



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**SCUOLA DOTTORALE
INTERNAZIONALE “TULLIO
ASCARELLI”**

DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO EUROPEO

AREA DIRITTO CIVILE

XXVIII CICLO

**RESPONSABILITÀ SANITARIA E RISVOLTI
ASSICURATIVI**

Tutor: Chiar.mo Prof. Renato Clarizia

Dottorando: Domenico Pittella

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

ANNO ACCADEMICO 2015 - 2016

RESPONSABILITA' SANITARIA E RISVOLTI ASSICURATIVI

CAPITOLO I

L'ATTIVITA' SANITARIA QUALE ATTIVITA' COMPLESSA E FUNZIONALIZZATA

1 L'OGGETTO DELL'INDAGINE	4
2 L'EVOLUZIONE IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ SANITARIA: LE RAGIONI DELLA "ESPLOSIONE" DEL FENOMENO E LA "MEDICINA DIFENSIVA"	18
3 LE REGOLE "OPERAZIONALI" DI ORIGINE GIURISPRUDENZIALE: LA RESPONSABILITA' SANITARIA QUALE "SOTTOSISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE"	44

CAPITOLO II

NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA'DELLA STRUTTURA E DELL'OPERATORE SANITARIO

1 CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	57
2 DIFFERENZE TRA RESPONSABILITA' CONTRATTUALE E EXTRACONTRATTUALE	59
3 LA RESPONSABILITA' DEL MEDICO ANTE CASSAZIONE N. 589 DEL 1999	71
4 IL RECEPIMENTO DELLA FIGURA DEL CONTATTO SOCIALE	77
5 LA GIURISPRUDENZA: IL CONTATTO SOCIALE OLTRE LA RESPONSABILITA' DELL'OPERATORE SANITARIO	88
6 CRITICHE ALLA FIGURA: IL TRAMONTO DEL CONTATTO SOCIALE?	99

CAPITOLO III**LA RESPONSABILITA' PER VIOLAZIONE DEL CONSENSO
INFORMATO**

1 LA COPERTURA COSTITUZIONALE DEL CONSENSO INFORMATO TRA TUTELA DELLA SALUTE (ART. 32 COST.) E DELLA AUTODETERMINAZIONE (ART. 13 COST.)	113
2 L'OBBLIGO DI INFORMAZIONE E L'ONERE DELLA PROVA	129
3 IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN CASO DI OMESSA INFORMAZIONE	136

CAPITOLO V**CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA LUCE DELLA RIFORMA
RECENTEMENTE APPROVATA ALLA CAMERA**

- RELAZIONE SUL PROGETTO DI RIFORMA IN CORSO	155
- BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE	185

CAPITOLO I

L'ATTIVITA' SANITARIA QUALE ATTIVITA' COMPLESSA E FUNZIONALIZZATA

1 L'OGGETTO DELL'INDAGINE

La scelta di dedicare la presente ricerca alla responsabilità sanitaria e ai connessi profili assicurativi potrebbe sollevare talune perplessità, per due ordini di motivazioni.

Il tema è innanzitutto stato esplorato dalla dottrina, che vi ha dedicato innumerevoli contributi; inoltre, esso è un macro - tema dal momento che, pur limitando la ricerca ai profili civilistici della responsabilità sanitaria, restano coinvolti numerosi aspetti, anche distanti tra loro: dalla posizione del libero professionista che conclude un contratto con il paziente a quella (differente) dell'operatore sanitario dipendente da una struttura, alla diversa situazione della struttura sanitaria - pubblica e privata-, fino alle questioni relative al consenso informato, ai danni patrimoniali e non risarcibili, alle sfere giuridiche ammesse al risarcimento del danno, alla tutela dei dati sensibili dei pazienti.¹

¹ La bibliografia sulla responsabilità civile sanitaria è sterminata. Si segnalano, senza pretesa di esaustività e rinviando all'indice bibliografico per una elencazione più esaustiva, M. V. Sarra , L. Di Donna , F. Massoni , E. Onofri , S. Ricci, La responsabilità professionali nelle infezioni nosocomiali, Corr. Giur., 6, 2012; V. Occorsio, Cartella clinica e responsabilità medica, Milano, 2011; C. Castronovo, La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, Eur. dir. priv., 2011, 55 s.; M. Savino, La responsabilità more contractu del medico, 2011, www.diritto.it; M. Rossetti, Responsabilità sanitaria e tutela della salute, in Quaderni del massimario, 2011, disponibile sul sito web della Cassazione; C. Castronovo, Ritorno all'obbligazione senza prestazione, Eur. e dir. priv., 2009, 679 s.;; M.G. Di Pentima, La responsabilità per l'attività sanitaria in équipe, Torino, 2009; G. Iadecola e M.

Tali perplessità risultano però superate per un duplice ordine di rilievi.

Primo rilievo.

