'operatore sanitario, perché è questo che, in linea con la l. Balduzzi, viene maggiormente trattato dal disegno di legge in questione.

Per ciò che concerne la responsabilità penale, l'art.6 del disegno di legge prevede l'inserimento di un nuovo articolo in seno al codice penale: si tratta dell'art. 590-ter c.p., rubricato *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, che dovrebbe sancire che “*L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*”.

Si notino principalmente due aspetti.

Il primo consiste nel fatto che il legislatore questa volta sceglie di esprimersi “in positivo” piuttosto che “in negativo”: in particolare, invece che prevedere una esimente penale ed affermare che l'operatore sanitario che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate “*non risponde penalmente per colpa lieve*”, decide di specificare, al contrario, che l'operatore stesso risponde penalmente dei reati di omicidio e di lesioni personali, se cagionati a causa di imperizia e “*solo in caso di colpa grave*”.

Una tale tecnica di formulazione del disposto normativo dimostrerebbe la volontà legislativa di voler chiarire ancora meglio i contorni della

responsabilità penale del medico, soprattutto se insieme a tale tecnica di formulazione si presta attenzione alla ulteriore specificazione che il legislatore fa al secondo comma dell'art. 6. A differenza della l. Balduzzi, infatti, il disegno di legge chiarisce anche cosa debba intendersi per colpa grave, o meglio, quando la stessa vada esclusa, ossia quando siano state rispettate le buone pratiche e le raccomandazioni previste dalle linee guida, ferma restando la necessità di valutare le specificità del caso concreto che, in ipotesi, potrebbero spingere il medico ad adottare un comportamento differente.

Anche quest'ultimo aspetto è di un certo rilievo: fino a questo momento, infatti, è stata la giurisprudenza ad interpretare in tal senso la l. Balduzzi e a rimodulare il peso delle linee guida e delle buone pratiche, affermando come il loro rispetto o meno non comporti automaticamente un giudizio di irresponsabilità o di responsabilità. Adesso, con il disegno di legge preso in esame, sembra che il legislatore aderisca a tale posizione giurisprudenziale e che voglia eliminare ogni dubbio: il rispetto pedissequo delle linee guida e delle buone pratiche non esclude la colpa grave se le peculiarità del caso concreto impongono di discostarsi dalle stesse.

Un secondo aspetto consiste nella espressa delimitazione, operata dal legislatore, dei casi in cui l'operatore sanitario risponde solo per colpa grave e, quindi, non per colpa lieve. E' noto, infatti, che molto si è discusso sulla portata dell'esimente penale così come descritta dalla l. Balduzzi; l'orientamento maggioritario è poi giunto a ritenere che tale esimente fosse circoscritta alle sole ipotesi di imperizia, dal momento che le stesse linee guida rappresenterebbero delle regole di perizia e non di mera diligenza o prudenza²⁰⁶. Ad ogni modo, con il disegno di legge *de quo* sembra che il legislatore voglia chiarire una volta e per tutte anche questo profilo, statuendo espressamente che l'operatore sanitario risponde dei reati di

²⁰⁶ V. nota 194.

omicidio e lesioni personali solo in caso di colpa grave, quando il pregiudizio sia stato arrecato “*a causa di imperizia*”.

Per ciò che concerne la responsabilità civile, è l'art. 7 del disegno di legge che desta maggiore interesse. Tale articolo, rubricato *Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria*, sancisce che “1. *La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorchè non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonchè attraverso la telemedicina. 3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile*”.

Nonostante la rubrica dell'articolo sia fuorviante, nella misura in cui parla di responsabilità, sia della struttura che dell'esercente la professione sanitaria, “*per inadempimento*”, facendo così pensare ad un regime unico, di natura contrattuale, per entrambi i soggetti, il tenore della disposizione non lascia poi spazio ad alcun dubbio interpretativo. Com'è evidente, infatti, l'intento del legislatore sarebbe quello di distinguere nettamente la posizione della struttura da quella del medico: con riferimento alla prima, verrebbe confermato il regime contrattuale della responsabilità, derivante infatti dall'inadempimento di una “*propria obbligazione*”, con la precisazione che, nel caso in cui la struttura si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, la stessa risponderebbe delle loro condotte dolose o colpose, ex art. 1228 c.c., in quanto soggetti “ausiliari”; con riferimento al secondo, invece, verrebbe sancito il regime extracontrattuale della responsabilità, con una chiarezza tale da non far sorgere alcun dubbio

interpretativo sulla scelta di campo effettuata dal legislatore. Mentre infatti con la l. Balduzzi poteva ritenersi giustificata quella posizione che faceva leva sulla espressione “*resta fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c.*”, come se il rinvio riguardasse esclusivamente l’obbligo risarcitorio e non il regime extracontrattuale della responsabilità, il tenore letterale dell’art. 7, co.3 del disegno di legge *de quo* appare inequivocabile: tale articolo sancisce che il medico “*risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile*”, con ciò dettando una specifica regola di responsabilità e, quindi, di regime giuridico applicabile.

Da quanto detto è possibile già formulare una prima conclusione, ossia che il legislatore, con la redazione di tale disegno di legge, sia stato mosso dall’intenzione di “riappropriarsi di ciò che è suo”. In particolare, in una materia in cui forte è sempre stata la “vocazione giurisprudenziale”, e cioè la propensione dei giudici a emanare regole che sono poi divenute diritto “vivente”, sembra che il legislatore abbia voluto riprendere terreno, date le forti implicazioni socio-economiche che la materia della responsabilità medica, così come disegnata dalla giurisprudenza maggioritaria, ha negli anni comportato.

Quello di una giurisprudenza “normativa”²⁰⁷ è un fenomeno a cui già si è fatto cenno nel corso del presente lavoro. Pertanto, esso merita di essere sinteticamente approfondito, dal momento che “*all’interno dei modelli della responsabilità civile [trova] uno dei suoi più significativi punti di emersione*”²⁰⁸.

Di un “diritto giurisprudenziale”, infatti, si è cominciato a parlare sin dagli anni ’60²⁰⁹, sebbene solo recentemente il fenomeno in questione ha

²⁰⁷ Per una ricostruzione del fenomeno della “giurisprudenza normativa”, v. F.D. Busnelli, *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*, Napoli, 2007; F. Bellomo, *La giurisprudenza normativa*, in *Diritto e Scienza*, 2014, 9.

²⁰⁸ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 200.

²⁰⁹ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, il quale proponeva la distinzione tra una giurisprudenza nei confronti della quale i testi normativi conservano una funzione di fondamento e di verifica (c.d. “momento giurisprudenziale del diritto”), e una giurisprudenza rispetto alla quale “*la pura logica interpretativa è impotente*” (c.d. “diritto giurisprudenziale”).

suscitato particolare interesse (o preoccupazione), e dello stesso ne è stato tentato un inquadramento nell'ambito della c.d. "soft law".

E' anche importante ricordare che le posizioni elaborate in materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza trovano importanti conferme nell'ambito più generale della teoria del diritto, dove da tempo si va sostenendo la tesi secondo cui le norme giuridiche sono il risultato dell'attività interpretativa di dottrina e giurisprudenza; attività che muove, per l'appunto, dagli enunciati-disposizioni, per arrivare alle norme-significato, e che comporta molto spesso una dose più o meno ampia di "creatività"²¹⁰.

Peraltro, è la stessa giurisprudenza di legittimità che in più occasioni ha formalizzato e, in tal modo, legittimato il fenomeno della giurisprudenza "normativa", esprimendo dei concetti che, secondo alcuni, striderebbero con il dettato costituzionale di cui all'art. 101, co.2, Cost.²¹¹: si pensi alla giurisprudenza formatasi in materia di "nascite indesiderate"²¹², la quale, nell'affermare in un caso che il nascituro va considerato un "soggetto di diritto"²¹³, e in un altro, al contrario, un "oggetto di tutela"²¹⁴, ha

²¹⁰ Si veda in proposito l'opera seminale del teorico del diritto genovese Giovanni Tarello, che dà una formulazione particolarmente persuasiva di questa tesi (cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 9-10).

²¹¹ F. Bellomo, *La giurisprudenza normativa*, in *Diritto e Scienza*, cit.