La materia è in continua evoluzione come dimostra la recente riforma approvata alla Camera, ora in discussione al Senato;² è proprio alla luce

Bona, La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie - Profili penali e civili, Milano, 2009; R. Pastore e G. Palmieri, La responsabilità nell'esercizio della professione medica - Profili civili, penali, amministrativi e di diritto del lavoro, Piacenza, 2008; V. Zeno Zencovich, Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento, Riv. dir. civ., 3, 2008, 297 s.; C. Parrinello, Medical malpractice e regole di responsabilità civile - Tradizione e innovazione, Milano, 2008; S. Baggio, La responsabilità della struttura sanitaria, Milano, 2008; G. Cassano, La giurisprudenza della responsabilità del medico, Padova, 2007; F. Peccennini (a cura di), La responsabilità sanitaria, Bologna, 2007; P. Venturati - S. Caltabiano, Responsabilità sanitaria e medico-chirurgica - Rassegna sistematica di giurisprudenza e dottrina, Milano, 2006; R. De Matteis, Responsabilità e servizi sanitari - Modelli e funzioni, Padova, 2007; M. Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, Padova, 2006; U. Ruffolo (a cura di), La responsabilità medica - Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici), Milano, 2004; S. Mazzamuto, Note in tema di responsabilità civile del medico, in Eur. dir. priv., 2000, 501 s.; 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, 1997.

2 Per il testo della riforma e i lavori preparatori si rinvia ai seguenti link

<http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato924610.pdf>

http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0556&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#

http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/dossier/46445_dossier.htm

Chi scrive ha relazionato sul tema "Dalla responsabilità del medico a quella della struttura sanitaria: il tramonto del contatto sociale?" all'interno del convegno "Medico e paziente: un'alleanza possibile?" con la partecipazione del Prof. Guido Alpa Presidente della Commissione consultiva insediata dal Ministro Lorenzin per la riforma della responsabilità sanitaria, Federico Gelli relatore della riforma in Commissione Affari Sociali alla Camera, Vito De Filippo Sottosegretario alla Sanità e Cosimo Ferri Sottosegretario alla Giustizia oltre a

dell'ultimo intervento legislativo - ancora in corsa di approvazione - che il quadro giuridico di riferimento mostra un radicale mutamento dal punto di vista qualitativo, per la "riappropriazione" di competenze da parte del legislatore in una materia prima delegata quasi esclusivamente alla giurisprudenza.

Di conseguenza, le novità in materia richiedono un rinnovato interesse da parte dell'interprete, volto a sistemare le soluzioni particolari all'interno delle categorie tradizionali.³

Secondo rilievo.

E' vero che la materia della responsabilità sanitaria ha dei confini quasi indefinibili. Per tale ragione occorre delimitare l'ambito del presente lavoro.

Non si pretende infatti di indagare ogni aspetto rilevante ma di tentare di prendere posizione sulle seguenti questioni, che meritano una rinnovata riflessione alla luce delle ultime novità intervenute:

- quali sono i confini della responsabilità sanitaria, anche e soprattutto al di là della responsabilità del medico;
- l'effettiva tenuta della figura del contatto sociale, che ha regnato senza contrasti in materia per quasi due decenni, e che sembra oggi in via di superamento alla luce dell'art. 7 della riforma in corso;
- più in generale, se il complesso di regole "operazionali"⁴ di creazione giurisprudenziale possa governare la materia o se i conflitti di interesse necessitino di un intervento normativo, dunque di carattere generale e astratto.

Roberto Lala Presidente dell'Ordine dei Medici di Roma, convegno tenutosi l'11 febbraio 2016 presso la Sala dell'Ordine dei medici di Roma e in cui si è affrontata la riforma in corso in molti degli aspetti problematici che si riferiranno in seguito.

3 Senza contare l'allarmante fenomeno della c.d. medicina difensiva che interessa anche e soprattutto il giurista e per il quale si rinvia al paragrafo successivo.

4 Il termine regole operazionali si deve al diritto comparato (si veda in particolare R. Sacco, Introduzione al diritto comparato, in Trattato di diritto comparato, diretto da Sacco, Torino,

Tali premesse iniziali richiedono di porre subito un chiarimento di carattere terminologico, necessario anche a delimitare l'oggetto di riferimento.

La locuzione "responsabilità medica" deve lasciare il posto a quella di "responsabilità sanitaria" dal momento che presenta due tipi di limitazioni: dal punto di vista soggettivo si rivolge ai solo medici; da quello oggettivo ai soli atti dei medici.

Invece, ciò che caratterizza oggi la tematica della responsabilità sanitaria è proprio lo sconfinamento da un lato rispetto alla figura del medico dall'altro rispetto all'atto di quest'ultimo soggetto.

In una nota monografia della fine degli anni '90 si sottolineava proprio tale diversa prospettiva, certamente innovativa per il giurista abituato all'equazione responsabilità sanitaria = responsabilità del medico: si osservava infatti che la responsabilità sanitaria non è la somma degli atti dei vari medici ma si

1992, 224 e indica le soluzioni alle quali i vari ordinamenti giuridici pervengono sia pure attraverso differenti strumenti giuridici.

In materia di responsabilità sanitaria si farà man mano riferimento a varie tecniche utilizzate anche oltre confine per agevolare la posizione giuridica del paziente: si pensi ad esempio alla regola "res ipsa loquitur" che comporta una inversione dell'onere della prova quando, secondo l'id quod plerumque accidit" si può presumere l'errore sanitario. Oppure all'allungamento dei termini di prescrizione attraverso la figura del contatto sociale o per mezzo dello spostamento del dies a quo in caso di danno lungolatenti.

Si rinvia per una panoramica delle soluzioni accolte in diversi sistemi giuridici a:

V. Zambrano, Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 181 s.; V. Zeno Zencovich, Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento, *Riv. dir. civ.*, 3, 2008, 297 ss.; M. Stauch, *The law of medical negligence in England and Germany - a comparative Analysis*, 2008; V. Zambrano, P. Matera, *Prova e tutela della persona: il paradigma della responsabilità medica nell'esperienza comparatistica*, *Resp. civ. prev.*, 2006, II, 236 s.; J. Hellner, *Compensation for personal Injuries in Sweden* Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1957 - 2009, 263 s.

caratterizza per quel “*complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.*”⁵.

In altre parole, il termine attività sanitaria risulta più corretto per indicare quel complesso di risorse - personali e materiali- che si pongono a fianco della tradizionale prestazione medico - professionale e che non sono secondarie a quest'ultima ma la completano, in vista dell'obbiettivo finale rappresentato dalla cura del paziente e dunque dal compimento di un corretto trattamento sanitario.⁶

Dunque, il cambiamento di prospettiva in materia è quantomeno duplice e segna il passaggio dal medico all'operatore sanitario da un lato e dall'attività del medico a quella sanitaria dall'altro.

Tale tendenza alla ridefinizione del quadro di riferimento in materia di responsabilità sanitaria è del resto comune a molti Paesi Europei che perseguono lo scopo di “*evitare che il rischio dell'incertezza probatoria debba essere sopportato proprio da chi si trova in una situazione di più difficile "controllo" dei dati necessari (in termini di conoscenze scientifiche) per l'acquisizione delle prove e di minor facilità di "accesso" alla documentazione sanitaria*”⁷.

Il chiarimento terminologico effettuato è fondamentale per la delimitazione dei confini del presente lavoro e verrà ripreso più volte proprio per non cadere nella diffusa abitudine di riferire l'indagine ai soli medici.

5 G. Alpa, La responsabilità medica, in Resp. civ. prev., 1999, 315.

6 A. Lepre, La responsabilità civile delle strutture sanitarie, Milano, 2011, 5.

7 R. De Matteis, La responsabilità civile in ambito sanitario, in Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 146. Si veda la precedente nota 4.

Dunque, si distinguerà tra posizione e responsabilità:

- della struttura sanitaria che è una impresa, pubblica o privata;
- dell'operatore sanitario libero professionista che conclude un contratto con il paziente;
- dell'operatore sanitario dipendente di una struttura che non conclude un contratto con il paziente.

Peraltro la rilevanza di tale distinzione è confermata dalla riforma di recente approvata alla Camera ed ora in discussione al Senato.⁸

Ciò si desume in particolare dall'art. 7 della riforma che si riporta di seguito.

ART. 7. (Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria).

"1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero 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".

Dunque, la riforma distingue tra posizione della struttura sanitaria, pubblica o privata, e quella dell'esercente la professione sanitaria, collocati su due piani diversi, distinzione che come si vedrà meglio in seguito, emerge anche dai lavori preparatori e dalla riforma considerata più complessivamente.

⁸ Per i riferimenti si rinvia alla precedente nota 3.

In particolare, occorre considerare che la riforma "Gelli", dal cognome del Relatore in Commissione Affari sociali Federico Gelli, costituisce in parte la trasposizione del testo elaborato dalla "Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", insediata con decreto del 26 marzo 2015 dal Ministro Lorenzin e presieduta dal Prof. Alpa.

Nella relazione di presentazione delle regole sulle quali si è raggiunto un accordo di massima tra gli esperti⁹, il Prof. Alpa precisa che:

"il modello italiano , nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dai modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell' Unione europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono in modo netto inoltre le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica, perché si tiene conto del fatto che la struttura sanitaria offre un servizio articolato, comprensivo di ospitalità, di servizi, della fornitura di farmaci e di strumenti medici, di terapie principali e collaterali, ed è, pubblica o privata che sia, convenzionata o meno, una impresa, come intesa nel linguaggio e nella normativa europea, mentre l'esercente la professione sanitaria svolge una attività intellettuale".¹⁰

Dunque, l'attività sanitaria è una attività complessa sia dal punto di vista dei soggetti coinvolti che degli atti compiuti e tale complessità può essere compresa solo tenendo conto della finalità della stessa, vale a dire il compimento di un trattamento sanitario corretto.

9 La Relazione del Prof. Alpa, inedita, costituisce l'allegato al presente lavoro in virtù del gradito consenso prestato dall'Autore.

10 Ibidem.

Se questa è la prospettiva, si esce dalla particolarità del singolo rapporto che vede struttura e operatore da un lato e paziente dall'altro e si inquadrano i vari rapporti finalizzati all'obbiettivo ultimo vale a dire al trattamento sanitario corretto.