²¹² Il concetto delle c.d. "nascite indesiderate" è stato mutuato nel nostro ordinamento dai sistemi di Common law, i quali conoscono ed hanno coniato due diverse tipologie di azioni: quelle di "wrongful birth", attraverso le quali sono i genitori a vantare una pretesa di risarcimento dei danni patiti a seguito di una gravidanza indesiderata o non interrotta (come nei casi di fallimento di un intervento di interruzione della gravidanza o di fallimento di interventi di sterilizzazione maschile); e quelle di "wrongful life", attraverso le quali sono i bambini nati con gravi malattie o malformazioni genetiche ad agire per il risarcimento dei danni derivati da un'esistenza non voluta. Sul generico tema delle "nascite indesiderate" e dei "danni da procreazione" si consenta di rinviare a P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 614 ss; R. Simone, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469 e ss.; R. De Matteis, *Un nuovo itinerario per il danno biologico: le nascite indesiderate*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, Giuffrè, 1999, 260 e ss. e, ancora, "Wrongful life": problemi e falsi dilemmi, in *Giur. it.*, 2003, 5, 1064 e ss; P.G. Monateri, "La marque de Cain". *La vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'Alambicco*, in AA. VV, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'Angelo, Milano, 1999, 285 ss.

²¹³ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, in cui si legge "In tale assetto ordinamentale la giurisprudenza di legittimità assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti. Il nostro ordinamento, pur appartenendo ai sistemi di civil law, si configura come semi-aperto, perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su c.d. clausole generali, e cioè su indicazioni di

manifestato un certo protagonismo nel dettare regole di responsabilità e riconoscere diritti.

Ad ogni modo, non vi è dubbio che nel contesto attuale, accanto al diritto strettamente positivo, si affianca uno *ius* giurisprudenziale sempre più “ingombrante”, che trova espressione in due fenomeni diversi: da un lato, nella “vincolatività del precedente”, che si ritiene abbia base giuridica nell’art. 65, co.1, ord. giud.²¹⁵ e che si sostanzierebbe in un vero e proprio dovere giuridico per il giudice di non decidere in contrasto ai precedenti della S.C, se non con adeguata motivazione e per gravi ragioni; dall’altro, nel formulare istituti non espressamente previsti nel nostro ordinamento, e quindi, in un’attività para-legislativa che, invocando la teoria della giurisprudenza degli interessi, o più in generale, teorie dell’interpretazione

“valori” ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell’impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all’interprete per consentirgli, nell’ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l’individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della Interessenjurisprudenz (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla Begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l’interprete), del mancato, immediato adeguamento all’evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua vis expansiva sono, dunque, funzionalmente collegati all’assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch’esso caratterizzato dal Rule of law (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l’attività ermeneutica del giudice”.

²¹⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, per la quale sia consentito rinviare a E. Villa, *Negligenza diagnostica e tutela del nato malformato*, in www.juscivile.it, 2013, 9. Con tale sentenza la S.C, nonostante non affermi la sussistenza nel nostro ordinamento di un “diritto a non nascere se non sano”, arriva a riconoscere il diritto al risarcimento del danno in capo al nato malformato perché “una corretta e coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi [...] sembra condurre alla conclusione che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento considerino il concepito come un oggetto di tutela necessaria”, qualificando il concepito “come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto”, e delineando un nuovo diritto, “quello del nascituro (una volta in vita), oggetto di tutela da parte dell’ordinamento, alla procreazione cosciente e responsabile”.

²¹⁵ Tale articolo, infatti, attribuisce alla Corte di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, il compito di assicurare “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale..”

di indirizzo antiformalistico²¹⁶, aspira a colmare le lacune legislative per il tramite dell'operatività di clausole generali, come possono essere, a titolo meramente esemplificativo, la buona fede e la solidarietà sociale.

Peraltro, è proprio il settore della responsabilità medica che ha costituito uno dei terreni privilegiati di tale *ius* giurisprudenziale: come si è visto nel corso del presente lavoro, è stata la giurisprudenza, a torto o a ragione, a dettare le regole operanti in tale settore, a prendere posizione circa la natura giuridica della responsabilità del medico e ad elaborare il regime giuridico applicabile. E tutto questo è stato mosso da un approccio, tipico della giurisprudenza normativa, orientato alla formulazione di giudizi di valore, così come alla ricerca della giustizia del caso concreto, indipendentemente, per quanto possibile, dal dato normativo.

Tuttavia, secondo alcuni, l'evoluzione giurisprudenziale in materia ha subito un'accelerata inarrestabile, che ha portato con sé conseguenze patologiche ulteriori (quali, *in primis*, la medicina difensiva e l'aumento dei costi della sanità pubblica), che le stesse corti non sono riuscite a tenere sotto controllo e a ridimensionare, rendendo così necessario l'intervento legislativo²¹⁷.

Il problema, però, è stato che, come si è accennato, la legge Balduzzi non è stata risolutiva: la formulazione "equivoca" dell'art. 3, infatti, ha consentito ancora una volta, a molti giudici di merito e di legittimità, di rimanere fedeli al diritto "vivente", ruotante attorno alla figura del contatto sociale qualificato.

Ecco allora il perché del nuovo disegno di legge: giusto o sbagliato che sia l'inquadramento della responsabilità del medico nell'alveo dell'art. 2043

²¹⁶ Per una teoria del genere, si veda R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

²¹⁷ G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016, in cui l'A. ripercorre l'intervento tenuto a Roma il 27 novembre 2015, in occasione dell'incontro di studio organizzato per celebrare i primi venti anni di vita di *Danno e responsabilità*, intitolato "La responsabilità sanitaria: necessità di una riforma?" al cui incontro chi scrive ha personalmente partecipato.

c.c.²¹⁸, evidente è la volontà del nostro legislatore di porre un freno ad una prassi giurisprudenziale che oltrepassa i limiti dell'attività interpretativa al punto da rinnegare il dato letterale, e ciò in nome di una "sovrastuttura categoriale"²¹⁹ elaborata dalla stessa giurisprudenza.

Così, il disegno di legge dovrebbe chiarire, una volta e per tutte, gli aspetti che il decreto Balduzzi aveva lasciato in balia delle contrastanti interpretazioni giurisprudenziali: lo stesso detta, *expressis verbis*, una regola di responsabilità che garantisce al medico-danneggiante maggiori spazi di manovra e che impone al paziente-danneggiato un maggior rigore nell'azionare pretese risarcitorie.

Ciò che emerge dal disegno di legge in esame, quindi, è, ancora una volta, l'esigenza di porre un freno al fenomeno della medicina difensiva e di attenuare i costi della sanità pubblica. Ulteriori spie di tali obiettivi sono infatti altre disposizioni contenute nel disegno di legge medesimo.

Si pensi all'art. 8, rubricato *Tentativo obbligatorio di conciliazione*, il quale recita "1. *Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente.*

2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. In tali casi non trova applicazione l'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, né l'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza,

²¹⁸ Sul quale v. più approfonditamente *infra*.

²¹⁹ M. Paladini, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, cit., il quale, nell'analisi del decreto Balduzzi, afferma "Si può certamente convenire con le critiche mosse sul piano dell' "atecnica" legislativa e dell'inopportunità di un intervento qualificatorio così denso di implicazioni nel sistema della responsabilità sanitaria, ma parimenti non è condivisibile un approccio dogmatico che rinneghi il dato letterale per la prevalenza di una sovrastuttura categoriale".

o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento.

3. Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile.

4. La partecipazione al procedimento di accertamento tecnico preventivo di cui al presente articolo è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, e per tutta la durata del procedimento. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione”.

Prescindendo per il momento dalle personali considerazioni sulla scelta operata dal legislatore, ancora una volta, circa la disciplina della responsabilità sanitaria, l'art. 8 del disegno di legge in esame segna un passaggio importante che risulta essere meritevole di approvazione, quantomeno se si vuole ancora parlare di responsabilità del medico.

L'opportunità, infatti, di far uso di uno strumento come quello dell'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 bis c.p.c, in una materia come quella della responsabilità sanitaria, non è sfuggita nemmeno

ad una parte della giurisprudenza di merito²²⁰, ancor prima della redazione del disegno di legge in esame: preso atto di un contesto normativo piuttosto ambiguo (come è di certo quello risultante dalla legge Balduzzi), incapace di far fronte agli obiettivi di politica del diritto (in teoria) perseguiti e alle esigenze di risanamento economico più volte accennate, la strada da percorrere dovrebbe essere, a monte, quella del potenziamento dei canali di comunicazione tra il medico ed il paziente e, a valle, quella del rafforzamento dei percorsi conciliativi. Il disegno di legge, evidentemente, prende atto di tutto questo e, nel valorizzare l'istituto di cui all'art. 696 bis c.p.c., mostra una chiara consapevolezza delle criticità che affliggono il sistema della giustizia civile e, in particolar modo, il contenzioso sanitario.