Sembra allora che la categoria della causa dell'atto giuridico possa giocare un ruolo importante in tale prospettiva, per evidenziare la finalità delle varie relazioni tutte orientate ad un obbiettivo comune, vale a dire l'attuazione del diritto alla salute, di cui all'art. 32 della Costituzione.¹¹

In tale ottica emerge un collegamento tra i vari negozi con scopo comune definibile sanitario: non solo quindi il contratto tra struttura e paziente ma anche quello tra quest'ultima e i fornitori, i prestatori d'opera e così via sono

¹¹ La letteratura sulla categoria della causa è sterminata quanto se non più di quella relativa alla responsabilità sanitaria. Tra i principali contributi possono richiamarsi:

S. Pugliatti, *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951; G. Grosso, *Causa (diritto romano)*, Enc. Dir., VI, Milano 1960, 532 s.; M. Giorgianni, *Causa*, Enc. Dir., VI, Milano 1960, 547 s.; P. Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale*, Riv. dir. civ., 1965, II, 580 s.; R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, Riv. trim. dir. proc. civ., 20, 1966, 785 s.; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 303 s.; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, 207 s.; *Il controllo sociale delle attività delle parti*, a cura di G. Amato, S. Cassese, S. Rodotà, Genova 1972, 231 s.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974; F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Riv. dir. civ., 1978, I, 52 s.; *Causa e consideration*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova 1984, 27 s.; L. Moccia, *Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi)*, in Riv. dir. civ., 1994, I, 819 s.; *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997; Bianca, *Il contratto* 2 cit., 447 s.; E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; C. Scognamiglio, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo*, Roma e America. Diritto romano comune, 2001, 327 s.; U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa*, U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela, Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 s.

tutti caratterizzati e collegati dalla comune finalità di apprestare al paziente le cure del caso.¹²

Dunque, tali relazioni hanno uno scopo comune che caratterizza la causa dei singoli contratti e ne fa emergere la comune finalità: tale approccio potrebbe allora consentire di inquadrare i vari rapporti rilevanti in materia alla luce delle caratteristiche del diritto alla salute che, come chiarito dalla Corte

12 L'utilizzo della categoria della causa con la finalità di far emergere il coordinamento di vari atti e contratti al fine di garantire l'attuazione del diritto alla salute sembra soluzione realistica alla luce dei seguenti due assunti:

1) è ormai acquisito che la causa del singolo negozio riflette quella relativa alla più complessa operazione posta in essere.

Si pensi a tal proposito al rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo di vendita. Attenta dottrina già negli anni '70 ha giustificato il mutato inquadramento della obbligazione derivante dal preliminare - non soltanto di fare vale a dire di acconsentire ma anche di dare - alla luce della categoria della causa del contratto.

Quest'ultima, intesa quale giustificazione dell'intera operazione che permea quella del singolo contratto, consente di sostenere che la causa del preliminare non sia soltanto preparatoria ma sia già di vendita.

Sia consentito rinviare a D. Pittella, *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, Notariato, 1, 2013, 59 s.

2) la causa è stata oggetto di un percorso ermeneutico che ha portato ad una considerazione della categoria non più in senso astratto ma in senso concreto, quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalle parti (in tal senso, tra gli altri, C.M. Bianca, *Il contratto*², *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 458; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milano 1966), in particolare 67 s.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 s.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 52 s.; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127 s.; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1991; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di G.B. Ferri e C. Angelici, Torino, 1997, 100 s.; ID., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001.

Costituzionale, è un diritto condizionato dalle risorse materiali e personali disponibili.¹³

Il rischio di (continuare a) procedere mettendo al centro il rapporto tra paziente e struttura o paziente e operatore, quasi fosse una monade isolata, è quello di non inquadrare le varie sfaccettature della vicenda che in realtà è più ampia e complessa.

Come è stato denunciato in tempi non sospetti, in tale rischio è caduta la giurisprudenza: si è infatti rilevata *“una sorta di miopia diffusa, soprattutto a livello giurisprudenziale, che come ogni forma di miopia consente di vedere bene da vicino ma impedisce di vedere bene in lontananza. Non v'è dubbio infatti che con riguardo alla situazione individuale delle singole vittime una giurisprudenza arcigna nei confronti del professionista è ben accetta ma in una ottica diffusa e più generale ci si avvede che questa stessa giurisprudenza fomenta i rischi or ora denunciati di scivolamento verso la medicina difensiva”*.¹⁴

Del resto, la necessità di studiare il rapporto operatore e/o struttura e paziente all'interno di un quadro più vasto deriva anche dalla legislazione più recente in materia di erogazione dei servizi pubblici per la quale il paziente diviene

13 La prima pronuncia a definire il diritto alla salute quale diritto finanziariamente condizionato è stata Corte Costituzionale n. 455 del 1990, in Giur. Cost., 1990, c. 2732. Tra le altre si veda Corte Costituzionale n. 200/2005 in Consulta online.

Sul diritto alla salute nel contesto costituzionale si vedano: M. Luciani, Diritto alla salute - dir. cost., in Enc. giur., vol. XXVII, Roma, 1991, 8; E. Menichetti, La tutela della salute tra competenze “divise” e interessi “concordati”. Riflessioni sul destino del servizio sanitario nazionale nel nuovo Titolo V della Costituzione, in R. Balduzzi (a cura di), La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution, Milano, 2004, 232 s.; D. Morana, La salute nella Costituzione Italiana. Profili sistematici, Milano, 2002.

14 S. Mazzamuto, Note in tema di responsabilità civile del medico, in Eur. dir. priv., 1999, 501 s.

soggetto titolare di un diritto ad una prestazione sanitaria che si svolga "nel rispetto delle regole di appropriatezza clinica e organizzativa dell'assistenza sanitaria, dei tempi di attesa e di continuità assistenziale oltrechè della qualità delle prestazioni"¹⁵.

Infatti, nella disciplina pubblicistica dei servizi sanitari si prevede un vero e proprio diritto dei cittadini - pazienti all'erogazione di una prestazione sanitaria di qualità secondo le previsioni organizzative stabilite dalle strutture.¹⁶

A tal proposito, può farsi riferimento all'art. 14 comma IV, d. lgs. 502 del 1992, sul Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992 n. 421, rubricato diritti e doveri dei cittadini, per il quale: *"Al fine di favorire l'orientamento dei cittadini nel Servizio sanitario nazionale, le unità sanitarie locali e le aziende ospedaliere provvedono ad attivare un efficace sistema di informazione sulle prestazioni erogate, sulle tariffe, sulle modalità di accesso ai servizi"*.

Inoltre ai sensi dell'art. 8 del medesimo d. lgs. le aziende devono pubblicizzare i servizi offerti per consentire agli utenti di esercitare il diritto *"di scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali"*.

Tale logica è sottesa anche alle scelte effettuate nel progetto di riforma della "responsabilità professionale in ambito sanitario" approvato alla Camera, che all'art. , commi I e II, rubricato Sicurezza delle cure in sanità, stabilisce:

15 R. De Matteis, La responsabilità civile in ambito sanitario, in Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 132 e ss.

16 Con riferimento al Servizio Sanitario Nazionale, si rinvia a A. Dell'oro, G. Gioisis, Efficacia ed efficienza del sistema sanitario: dieci anni di esperienza, Milano, 1989; G. Venanzoni, Evoluzione e costo del Servizio sanitario nazionale, in Rivista di politica economica, 1994; N. Speranza, Profili giuridici dell'organizzazione dipartimentale nell'ordinamento sanitario, Rimini, 1985.

"1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative".

A tal proposito occorre anche far riferimento alla normativa europea, in genere trascurata quando si affronta il tema della responsabilità sanitaria.

Alla luce di quanto scritto finora nel lavoro svolto è fondamentale rilevare alcuni aspetti concernenti il quadro giuridico europeo in materia.

Nella Direttiva UE n. 24 del 9 marzo 2011 si affronta anche il tema dell'armonizzazione progressiva di obblighi comuni chiari in risposta ai casi di danni derivanti dall'assistenza sanitaria nei diversi paesi dell'Unione europea.¹⁷

Secondo il considerando n. 23:

"E' essenziale prevedere obblighi comuni chiari in relazione alla previsione di meccanismi volti ad affrontare i casi di danni derivanti dall'assistenza sanitaria, così da evitare che la mancanza di fiducia in questi meccanismi costituisca un ostacolo al ricorso all'assistenza sanitaria transfrontaliera. I sistemi di risarcimento dei danni nello Stato membro di cura dovrebbero far salva la possibilità per gli Stati membri di estendere la copertura offerta dal proprio sistema nazionale ai pazienti del proprio paese che si avvalgono di un'assistenza sanitaria all'estero, quando il ricorso alle cure in un altro Stato membro sia più opportuno per il paziente stesso".¹⁸

17 Il testo della direttiva è rinvenibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0024>

18 Tale tema è importante anche in relazione alla questione più generale della spesa sanitaria nazionale nel breve e lungo periodo e della sua sostenibilità. E' chiaro che una corretta analisi del rischio sanitario è fondamentale per poter effettuare una buona programmazione e gestione

Di grande rilevanza è anche il considerando successivo n. 24 per il quale:

"Gli Stati membri dovrebbero garantire che sussistano meccanismi di tutela dei pazienti e di risarcimento dei danni per l'assistenza sanitaria prestata sul loro territorio e che tali meccanismi siano appropriati alla natura o alla portata del rischio. La determinazione della natura e delle modalità di tali meccanismi dovrebbe tuttavia spettare allo Stato membro".

Anche se il legislatore comunitario sembra devolvere a quelli interni la disciplina dei meccanismi risarcitori occorre ricordare che secondo il diritto comunitario i rimedi introdotti dall'ordinamento interno per dare attuazione all'ordinamento dell'Unione europea devono essere effettivi e non possono quindi pregiudicare il perseguimento degli scopi stabiliti a livello comunitario.¹⁹

La ragione per cui era necessario chiarire le norme sull'assistenza sanitaria transfrontaliera sta nel fatto che precedentemente si faceva riferimento a singole sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La direttiva è stata proposta in particolare per chiarire i diritti all'assistenza sanitaria derivanti da sentenze della Corte basate sull'articolo 56 del trattato sul

delle risorse nel segno dell'efficienza. E' altrettanto chiaro che le assicurazioni giocano complessivamente un ruolo fondamentale per tanti aspetti del nostro sistema sanitario che comprendono certamente quelli socio-economici ma che vanno anche oltre.