Pertanto, alla luce dell'art. 8, le parti, prima ancora di concretizzare la lite in sede processuale, dovrebbero necessariamente tentare la strada della conciliazione, affidata ad un consulente tecnico, il quale sarà chiamato a risolvere tutte le questioni giuridiche del caso, per quanto complesse siano²²¹. Infatti, è certamente vero che, di regola, le controversie in materia di responsabilità sanitaria sono intrinsecamente legate a questioni giuridiche di estrema complessità, la cui soluzione, peraltro, dipende il più delle volte dallo stato di avanzamento cui è giunta la giurisprudenza. Tuttavia, è anche vero che, proprio in materia di responsabilità sanitaria, il giudice non può che affidarsi alle indagini dell'esperto medico specialista al fine di risolvere

²²⁰ V., ad esempio, Trib. di Rimini, ord. 17 marzo 2015, il quale accoglie il ricorso ex art. 696 bis c.p.c. in un caso di responsabilità medica. In particolare, per ciò che concerne le controversie in materia di responsabilità sanitaria, si sottolinea come sia proprio la c.t.u. ad assumere un ruolo assorbente, quale fonte oggettiva di prova. Infatti, sono proprio le conoscenze tecniche dell'esperto a consentire non solo la comprensione dei fatti ma la loro stessa individuazione. Ed è solo attraverso l'operato del consulente, peraltro, che il giudice dispone di un quadro completo ed esaustivo di tutti i fattori causali entro i quali, poi, ricostruire il nesso di causalità e far operare la regola della "certezza probabilistica".

²²¹ La complessità delle questioni giuridiche da affrontare (ad esempio, *in primis*, l'accertamento del nesso causale) è una preoccupazione di altra giurisprudenza di merito che, proprio per questo, ha negato l'utilizzo dell'accertamento tecnico preventivo, ex art. 696 bis c.p.c., in materia di responsabilità sanitaria. V., ad esempio, Trib. di Roma, ord. 26 marzo 2015, secondo il quale l'ATP è il mezzo ideale per risolvere le controversie sull'*an* e sul *quantum* nella misura in cui l'accertamento si presenti dotato di un alto grado di "fattualità"; le controversie in materia medico-sanitaria, invece, si caratterizzano per una elevata "intensità giuridica", come può facilmente desumersi dalle questioni concernenti l'esistenza e la quantificazione dei danni non patrimoniali.

proprio le questioni più complesse, come l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l'evento lesivo e la verifica dei danni risarcibili conseguenti a quest'ultimo.

E anche nel caso in cui le questioni giuridiche da trattare appaiano oltre le potenzialità dell'esperto, occorre tenere sempre in considerazione due cose: innanzitutto, l'obiettivo primario dell'istituto di cui all'art. 696 bis c.p.c è la conciliazione delle parti²²², per cui queste non andrebbero ostacolate anche se l'operato del consulente peccasse di rigore nell'accertamento e nella categorizzazione dei fenomeni giuridici; inoltre, le parti, se ferme nelle loro posizioni o insoddisfatte dell'operato del consulente, potrebbero ben non accordarsi e decidere di andare a giudizio, il che consentirebbe, semmai, di acquisire agli atti la relazione peritale.

È quindi condivisibile il tentativo di valorizzare al massimo la funzione conciliativa dell'istituto *de quo*: un atteggiamento rigoroso e troppo restrittivo, arroccato su (presunte) complessità delle questioni da trattare, rischierebbe di ostacolare, anziché agevolare, il compito di chi viene di regola nominato per comporre comunque una lite. E che la lite stessa venga evitata a monte, nella misura in cui non giunga allo stadio del processo ma che, piuttosto, si ricomponga per il tramite della buona volontà delle parti e dell'aiuto di un esperto sul campo, dovrebbe essere un risultato solo da apprezzare: il congestionamento della macchina della giustizia che caratterizza i nostri tempi, le lungaggini del processo civile e, di conseguenza, la sfiducia che i consociati nutrono verso il funzionamento della giustizia, sono dei fenomeni piuttosto allarmanti, che dovrebbero portare a guardare con favore soluzioni di “*informal justice*”, o fenomeni comunque assimilabili alle procedure di “*alternative dispute resolution*”²²³.

²²² G.N. Nardo, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, in “www.judicium.it”, 1 ss.

²²³ Per un parallelismo tra l'istituto di cui all'art 696 bis c.p.c e le procedure di ADR, Alberto A.Romano, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c, tra mediacion ed anticipazione della prova*, in *Corriere giur.*, 2006, 3, 405.

L'accertamento tecnico preventivo ai fini della composizione della lite, ex art. 696 bis c.p.c, dunque, sembra potersi ben insinuare in un progetto di riforma in materia di responsabilità sanitaria, soprattutto se gli obiettivi perseguiti sono il far fronte alla medicina difensiva e il risparmio di spesa. Infatti, da un lato, il mezzo di cui all'art. 696 bis c.p.c dà una chance di ricostituzione di un rapporto che dovrebbe essere ispirato alla massima fiducia e collaborazione. Di conseguenza, un suo utilizzo più corposo potrebbe essere un incentivo per il sanitario ad operare coerentemente alle esigenze del caso concreto e più serenamente, dal momento che già sa, *ex ante*, che la strada percorribile dal paziente non è esclusivamente il giudizio ma anche l'accertamento ai fini conciliativi. Dall'altro, si potrebbe assistere ad una notevole riduzione dei costi pubblici: in primo luogo, i costi della stessa medicina difensiva, il che consentirebbe di impiegare le risorse finanziarie, prima "sprecate", ad un miglioramento della sanità pubblica; in secondo luogo, i costi del contenzioso sanitario (ove la conciliazione vada a buon fine), altrimenti gravanti sul bilancio pubblico.

Tutto questo, peraltro, può sostenersi a maggior ragione proprio per il fatto che il disegno di legge non si è spinto, come avrebbe dovuto²²⁴, fino ad escludere l'azione diretta nei confronti del sanitario: di conseguenza, non resterebbe che fronteggiare il fenomeno della medicina difensiva per il tramite di strumenti, come quello dell'art. 696 bis c.p.c, che siano quantomeno in grado di ridurre il contenzioso e di favorire l'accordo e la conciliazione.

Un'altra spia normativa degli obiettivi di politica del diritto che il legislatore mira a perseguire è data dall'art. 9 del disegno di legge in esame, rubricato *Azione di rivalsa*, il quale recita "1. *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave.*

2. *Se il danneggiato, nel giudizio di risarcimento del danno, non ha convenuto anche l'esercente la professione sanitaria, l'azione di rivalsa nei*

²²⁴ Tale aspetto verrà meglio approfondito nel paragrafo 2.

confronti di quest'ultimo può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dal passaggio in giudicato del titolo sulla base del quale è avvenuto il pagamento ovvero dal pagamento in caso di risarcimento avvenuto sulla base di un titolo stragiudiziale.

3. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio.

4. In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa.

5. In caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 7 deve essere esercitata dinanzi al giudice ordinario ed è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti. La misura della rivalsa, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua. Per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di rivalsa, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti né può partecipare a pubblici concorsi per incarichi superiori.

6. In caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata, la misura della rivalsa, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua.

7. Nel giudizio di rivalsa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o socio- sanitaria o dell'impresa di assicurazione”.

Dalla lettura di tale articolo, pertanto, si desume che l'obiettivo del legislatore è quello di preservare il medico e il suo patrimonio, favorendo che il paziente agisca, *in primis*, contro la struttura sanitaria, e limitando la rivalsa della struttura nei confronti del medico ai casi di dolo o colpa grave. L'azione diretta contro il sanitario, infatti, sebbene resti pur sempre possibile, verrebbe di fatto disincentivata, in quanto subordinata al rispetto del più gravoso onere probatorio vigente in materia di responsabilità extracontrattuale.

Ancora, merita attenzione l'art. 10, rubricato *Obbligo di assicurazione*, il quale, al comma 1, recita “*Le aziende del Servizio sanitario nazionale, le strutture e gli enti privati operanti in regime autonomo o di accreditamento con il Servizio sanitario nazionale che erogano prestazioni sanitarie a favore di terzi devono essere provvisti di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1-bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso l'azienda, la struttura o l'ente. La disposizione del primo periodo si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria nonché attraverso la telemedicina*”, così come al comma 3 afferma “*Al fine di garantire efficacia all'azione di rivalsa di cui all'articolo 9, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in aziende del Servizio sanitario nazionale, in strutture o in enti privati provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione*”.

Come si è messo in evidenza nel secondo capitolo del presente lavoro, un aspetto critico della legge Balduzzi è stato la mancata previsione di un obbligo assicurativo in capo alle strutture sanitarie, che comporterebbe la tendenza delle strutture medesime ad affidarsi, quasi esclusivamente, alle

coperture assicurative degli operatori sanitari. Il disegno di legge, pertanto, farebbe così un apprezzabile passo in avanti nel prevedere un generalizzato obbligo di assicurazione anche in capo alle strutture sanitarie, sebbene tale previsione avrebbe potuto essere ancora più significativa: tale obbligo, infatti, anche alla luce del disegno di legge in esame, resterebbe meramente unilaterale e nient'affatto bilaterale, il che significa che la compagnia assicuratrice, a fronte del rischio troppo alto, potrebbe rifiutarsi di stipulare o richiedere premi eccessivamente elevati. Il che significa, ancora una volta, alimentare la medicina difensiva.