Un aspetto particolare e poco trattato è quello del ruolo delle assicurazioni nelle cure transfrontaliere. Dal 24 Aprile 2011 è in vigore la direttiva europea concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera che stabilisce le condizioni subordinatamente alle quali un paziente può recarsi in un altro paese dell'UE per ricevere un'assistenza medica sicura e di qualità e che possa essere rimborsata dal proprio regime di assicurazione malattia e che, inoltre, incoraggia la cooperazione tra i sistemi nazionali di assistenza sanitaria.

19 SI vedano G. Alpa, I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria, file:///C:/Users/domenico/Downloads/3052GuidoAlpa,Irimed.pdf; S. Mazzamuto - A. Plaia., I rimedi nel diritto privato europeo, Torino, 2012, 107 s.

funzionamento dell'Unione europea e per consentire di far valere di fatto tali diritti. Essa mira a chiarire il rapporto tra le sue norme in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera e il quadro esistente previsto dal regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento della sicurezza sociale.

La direttiva prevede che il paese dell'UE dove il paziente è assicurato, deve garantire che:

- il costo dell'assistenza sanitaria prestata sia rimborsato;
- siano disponibili le informazioni sui diritti dei pazienti;
- i pazienti abbiano accesso a qualsiasi controllo medico che potrebbe essere necessario;
- i pazienti abbiano accesso alla propria cartella clinica.²⁰

²⁰ Inoltre sono previsti punti di contatto nazionali per fornire informazioni e per consultare le organizzazioni di pazienti, i prestatori di assistenza sanitaria e le assicurazioni.

La copertura dei costi relativi alle cure mediche in un altro Stato dell'UE è regolata da due strumenti normativi comunitari che si differenziano per il modo in cui il Sistema sanitario di appartenenza si fa carico delle spese:

- pagamento diretto dal Sistema sanitario di appartenenza a quello del Paese di cura
- rimborso al paziente delle spese interamente pagate dallo stesso ai prestatori di assistenza del Paese di cura

Per alcune cure, anche dette cure programmate e cioè per le cure definite nell'ambito di una precisa terapia, quindi prescritte anticipatamente, è necessario richiedere un'autorizzazione preventiva alla propria istituzione competente.

L'autorizzazione è subordinata a due condizioni:

- le cure sono adeguate e finalizzate a garantire la tutela della salute dell'interessato
- le cure rientrano tra le prestazioni sanitarie erogabili dal Sistema sanitario di appartenenza ma non possono essere praticate nel proprio Paese entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dello stato di salute e della probabile evoluzione della malattia.

Nel caso di diniego del SSN di autorizzare alcune cure, vuoi per mancanza di uno di questi due requisiti, vuoi per valutazione riguardo "l'interesse generale" che pure è consentita, si può

E' evidente allora che un approccio corretto alla materia della responsabilità sanitaria non possa prescindere dalla considerazione di tutto ciò che sta dietro il singolo trattamento e dunque di tutti i fattori organizzativi che determinano il buon esito delle cure.

Dunque, si tenterà di inquadrare i conflitti di interesse e l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, tentando una sistemazione dei vari aspetti della responsabilità sanitaria che tenga conto dei vari interessi, privati e pubblici, implicati.

2 LA RESPONSABILITÀ SANITARIA QUALE "SOTTOSISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE": REGOLE "OPERAZIONALI" DI ORIGINE GIURISPRUDENZIALE E RAGIONI DELLA "ESPLOSIONE" DEL FENOMENO. LA "MEDICINA DIFENSIVA".

Si è visto come la materia della responsabilità sanitaria è complessa per la serie di rapporti che concorrono all'obbiettivo ultimo del trattamento sanitario.

Tale complessità si è evoluta e "complicata" nel tempo in maniera radicale.

A tal proposito può farsi riferimento a due differenti dati.

pensare di ricorrere ad assicurazioni di natura privata sia per cure urgenti all'estero che per cure e terapie programmate.

Il sistema delle assicurazioni pubbliche e private andrebbe dunque a integrarsi ulteriormente garantendo una maggiore copertura complessiva a tutela della salute in un maggior numero di casistiche e comunque con una più estesa copertura territoriale.

Tenendo conto di tali direttive è possibile che, almeno in Europa, gli squilibri tra i SSN vengano colmati anche attraverso una maggiore mobilità sanitaria che dovrebbe crescere di pari passo alla mobilità professionale e ad altri ambiti di mobilità.

Il primo emerge dai Quaderni del massimario del 2011, disponibili sul sito web della Cassazione e curati dal Consigliere Rossetti, uno dei massimi esperti in materia di responsabilità sanitaria.²¹

Si sottolinea che:

*" Dal 1942 (anno di entrata in vigore del codice civile) al 1990 nell'archivio Italgiure della Corte di cassazione sono state inserite 60 massime in materia di responsabilità del medico (in media poco più di una l'anno); negli anni dal 1991 al 2000 il numero delle massime inserite in tema di responsabilità medica è salito 83 (in media otto l'anno), per ascendere a 201 negli anni dal 2001 al 2011 (in media 20 l'anno)".*²²

Inoltre, dalle Tabelle riportate nei Quaderni risulta:

*" non soltanto che, negli ultimi 10 anni, il contenzioso dipendente da malpractice sanitaria, in sede di legittimità, è aumentato del 200% rispetto ai 60 anni precedenti; ma risulta altresì che negli ultimi quattro anni (dal 2008 al 2011) la Corte di cassazione ha deciso un numero di casi di responsabilità medica (82) pari a tutti quelli decisi tra il 1991 ed il 2000, ed addirittura superiore a quelli decisi nei quasi sessant'anni intercorsi tra il 1942 ed il 1990".*²³

Dunque, vi è stata una esponenziale crescita del contenzioso in materia.

Secondo dato, relativo all'attenzione della dottrina sul tema.

21 M. Rossetti, Responsabilità sanitaria e tutela della salute, in Quaderni del massimario, 2011, disponibile sul sito web della Cassazione http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/QUADERNO_N.2_11_11.pdf.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

In una lucida relazione sul tema²⁴, si è fatto riferimento al trattato di diritto penale del Manzini degli anni sessanta dello scorso secolo: al capitolo sull'omicidio colposo non è dedicato neppure un rigo alla colpa medica; mentre sull'ultima edizione del commentario di Marinucci e Dolcini, nell'analogo capitolo si trovano pagine e pagine che trattano della responsabilità professionale del medico e vi è oggi una bibliografia sterminata in materia di responsabilità sanitaria.

Questi due dati dimostrano la crescita dell'attenzione in materia di responsabilità sanitaria da più punti di vista:

- il versante giurisprudenziale evidenzia la crescita del contenzioso in materia;
 - la dottrina una attenzione che può definirsi spasmodica per la mole dei contributi prodotti, per i quali si rinvia all'indice bibliografico.
- come si vedrà oltre, il tema è di dominio pubblico, considerata l'attenzione dei mass - media in materia.

La domanda sorge allora spontanea: perchè è cresciuto nei termini predetti il contenzioso in materia? Perchè la dottrina si è dedicata con sempre maggiore attenzione al tema? Quale è in altri termini la spiegazione di tale fenomeno?

24 Pietro A. Sirena 23.05.2013 La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi. Si noti che l'Autore non è il prof. Pietro Sirena ma il Consigliere di Cassazione Pietro Sirena.

L'intervento è disponibile al link <http://www.altalex.com/documents/news/2014/03/26/la-responsabilita-medica-alla-luce-della-legge-balduzzi>

Nella relazione si osserva: "Come vi dicevo, in un passato ormai lontano, anche se non lontanissimo, ben pochi erano i procedimenti giudiziari penali nei confronti dei medici: tra i miei testi conservo - e consulto talvolta - il trattato di diritto penale di ben dieci volumi di Vincenzo Manzini, che mio padre (medico ginecologo) mi regalò all'inizio degli anni sessanta dello scorso secolo, quando mi preparavo ad affrontare il concorso per la magistratura; ebbene, al capitolo sull'omicidio colposo non è dedicato neppure un rigo alla colpa medica; mentre sull'ultima edizione del commentario di Marinucci e Dolcini, nell'analogo capitolo si trovano pagine e pagine che trattano della responsabilità professionale del medico".

Il presente lavoro indagherà gli aspetti giuridici della vicenda ma le motivazioni dell'esplosione del fenomeno sono più complesse: le cause dell'ingresso della locuzione "responsabilità medica" nei "listini della borsa del diritto"²⁵ sono molteplici e non solo di tipo giuridico:

- vi è il rifiuto della malattia e della morte che prende il posto dell'accettazione della malattia come parte dell'esistenza; ciò si traduce in una pretesa alla guarigione più che alle cure;²⁶
- vi una maggiore informazione dei pazienti sui propri diritti e sulle possibilità della scienza;
- vi sono poi aspetti giuridici e soprattutto giurisprudenziali dato che il quadro normativo, salvo le timide novità della riforma Balduzzi del 2012, è rimasto immutato dal '42 ad oggi.

Tali fattori si aggiungono ad altri vale a dire: l'aumento delle patologie curate dai sanitari e, quindi, l'evoluzione dei mezzi di cura e diagnosi; l'attività di sensibilizzazione costante delle associazioni a difesa dei diritti del malato; la maggiore presa di coscienza dei proprio diritti da parte del cittadino; l'allungamento della vita media dell'uomo; la pressione dei mass-media.

Occorre sin da subito sottolineare che il fenomeno non è privo di conseguenze di carattere generale. Al contrario, l'esplosione del contenzioso in materia è connesso all'altro, allarmante, fenomeno della medicina difensiva.²⁷

25 A. Palmieri, Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista, in *Foro it.*, 1997, I, 772.

26 Per la tendenza filosofica sottesa a tale mutamento culturale si veda T. W. Adorno, *Dialettica negativa*, Torino, 1970,

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

Con tale locuzione si fa riferimento alla contrapposizione tra i comportamenti che il medico terrebbe se agisse secondo libertà di scienza e coscienza e le azioni che il medico tiene per la necessità di salvaguardare la propria persona e il proprio patrimonio.²⁸

Oltre Oceano si è osservato che *“la medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per*

Nella medesima analisi si osserva che al contrario del fenomeno della medicina difensiva quello della malpractice sanitaria sembra più ridotto rispetto agli scorsi decenni.