Strettamente collegato al profilo assicurativo, è anche l'art. 12 del disegno di legge in esame, rubricato *Azione diretta del soggetto danneggiato*. Tale disposizione prevede espressamente la possibilità per il soggetto danneggiato di agire direttamente, sempre nei limiti delle somme per le quali il contratto di assicurazione è stato stipulato, nei confronti della impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa, così come previsto nella disciplina della r.c. auto.

Anche questo è un aspetto, se si vuole, “deflattivo”, nella misura in cui consente al danneggiante (che sia la struttura o l'esercente la professione sanitaria), ove il danneggiato scelga di agire in via diretta contro l'impresa di assicurazione, di godere di una sorta di “giudizio-filtro”, in cui è sì litisconsorte necessario ma non, in via immediata, soggetto passivo del giudizio.

Ancora, sempre in un'ottica di tutela della classe medica va letto l'art. 13 del disegno di legge in esame: tale disposizione, infatti, rubricata *Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità*, impone che sia le strutture sanitarie, che le imprese di assicurazione, informino l'operatore sanitario dell'instaurarsi del giudizio nei loro confronti ad opera del danneggiato, con la chiara finalità di “preparare” il medico ad eventuali azioni di rivalsa.

Questi, fino ad adesso, gli aspetti più rilevanti del disegno di legge che in tale sede si sta analizzando, tutti complessivamente animati dalla volontà di attenuare il regime della responsabilità operante per la classe medica.

E tutto questo risulta essere, pertanto, lo “stato dell’arte” sul tema della responsabilità sanitaria. Quello che rimane da fare, adesso, è sviluppare una presa di posizione critica sulla più recente soluzione legislativa, sul presupposto che venga approvata così com’è, e, più indietro ancora, sulla precedente legge Balduzzi, entrambe accomunate dagli stessi obiettivi.

Ebbene, la soluzione adottata dal legislatore con il disegno di legge in esame, e, ancor prima, con la legge Balduzzi, seppure giustificata da obiettive ragioni di politica del diritto, non è l’unica percorribile, e forse non è neanche la *migliore*. E questo, non solo perchè non è la più efficace rispetto agli obiettivi che si vorrebbero perseguire, ma anche perché non è la più corretta, da un punto di vista fattuale, e neppure la più coerente da un punto di vista normativo. In particolare tale soluzione, da un lato (punto di vista fattuale), non tiene conto del modo, ormai ben consolidato, in cui oggi si atteggiano i rapporti medico-paziente; dall’altro (punto di vista normativo), non prende assolutamente in considerazione una norma del codice civile, questa sì risolutiva, che di fatto esclude la responsabilità dei soggetti ausiliari di cui il debitore si avvale nell’adempimento della obbligazione, per dolo o colpa grave, dal momento che addossa tale responsabilità proprio sul debitore (art. 1228 c.c.).

2) Aspetti critici della legge Balduzzi e del nuovo disegno di legge e personali considerazioni *de jure condendo* sul regime giuridico della responsabilità sanitaria

Nel corso del presente lavoro, si è più volte messo in evidenza il retroterra degli interventi normativi degli ultimi anni. La legge Balduzzi e il disegno di legge cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, infatti, sono stati emanati in un momento in cui si è preso atto della situazione drammatica che l'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità sanitaria aveva generato. Nell'ottica di tutelare sempre di più il paziente, considerato la parte debole del rapporto, e in assenza di una disciplina giuridica di diritto positivo che risolvesse a monte le problematiche in materia, la giurisprudenza aveva infatti progressivamente dettato un regime giuridico sempre più "patient-friendly", al punto da ribaltare totalmente gli equilibri del rapporto medico-paziente e presentare il primo, e non più il secondo, come parte debole del rapporto.

Si è così innescato un circolo vizioso, riassumibile nei seguenti passaggi: una giurisprudenza tutta orientata a tutelare il paziente, e quindi ad elaborare un regime giuridico che privilegiasse le pretese risarcitorie di quest'ultimo, ha portato ad un "eccesso di responsabilità" della classe medica; tale eccesso di responsabilità ha avuto come conseguenza il sorgere, nella classe medica stessa, di un atteggiamento di forte chiusura; tale atteggiamento si è poi sostanziato in un fenomeno, comunemente chiamato "medicina difensiva", che vede il medico, o astenersi dall'intervenire (nel timore che il rischio dell'esito infausto, in situazioni di partenza pericolose, gli venga automaticamente attribuito), o intervenire troppo e prescrivere tutto (nel timore che l'omissione di un intervento o di un esame, sebbene non utile, gli venga rimproverata). Tutto questo ha avuto, ovviamente, dei risvolti negativi della natura più varia: una degenerazione del rapporto medico-paziente, improntato alla totale sfiducia del secondo verso il primo; una perdita di rilievo dell'attività di ricerca e, di

conseguenza, un depotenziamento della tutela del diritto alla salute, dal momento che il medico tende a fare il minimo indispensabile per tutelare sé e il proprio patrimonio; un innalzamento considerevole dei costi del contenzioso sanitario e, di conseguenza, una notevole riduzione delle risorse da destinare alla sanità pubblica; la crisi del sistema assicurativo, troppo appesantito da richieste risarcitorie esorbitanti e, quindi, sempre più restio a coprire certe categorie di rischio professionale.

Questo, in sintesi, il quadro socio-economico in cui è intervenuta la legge Balduzzi e, a seguire, il disegno di legge C-n. 259. Non può non prendersi atto delle difficoltà che il legislatore si è trovato ad affrontare e della necessità di intervenire sulle patologie caratterizzanti la materia della responsabilità sanitaria. Ma non può neanche sottacersi l'atteggiamento della giurisprudenza maggioritaria, che di fatto, invocando il diritto "vivente", ha neutralizzato gli obiettivi del legislatore e ha creato una situazione di stallo.

Premesso che non è di certo condivisibile un tale atteggiamento, consistente nel fatto che la prassi giurisprudenziale arriva, confrontandosi con i casi, addirittura a prescindere dal dato normativo e a svuotarne il significato, potrebbe tuttavia ritenersi effettivamente giustificata la posizione di quei giudici che hanno fatto leva sulle forti ambiguità dell'art. 3, l. Balduzzi, per continuare ad affermare la natura contrattuale della responsabilità medica.

Rinviando al capitolo II, paragrafo 2, per tutte le motivazioni che sono state a tal fine addotte, si ricordi a titolo meramente esemplificativo che il legislatore dimentica, in effetti, di specificare che l'art. 3, l. Balduzzi, si riferisce esclusivamente al medico-dipendente e non al libero professionista, quest'ultimo sì contrattualmente legato al paziente. E di certo potrebbe risultare irrazionale cominciare ad applicare la disciplina della responsabilità extracontrattuale anche in tale ultimo caso, quando nella realtà dei fatti un rapporto è ben consacrato da un contratto.

E allora, non è così irragionevole un atteggiamento della giurisprudenza, anche se, se si vuole, un po' "prepotente", che rifiuta l'applicazione dell'art. 2043 c.c. in materia di responsabilità medica e che invoca, ancora, il contatto sociale qualificato²²⁵. Come si è sostenuto nel capitolo II, infatti, il legislatore, nel perseguire i suoi (giustificati) obiettivi di politica del diritto, è stato tuttavia "maldestro"²²⁶, e da questo, se si fa tesoro della teoria del contatto sociale qualificato e della obbligazione senza prestazione, potrebbe per una volta trarsi beneficio.

Questa strada, però, alla luce della formulazione del disegno di legge preso in esame in questa sede, sembra avere vita breve: come messo già in evidenza, la formulazione dell'art. 7 di tale testo normativo non lascia spazio ad alcun dubbio interpretativo circa la natura extracontrattuale della responsabilità del medico-dipendente. Una volta conclusosi l'iter parlamentare di approvazione del disegno di legge medesimo, stando ferma la formulazione attuale, non resterà che prendere atto del ribaltamento di regime fino a questo momento applicato, non potendo più i giudici invocare alcun difetto di formulazione del dato letterale e procedere ad una forte

²²⁵ Ma v. *contra*, M. Paladini, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, cit., che afferma "Si può certamente convenire con le critiche mosse sul piano dell' "atecnica" legislativa e dell'inopportunità di un intervento qualificatorio così denso di implicazioni nel sistema della responsabilità sanitaria, ma parimenti non è condivisibile un approccio dogmatico che rinneghi il dato letterale per la prevalenza di una sovrastruttura categoriale", p. 883; G. Palma, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2016, nel quale l'A. afferma "La riforma Balduzzi contiene un richiamo all'art. 2043 c.c. il quale, anche se errato, non dovrebbe poter consentire al giudice di non tenerlo in minimo conto, svuotandolo di ogni suo significato. Il principio che sembra emergere dall'analisi della giurisprudenza in materia di responsabilità medica sarebbe, invero, quello per cui se il legislatore erra nella qualificazione di una situazione giuridica (codificando un fatto all'interno di un determinato paradigma mentre, in realtà, questo possiede i connotati di una categoria differente) il giudice può non tenere in considerazione la disposizione e giudicare secondo il diritto vivente che si è formato in precedenza. L'interpretazione pretoria, dunque, dovrebbe essere orientata al fatto e non alla norma se la norma ha errato nella qualificazione del fatto. Se però, l'attività "paralegislativa" della giurisprudenza costituisce un prezioso strumento quando si tratta di attribuire tutela a situazioni giuridiche soggettive non disciplinate espressamente dal legislatore, concretandosi così in un'attività *praeter legem*, non sembra suscettibile di condivisione quando determina uno stravolgimento del significato della norma, traducendosi in un'attività di sostanziale equiordinazione al legislatore, di tal guisa che risulta stravolto l'intero sistema delle fonti del diritto", p. 969.

²²⁶ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 160-161.

integrazione creativa del diritto positivo²²⁷, operazione che, fra l'altro, non sarebbe del tutto in linea con gli equilibri dei poteri costituzionali che caratterizzano il nostro sistema.

Tuttavia, a prescindere da ciò, in sede di osservazioni conclusive la domanda che a questo punto bisogna porsi non è legata ad una ricostruzione, in sede *dottrinale*, del contenuto normativo delle disposizioni in materia (la ricostruzione di “quello che c'è”), ma a quella, in sede di *politica del diritto*, di come dovrebbe essere impostata la futura regolamentazione della materia medesima (la prefigurazione di come il diritto “dovrebbe essere”²²⁸). Insomma, l'obiettivo del presente lavoro è quello di chiedersi, a monte, se sia giusto che il legislatore intervenga in via generale e astratta in una materia, come quella della responsabilità sanitaria, caratterizzata da un dato pacifico, ossia la “relazione”²²⁹ sussistente tra il medico ed il paziente, per imporre un regime giuridico che si fonda, invece, sul “non rapporto” tra il danneggiante e il danneggiato.

Certamente, che il legislatore intervenga espressamente e sovverta il diritto “vivente” è una scelta formalmente corretta: il fatto che la giurisprudenza per venti anni abbia costruito un regime giuridico specifico per la responsabilità dell'operatore sanitario non può infatti essere *formalmente* di ostacolo all'attività legislativa, che è, per definizione, una attività “libera nei fini”²³⁰. La discrezionalità legislativa può spingersi fino a ribaltare

²²⁷ Sulla importante distinzione fra *interpretazione* e *integrazione* del diritto positivo si veda, in sede di teoria dell'interpretazione, R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 145.

²²⁸ Su questa distinzione fra ricostruzione del “diritto com'è” e prefigurazione del diritto “come dovrebbe essere”, le cose forse più interessanti, quantomeno in tempi recenti, le ha dette Ronald Dworkin (cfr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, pp. 81 ss., 225 ss).

²²⁹ C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in Eur. e dir. priv., 2011, in cui afferma che “la vera essenza dell'obbligazione (...) non consiste nel suo contenuto o oggetto (...) ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile”.

²³⁰ V., ad esempio, Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, in Foro it., 2003, I, in cui si afferma “..nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato,

orientamenti secolari, se esercitata compatibilmente con il testo costituzionale e, pertanto, nel rispetto dei principi generali del nostro ordinamento. Tutto questo vale, a maggior ragione, se l'intervento normativo è sorretto da ragioni di politica del diritto molto avvertite nel contesto storico del momento e rispetto alle quali una presa di posizione in via generale e astratta si impone come urgente. Altra è, però, la questione se il legislatore "faccia bene" ad operare in questo modo.

In materia di responsabilità sanitaria, è accaduto esattamente questo: dopo anni di silenzio del nostro legislatore, si è posta la necessità di un intervento che provenisse dall'alto, e che fosse capace di comporre il conflitto di interessi che anima la materia medesima. Materia nella quale, non si dimentichi, a parte le gravi ragioni di carattere economico che derivano dal fenomeno della medicina difensiva e dall'eccesso di contenzioso, sussistono gravi ragioni di carattere etico-sociale. Si pensi al cambiamento di equilibri che ha subito il rapporto medico-paziente, causato dalla forte sfiducia nutrita dal secondo verso il primo, e rispetto al quale si pone l'esigenza di una rivalutazione della professione medica e di una valorizzazione dell'autorità e delle abilità professionali del medico stesso; si pensi all'impoverimento che ha subito l'attività scientifica e di ricerca, dovuto ad un atteggiamento del medico qualificabile proprio come "medicina difensiva", e rispetto al quale si pone l'esigenza di restituire allo stesso degli spazi di manovra più ampi. Ciò che è necessario, infatti, è che il medico ricominci a svolgere la sua attività più serenamente, senza temere continue rappresaglie risarcitorie, e con l'unico obiettivo di curare il paziente, perché evidente è che la conseguenza più grave di tutti i fenomeni patologici cui si è fatto cenno è il declassamento del diritto alla salute, da *diritto fondamentale* ad *interesse secondario*.

la Costituzione regola la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo ed il Parlamento, quale espressione di potere politico, libera cioè nei fini e sottratta pertanto a qualsiasi sindacato giurisdizionale". Per un approfondimento della nozione di atto politico, nel cui ambito può quindi rientrare anche l'atto legislativo, si rinvia a R. Garofoli-G.Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012 (Nel diritto Editore), in cui viene ben delineata anche la distinzione tra atto "politico" e atto di "alta amministrazione", p. 848-857.

Detto questo, però, si pone il problema principale sul quale il presente lavoro mira a prendere posizione. Se il sovvertimento del diritto “vivente” è, come appena detto, un “non problema” dal punto di vista formale, ciò non ci esime dal porci, allo stesso tempo, una domanda: la discrezionalità legislativa, in uno ai giustificati e ragionevoli obiettivi di politica del diritto che si vogliono perseguire, può spingersi fino a “deformare” la realtà dei rapporti? Qui, peraltro, oltre che una questione di correttezza e coerenza normativa, è in gioco una questione, si potrebbe dire, di *sociologia del diritto*, legata all’efficacia fattuale, nel futuro, di una regolamentazione normativa così lontana dallo “stato delle cose”. Abbiamo, perciò, un intreccio di questioni di *politica del diritto* e di *sociologia del diritto*.

Il legislatore, con la legge Balduzzi e il nuovo disegno di legge, impone una disciplina giuridica che ha il suo *proprium* nell’apprestare tutela (di natura riparatoria) ad una situazione di “incontro-scontro” tra danneggiante e danneggiato. Il presupposto del regime giuridico di cui all’art. 2043 c.c., infatti, è la previa assenza di alcuna relazione tra quest’ultimi e il successivo rapporto, “post-fatto illecito”, di natura esclusivamente risarcitoria.

Invece, il rapporto medico-paziente, instaurato anche all’interno di una struttura sanitaria, e quindi in assenza di un vero e proprio contratto, è pur sempre, per l’appunto, un “rapporto” vero e proprio, caratterizzato da una serie di diritti e doveri reciproci, un rapporto che viene prima, e non dopo, il momento patologico del danno. In particolare, il rapporto tra il medico e il paziente ha, innanzitutto, un carattere fisiologico; solo in un secondo momento, eventualmente, si converte in un rapporto di natura riparatoria al fine di compensare il paziente-danneggiato del pregiudizio subito.

Di conseguenza, imporre il regime giuridico della responsabilità extracontrattuale alla responsabilità medica significa, in un certo senso, “forzare la realtà” o, peggio ancora, dato che questa “è” o “non è” e non può quindi essere “deformata” oltre misura a piacimento del legislatore,

significa creare una divergenza radicale tra “fatto” e “norma”, come se si trattasse di due mondi distinti e separati²³¹.

Ora, vero è che qualche autore ipotizza un fenomeno inverso a quello che fino ad adesso ha animato la responsabilità civile, ossia la “contrattualizzazione” della responsabilità extracontrattuale: si afferma, cioè, che è l’art. 2043 c.c., e non l’art. 1218 c.c., ad avere una portata più ampia, e che esso, in quanto tale, è capace di racchiudere ipotesi ulteriori e diverse da quelle del “non rapporto”, caratterizzate quest’ultime, pertanto, da situazioni in qualche modo “relazionali”²³². Nell’ipotesi in cui venga accolta la tesi della extracontrattualità della responsabilità del medico, infatti, andrebbe rivalutata la disciplina di numerose fattispecie che, fino ad adesso, sulla falsa riga del rapporto medico-paziente e in forza del contatto sociale qualificato, sono state inglobate nel terreno della responsabilità contrattuale, così come dovrebbe essere ripensata la responsabilità aquiliana, ex art. 2043 c.c., non più di certo del “passante” ma forse, si passi il termine, del “conoscente”²³³.

È anche vero però che, innanzitutto, la presa d’atto che segue da tali ipotesi è la dimostrazione della consapevolezza della esistenza di situazioni

²³¹ V. P.Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, in cui afferma che la norma dovrebbe rendersi disponibile “a farsi permeare da quanto avviene nel magma naturale sociale ed economico”, posto che, diversamente, “la visione ordinamentale ci presenta un osservatorio capovolto”.

²³² Ha sostenuto questo A. Di Majo, nel corso di un intervento tenutosi all’Università di Roma Tre, nel giorno 1 ottobre 2016 e in occasione delle XIV Giornate di studio Roma Tre-Potiers, intitolate “*La responsabilità contrattuale: profili storici e attuali*”. In particolare, l’A. ha affermato che, sebbene oggi la tendenza sia quella di estendere la responsabilità contrattuale all’area dei doveri aquiliani, dovrebbe essere la responsabilità aquiliana, al contrario, ad estendersi oltre la responsabilità del “passante”: in tal modo, l’art. 2043 c.c. finirebbe per disciplinare la responsabilità anche di soggetti che rivestono specifici ruoli, o che esercitano determinate professioni, e che, per tale ragione, hanno dei doveri specifici nei confronti di coloro i quali agli stessi si rivolgono.

²³³ V. G.Palma, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in Eur. dir. priv., cit., il quale afferma “...se la responsabilità del medico dipendente “diventerà” non contrattuale, nonostante l’esistenza di una relazione tra medico e paziente, in termini generali, occorre domandarsi, se la responsabilità ex art. 2043 c.c. potrà ancora configurarsi come responsabilità del “passante” o sarà necessario ripensarla nel senso di riconoscerla anche laddove vi sia una previa relazione tra danneggiante e danneggiato”; ancora, cfr. M. Barcellona, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle “rationes” dei rispettivi regimi*, in Riv. crit. dir. priv., 2015.

particolari e difficilmente catalogabili. Inoltre, è anche vero che, se si vuol essere rigorosi da un punto di vista normativo, più coerente sarebbe, allora, la qualificazione di tutte le fattispecie, caratterizzate comunque da una relazione, in termini “contrattuali” piuttosto che “extracontrattuali”, dal momento che è l’art. 1218 c.c. a disciplinare tutte le ipotesi di responsabilità “da inadempimento”, e quindi di responsabilità di *un* debitore nei confronti di *un* creditore, ove invece l’art. 2043 c.c. sancisce una tutela risarcitoria a carico di *chiunque* arrechi ad altri un danno ingiusto.

In sostanza, come sostiene un illustre Autore, *se* di responsabilità del medico deve continuare a parlarsi, deve rinviarsi alla disciplina della responsabilità contrattuale: il medico, infatti, “*non può essere considerato un passante, precisamente perché si comporta come se fosse il debitore: onde nei confronti del danneggiato ne rileva il contatto sociale qualificato*”²³⁴. E questa conclusione non sarebbe altro che “fotografia” del reale atteggiarsi dei rapporti; pertanto, si ribadisce che, *se* deve ancora parlarsi di responsabilità, questa si presenta come la soluzione più ragionevole.

Si sottolinea l’uso del condizionale perché, come già accennato, la strada percorribile dal legislatore potrebbe essere un’altra ancora. Quest’ultimo, infatti, non si trova necessariamente davanti al bivio della scelta in favore della responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c., in tal modo rispettando la natura dei fatti e dei rapporti ma pregiudicando le ragioni della classe medica, o della scelta in favore della responsabilità aquiliana, ex art. 2043 c.c., in tal modo meglio perseguendo gli obiettivi di politica del diritto volti a preservare la classe stessa ma “deformando” la realtà dei rapporti.

Infatti, premesso che, si ribadisce, se di responsabilità deve trattarsi, la strada più corretta sarebbe comunque la prima, risolvendosi la seconda in una “mistificazione della realtà”²³⁵, potrebbe ritenersi che il legislatore

²³⁴ C. Castronovo, *L’eclissi del diritto civile*, cit., p. 162

²³⁵ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 479, ove afferma che “*..la forma giuridica non può essere strumento di mistificazione della realtà. Tale essa sarebbe nella*

abbia, a monte, una possibilità ulteriore: quella di neutralizzare del tutto la responsabilità del medico per addossarla in capo alla struttura sanitaria presso cui lo stesso dipende.

Tale strada, peraltro, sarebbe non solo la più *coerente* da un punto di vista normativo, ma anche la più *efficace* rispetto agli obiettivi di politica del diritto perseguiti.

In primo luogo, infatti, non si dimentichi che il nostro codice civile detta una specifica disciplina nelle ipotesi in cui un soggetto debitore, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'ausilio di soggetti terzi. L'art. 1228 c.c., rubricato "Responsabilità per fatto degli ausiliari", sancisce infatti che "*Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro*".

Si tratta della disciplina della responsabilità del *dominus*, la cui *ratio* è il rischio che lo stesso si assume nel momento in cui si avvale di soggetti terzi nell'adempimento della propria obbligazione e la cui conseguenza è l'addossamento, in via esclusiva, della responsabilità in capo al *dominus* stesso. Anzi, come sostiene autorevole dottrina, in tal caso immaginare una ulteriore ipotesi di responsabilità, concorrente a quella del *dominus*, non significherebbe altro che contraddirne la *ratio*²³⁶.

Ben si potrebbe immaginare, allora, di inquadrare i rapporti che si instaurano nello svolgimento dell'attività sanitaria, e che vedono come protagonisti la struttura, il medico-dipendente e il paziente, nell'area dell'art. 1228 c.c. In fondo, come già si è messo in evidenza, è tra la

specie, ove si volesse affermare che agli obblighi imposti dal proprio stato professionale il medico sia tenuto nei confronti dell'ospedale, in forza del contratto che a questo lo vincola, e non nei confronti del paziente per l'assenza di un vincolo contrattuale con esso. Nei termini ora ipotizzati la forma giuridica stravolgerebbe la relazione mezzi-fini che è sottesa al rapporto tra la struttura ospedaliera e il medico dipendente: una relazione che, dal punto di vista di colui che domanda di essere curato, mette la struttura ospedaliera al servizio delle prestazioni professionali che, in maniera individuale o in squadra, vi si esplicano".

²³⁶ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 158-159.

struttura sanitaria ed il paziente che viene a instaurarsi un rapporto obbligatorio vero e proprio, avente la forma giuridica di un contratto: in particolare, è la struttura sanitaria che è debitrice nei confronti del paziente di un complesso di prestazioni di natura variegata; e, ancora, è la struttura medesima che, per l'adempimento di alcune delle prestazioni stesse, deve necessariamente avvalersi dell'opera dei sanitari-dipendenti.

Allora, com'è evidente, se il medico può qualificarsi come un *ausiliario* della struttura-debitrice, e se l'attività del primo si immedesima nella – e rispecchia la – prestazione della seconda, non si comprende perché debba invocarsi *anche* la responsabilità del medico-ausiliario. Quest'ultimo, infatti, adempie *come se* fosse il debitore e il debitore (la struttura), pertanto, deve continuare a figurare come soggetto responsabile *come se* avesse lui adempiuto.

Tutto questo, peraltro, non sposta nulla nella sfera giuridica del paziente-creditore: ciò che conta per quest'ultimo, infatti, è ottenere la tutela risarcitoria ogniqualvolta questa gli spetti; in particolare, il creditore ha interesse a che la sostituzione dell'opera dell'ausiliario a quella del debitore non avvenga in suo danno. Di conseguenza, se il paziente-creditore ha diritto ad ottenere una tutela risarcitoria, e questa gli proviene dalla struttura sanitaria-debitrice, la funzione riparatoria della responsabilità è ben rispettata e si evita di aggiungere una figura di responsabilità, quella del medico-ausiliario, che “*nella logica del rapporto obbligatorio finisce con il non trovare spiegazione..*”²³⁷.

Ancora, nel corso del presente lavoro in più occasioni si è messo in evidenza come le problematiche sottese agli ultimi interventi normativi siano particolarmente avvertite e di una certa gravità. Questa è la ragione per la quale si è ritenuto, e si ritiene tutt'oggi, comprensibile un intervento del legislatore, data la necessità di un ridimensionamento dei fenomeni patologici della medicina difensiva e dell'eccesso di contenzioso sanitario.

²³⁷ C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 162.

Tuttavia, si ribadisce, la soluzione di tutti i problemi non sembra essere quella recentemente accolta dal legislatore, ossia la qualificazione della responsabilità del medico in termini extracontrattuali, la quale, come si è già affermato, non solo non è la più aderente al dato reale ma non è neanche la più efficace.

Se la medicina difensiva è un grosso problema, così come lo sono tutti i fenomeni socio-economici che della stessa sono “causa” o “effetto”, allora la soluzione migliore potrebbe essere quella di escludere, a monte, la responsabilità del medico. Tale operazione, infatti, trovando un valido aggancio normativo nell’art. 1228 c.c., non è per nulla irrazionale, perché consente di configurare pur sempre un soggetto responsabile su cui far gravare l’onere risarcitorio (nel nostro caso, la struttura), ed è, allo stesso tempo, la più efficace rispetto agli obiettivi che si vogliono perseguire.

Il disegno di legge sopra esaminato, sebbene invochi apertamente l’art. 2043 c.c., e quindi un regime giuridico sicuramente più favorevole al medico di quello che deriverebbe dalla disciplina di cui agli artt. 1218 ss., non è comunque risolutivo rispetto alle problematiche cui sopra si è fatto cenno²³⁸. Sebbene vi siano dei meccanismi volti a depotenziare l’azione del

²³⁸ V. G.Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, cit., in cui l’A. afferma “Le possibili soluzioni da adottare non sono infinite e non è detto che esse possano realizzare gli obiettivi di politica del diritto perseguiti, rappresentati sostanzialmente da una diminuzione della pressione sulla condotta dei medici, dalla maggiore disponibilità di garanzie assicurative per la struttura e dai vantaggi di spesa causati dal dilagare della medicina difensiva. Intanto va detto che il fenomeno della medicina difensiva e della maggiore disponibilità di garanzie assicurative non si può certo risolvere con l’introduzione di una nuova normativa. Il processo legislativo non solo non è facile per la pluralità degli interessi che deve necessariamente essere presa in considerazione e che nel settore della responsabilità medica è più affollata di altri (medici, strutture, Stato, paziente, assicurazioni), ma non può essere dotato di capacità persuasiva risolutiva. Il disegno di legge, a differenza di tutti quelli proposti nelle precedenti legislature, si muove da una regola di responsabilità quasi oggettiva a carico della struttura e dell’esercente la professione medica (poco cambia se contrattuale o extracontrattuale). Si poteva perseguire delineando un quadro svincolato dalle regole di responsabilità civile e tendente a identificarsi con un piano di sicurezza sociale (c.d. “no fault”: il risarcimento integrale viene sostituito da un indennizzo, e il carico economico imposto su tutti i consociati tramite un indifferenziato carico fiscale). Non si è voluto adottare quei modelli, ma sono stati inseriti momenti non propri del regime di responsabilità civile tradizionali.”

paziente nei confronti del sanitario (si ricordi, a titolo esemplificativo, la possibilità di agire direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione), resta comunque sempre ferma la possibilità di agire in via diretta nei confronti del sanitario stesso. Con l'aggravante, peraltro, che l'obbligo assicurativo sancito dal disegno di legge è, ancora una volta, unilaterale e non bilaterale, concretizzandosi così il rischio per l'operatore sanitario di rimanere privo di una valida copertura assicurativa.

Ancora, non si dimentichi che sia la legge Balduzzi che il nuovo disegno di legge valorizzano in particolar modo le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica quali parametri di riferimento per graduare il giudizio di colpa: sebbene il loro rispetto o la loro violazione non siano indici certi della irresponsabilità o della responsabilità del sanitario, è ovvio che la loro attrazione in una norma primaria, ove è lo stesso legislatore a sancirne la rilevanza, porta la classe medica ad un tendenziale adeguamento alle linee guida e alle buone pratiche “sempre e comunque”, come se “nel dubbio” fosse sempre meglio rispettarle piuttosto che analizzare approfonditamente il caso concreto e cercare una soluzione terapeutica alternativa. Aspetto, quest'ultimo, che fomenta la medicina difensiva piuttosto che debellarla.

Accogliere la soluzione che il presente lavoro prospetta, ossia la neutralizzazione della responsabilità del medico-dipendente, significherebbe, invece, restituire a quest'ultimo un spazio di manovra più ampio e, soprattutto, una maggiore “serenità” di azione. Aspetti, questi ultimi, da non sottovalutare se si tiene conto delle patologie che la medicina difensiva ha portato con sé.

Infatti, in primo luogo, consentire al medico di esercitare la propria attività senza correre il rischio di essere continuamente chiamato a rispondere del proprio operato avrebbe, come principale conseguenza, il riemergere del diritto alla salute e alla cura del paziente quale obiettivo primario

dell'attività sanitaria, attività recentemente troppo “distratta” da altri profili, soprattutto di carattere economico. Il timore di subire rappresaglie risarcitorie, infatti, ha fortemente influenzato l'esercizio dell'attività medica, che è divenuta in certi casi eccessivamente invasiva, in altri ancora eccessivamente prudente, e ciò al fine di evitare, rispettivamente, qualsiasi profilo di responsabilità di tipo omissivo o commissivo.

In secondo luogo, un'altra importante conseguenza di tale cambiamento di regime sarebbe data da una forte diminuzione dei costi della sanità pubblica: il medico, infatti, invece che sentirsi “costretto” a prescrivere tutti gli esami del caso, con tutti i costi che ne derivano e sebbene li ritenga, in concreto, non utili e non necessari, agirebbe in maniera più efficiente ed efficace, in relazione alle peculiarità del caso concreto; conseguentemente, si produrrebbe un notevole risparmio di spesa, che, in ultima analisi, potrebbe essere impiegato nel miglioramento del servizio pubblico “sanità”.

Ovviamente, quanto detto non dovrebbe andare in pregiudizio del paziente-danneggiato. Come già messo in evidenza, infatti, a quest'ultimo interessa ottenere la riparazione del pregiudizio subito, indipendentemente da quale soggetto la predisponga, si tratti della struttura sanitaria o del medico-dipendente.

A questo punto, però, si potrebbe pensare che una tale ricostruzione porti con sé il rischio di trasformare il rapporto medico-paziente, nuovamente, in un rapporto sbilanciato a favore del primo. Addossare la responsabilità sanitaria esclusivamente in capo alla struttura, anche ove il pregiudizio sia conseguenza dell'operato negligente, imprudente o imperito del sanitario, potrebbe produrre, come conseguenza, un fenomeno di “deresponsabilizzazione” di quest'ultimo, e ciò ogniqualvolta il sanitario si senta “schermato” dalla figura di una struttura di riferimento.

E' in tale caso, allora, che il legislatore potrebbe ragionevolmente intervenire; e non per qualificare la responsabilità del medico-dipendente in termini contrattuali o extracontrattuali, operazione questa che, come si è

messo in evidenza, ha comunque dei risvolti negativi. Il legislatore, piuttosto, potrebbe prendere atto dell'operatività dell'art. 1228 c.c., e quindi di un sistema di responsabilità fondato sul rischio ricadente per l'appunto sul *dominus*, e creare dei meccanismi tutti interni al rapporto azienda-medico dipendente volti a responsabilizzare, in ogni caso, quest'ultimo.

Si potrebbe ipotizzare, allora, un meccanismo di riduzione dello stipendio, proporzionato alla gravità della colpa ma diluito nel tempo, ogniqualvolta si accerti che il danno sia eziologicamente legato all'operato del medico e che vi sia dolo o colpa grave, da valutare ovviamente nel caso concreto e non in virtù di astratte linee guida o buone pratiche; ancora, si potrebbero ipotizzare svariate sanzioni disciplinari, dalla più blanda, come il semplice ammonimento, alla più gravosa, come la sospensione dall'esercizio dell'attività o l'estromissione dal posto di lavoro, in tal modo meglio specificando un potere di cui la struttura di appartenenza è già fornita nelle vesti di "datore di lavoro", quale è il potere disciplinare.

Ovviamente, queste sono solo ipotesi di cui non si conosce in concreto l'efficacia, ma alle quali sembra giusto comunque accennare: si comprende bene, infatti, che ipotizzare la soluzione della negazione della responsabilità del medico può risultare eccessiva o pericolosa. Tuttavia, sembra anche l'unica soluzione possibile per combattere la medicina difensiva, alleviare i costi del contenzioso sanitario e rimodulare le risorse del servizio sanitario nazionale in direzione di una migliore erogazione del servizio stesso.

In sostanza, e per concludere, in materia di responsabilità sanitaria tre sono le cose importanti da fare: bilanciare gli interessi in gioco, trovare una idonea base giuridica per la soluzione adottata e, nel fare questo, non stravolgere la realtà dei fatti.

In primo luogo, bilanciando gli interessi in gioco si finisce per comprendere bene, e la storia dell'evoluzione della materia *de qua* ce lo insegna, che il diritto alla salute, ex art. 32 Cost., può mantenere il suo primato solo se la classe medica non viene messa alla gogna. Più la classe medica viene

costretta a porsi sulla difensiva, più sono i costi che il servizio sanitario sostiene e più ne esce pregiudicato il diritto alla salute stesso; al contrario, occorre dare il giusto spazio e valore alla professionalità degli esercenti la professione sanitaria, affinché gli stessi operino ragionevolmente, e, soprattutto, con l'unico obiettivo della cura del paziente e non con quello di preservare se stessi.

Ancora, facendo tesoro di tutto questo, occorre rintracciare una soluzione che appaia coerente sia con il dato normativo, sia con il dato reale, e che non sia, pertanto, del tutto avulsa da quest'ultimi. La qualificazione di un regime di responsabilità in termini contrattuali o extracontrattuali non può infatti esclusivamente dipendere da scelte di politica del diritto: queste sono fondamentali e possono costituire l'*animus* dell'intervento legislativo ma, allo stesso tempo, in forza delle stesse, il legislatore non può spingersi fino a stravolgere la realtà dei fatti.

Se la responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c., porta con sé un regime eccessivamente gravoso per la classe medica, sebbene rispecchi la relazione socialmente rilevante che si instaura tra il medico-dipendente e il paziente, e se la responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., è espressione di un regime giuridico del tutto avulso dal reale atteggiarsi dei rapporti, sebbene comporti un regime parzialmente più favorevole per il sanitario, allora l'unica soluzione è la neutralizzazione della responsabilità di quest'ultimo.

Si tratta, in conclusione, di una soluzione efficace rispetto agli obiettivi di politica del diritto perseguiti, coerente rispetto al dato normativo, ossia alla disciplina della responsabilità del *dominus* risultante dall'art. 1228 c.c., e, soprattutto, capace di escludere a monte il rischio di creare un irriducibile *vulnus* tra norma e realtà.

BIBLIOGRAFIA

- Al Mureden E., v. nota 17 e 18
- Alpa G., v. nota 2 e 48
- Antonucci A., v. nota 144
- Baldassari A., v. nota 38
- Baldassari S., v. nota 38
- Barcellona M., v. nota 1 e 233
- Bellini U., v. nota 72
- Bellomo F., v. nota 16 e 207
- Betti U., v. nota 66
- Bianca M., v. nota 32, 37 e 100
- Bilancetti M., v. nota 2 e 10
- Bona M., v. nota 2
- Bonvicini E., v. nota 56
- Breda R., v. nota 183
- Brusco C., v. nota 194
- Busnelli F. D., v. nota 6, 11, 80, 190 e 207
- Cajazzo L., v. nota 167
- Calabresi G., v. nota 1 e 6
- Cannata C.A., v. nota 100
- Carbone E., v. nota 4
- Carbone V., v. nota 11, 57, 58, 75, 112 e 121
- Carnevali U., v. nota 13
- Castronovo C., v. nota 1,2, 26, 32, 66 e 69

Cattaneo G., v. nota 30
Colombo C., v. nota 10
Conte R., v. nota 35
Coppola S., v. nota 61
Corrias P., v. nota 140
Corsaro L., v. nota 83
Cupelli C., v. nota 196
Cursi M.F., v. nota 106
D'Agostino F., v. nota 61
D'Alessandro F., v. nota 90
D'Angelo A., v. nota 75 e 212
Debernardi G., v. nota 193
De Cupis A., v. nota 83
De Matteis R., v. nota 2, 13, 163 e 212
Devoto L., V. nota 83
Di Ciommo F., v. nota 68
Di Majo A., v. nota 11, 32, 41, 66, 104, 106 e 232
Di Marzo C., v. nota 17
Dworkin R., v. nota 228
Enrichens N., v. nota 164
Facci G., v. nota 12
Faillace S., v. nota 106
Favale R., v. nota 35
Feola M., v. nota 35
Ferrando G., v. nota 10

Ferranti I., v. nota 65

Ferrari G., v. nota 230

Fiandaca G., v. nota 197

Fiori A., v. nota 8

Forchielli P., v. nota 40 e 87

Forti G., v. nota 6

Forziati M., v. nota 68

Fracchia F., v. nota 68

Franzoni M., v. nota 2, 57, 60, 110, 151 e 176

Fresa R., v. nota 10

Gabrielli E., v. nota 72

Galgano F., v. nota 50 e 79

Gallo G., v. nota 75

Garibotti A., v. nota 153

Garofoli R., v. nota 230

Gazzara M., v. nota 142

Gazzoni F., v. nota 98

Genovese U., v. nota 183

Gernhuber J., v. nota 104

Giacobbe G., v. nota 30

Gnani A., v. nota 191

Gorgoni M., v. nota 172

Gorla G., v. nota 89

Grasso E., v. nota 61

Grossi P., v. nota 231

Guastini R., v. nota 62, 216 e 227

Hazan M., v. nota 143

Hyman D.A., v. nota 17

Iadecola G., v. nota 2

Ianni G., v. nota 162

Lanotte A., v. nota 68

Larenz K., v. nota 106

Lega C., v. nota 40

Lipari N., v. nota 208

Lombardi Vallauri L., v. nota 209

Lo Schiavo G., v. nota 65

Luciani M., v. nota 7

Maggiolo M., v. nota 66

Majello U., v. nota 65

Manna L., v. nota 106

Marrese A., v. nota 65

Martini F., v. nota 183

Marzano M., v. nota 167

Massa T., v. nota 10

Mattina L., v. nota 153 e 164

Mazzamuto S., v. nota 2 e 34

Mengoni L., v. nota 4, 19, 21, 36 e 105

Menini A., v. nota 112

Miriello C., v. nota 2

Moliterni F., v. nota 144

Monateri P.G., v. nota 75 e 212

Morana D., v. nota 7

Mortati C., v. nota 7

Moscarini L.V., v. nota 65

Musco E., v. nota 197

Nader R., v. nota 17

Nardo G.R., v. nota 222

Navarretta E., v. nota 68 e 106

Nicolussi A., v. nota 4 e 33

Nivarra L., v. nota 104

Nocco L., v. nota 2, 35, 90 e 189

Osti G., v. nota 100

Owen D.G., v. nota 17

Paladini M., v. nota 185

Palma G., v. nota 225

Paradiso M., v. nota 41

Pardolesi R., v. nota 57

Partisani R., v. nota 47

Patti V.S., v. nota 20

Perna T., v. nota 112

Perrone A., v. nota 117

Petronio U., v. nota 72

Piraino F., v. nota 4, 100 e 106

Pizzetti F.G., v. nota 68

Poli P.F., v. nota 195

Ponzanelli G., v. nota 57, 138, 186, 204 e 217

Pucella R., v. nota 3, 41 e 89

Pugliatti S., v. nota 37

Pulitanò D., v. nota 195

Quagliarello G., v. nota 83

Querci A., v. nota 47 e 112

Realmonte F., v. nota 89

Rescigno P., v. nota 73 e 212

Rizzo F., v. nota 151

Rodotà S., v. nota 18 e 144

Roiati A., v. nota 174

Romano A.A., v. nota 223

Roppo V., v. nota 2 e 11

Rossetti M., v. nota 2 e 42

Ruperto C., v. nota 72

Salvi C., v. nota 1

Santosuosso A., v. nota 10

Scaglione F., v. nota 75

Scalisi A., v. nota 10

Scognamiglio C., v. nota 153

Scovazzi S., v. nota 161

Sesta M., v. nota 2

Silver C.M., v. nota 17

Simone R., v. nota 57 e 212

Somma A., v. nota 75

Stanzione P., v. nota 10

Tarello G., v. nota 210

Thiene A., v. nota 68 e 106

Toscano G., v. nota 10

Trimarchi P., v. nota 89

Venosta F., v. nota 104

Viganò F., v. nota 196

Villa E., v. nota 214

Vincenti E., v. nota 171

Visintini G., v. nota 56, 86, 97 e 152

Zaccaria A., v. nota 123

Zambrano V., v. nota 10

Zana M., v. nota 2 e 35

Zatti P., v. nota 144

Zeno-Zencovich V., v. nota 8 e 10

Zorzit D., v. nota 164