Sul fenomeno si rinvia a Avraham R (2010), Clinical practice guidelines: the warped incentives in the US healthcare system, Am J L Med, 7. Balboni E, Campagna M (2011), Osservazioni sul governo clinico anche come origine alla medicina difensiva, in De Vincenti, Finocchi Ghersi R, Tardiola A (a cura di), La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato, Collana ‘Quaderni di Astrid’, Bologna, il Mulino; Barresi R, Battaglino A, Calabrese A, Lomastro R, Maffione G, Natoli V, Parente E, Quazzico A., Impatto sociale, economico, giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti, Programma ‘Scienziati in Azienda’, XII edizione, Stresa, 26 settembre 2011-16 luglio 2012; U. Izzo U), Il tramonto di un ‘sottosistema’ della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale”, 2005, Danno e Resp, 137.

28 Ha osservato Giorgio Santacroce, attuale Presidente della Corte di Cassazione, che “ Nei listini della borsa del diritto, il titolo “responsabilità professionale” viene segnalato in continuo e forte rialzo, alimentando un profondo senso di disagio nella classe medica in generale e in alcune specializzazioni in particolare (chirurghi, ginecologi, radiologi, ecc.), il cui effetto più preoccupante (ma sarebbe forse meglio dire: devastante) è il ricorso alla pratica della medicina difensivistica ...”. Si veda la Relazione del Presidente Santacroce tenuta il 2 aprile 2012 presso l’ospedale san filippo neri di roma, disponibile su <http://www.temiromana.it/uploads/news/pdf/santacroce-la-responsabilita-50b635ad0435d.pdf>.

Sulla medicina difensiva si veda Fondazione Istud, “Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti”, Programma “Scienziati in Azienda” – XII Edizione, Stresa, 26 settembre 2011-16 luglio 2012 , 1° Project Work, <http://www.fsk.it/eventi/documentieventi/2012-11-09c.pdf>.

malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa”²⁹.

Infatti, la rinuncia da parte del medico ad effettuare determinati trattamenti ritenuti di particolare difficoltà o la prassi di prescrivere numerosi accertamenti volti a rintracciare le cause dei disturbi segnalati dal paziente non costituiscono sempre il portato di una scelta effettuata dal medico per salvaguardare la salute del paziente.³⁰

Tali comportamenti sono spesso indotti dal timore del medico di essere chiamato a risarcire i danni causati al paziente o di subire un processo penale per avere integrato, attraverso una condotta attiva od omissiva, un reato.

Si tratta, appunto, di una “medicina” che il medico adotta (anche) per difendersi dal rischio dell’esposizione giudiziaria, con le connesse ricadute (si pensi a quelle mediatriche) in termini di credito professionale, e dalla eventualità di subire sanzioni civili o penali.³¹

29 Questa è la definizione elaborata nel 1994 dall’OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress e richiamata in L. Quaglino, I costi dell’assicurazione sanitaria, disponibile su <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?codice=12400>.

30 Un interessante studio dell’OCSE ha sostenuto che la fiducia nel sistema sanitario di un paese richiede dei meccanismi di indennizzo e di deterrenza che coprano in modo adeguato la responsabilità sanitaria, garantiscano un risarcimento per le lesioni causate da errori sanitari. Dallo studio emergono le difficoltà incontrate dai Paesi OCSE in materia e la crescita della medicina difensiva.

Oecd, “Medical Malpractice. Prevention, Insurance and coverage option”, Policy Issue in Insurance, n. 11, Oecd Publishing, 2006.

31 Il fenomeno è molto diffuso in Italia come dimostrano le ricerche condotte tra il 2009 e il 2010 dall’Ordine Provinciale di Roma dei Medici e degli Odontoiatri e tra il novembre e il luglio 2008 dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia Penale e la Politica Criminale. In particolare i risultati della prima indagine citata sono disponibili su <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9848861.pdf>.

Il concetto di medicina difensiva viene ad assumere una accezione per lo più negativa in quanto l'alterazione del modello decisionale riguardante la diagnosi e il trattamento del paziente comporta che:

- gli accertamenti e gli interventi prescritti dal medico per escludere ogni rischio, anche lontanamente connesso al disturbo segnalato dal paziente, da un lato sono ritenuti in molti casi non necessari se non nella prospettiva di evitare strascichi giudiziari, dall'altro costituiscono un potenziale danno per la salute del paziente;
- essi vengono a pesare sulla macchina sanitaria, sottraendo risorse alla medicina "ordinaria" e intasando le liste di attesa per gli accertamenti sanitari;
- risulta una vera e propria fuga di personale sanitario dai settori ove l'attività medica presenta maggiori ripercussioni giudiziarie (come chirurgia, ginecologia, ostetricia, ortopedia).³²

Tale evoluzione in materia di responsabilità sanitaria, con le richiamate conseguenze sulla medicina difensiva, è avvenuto a codice civile immutato. Tale aspetto è sorprendente ma deve essere sottolineato in maniera particolare: l'evoluzione considerata è avvenuta in assenza di interventi normativi, escluso quello (timido) del 2012 - riforma Balduzzi - sul quale ci si soffermerà in seguito.

Prima del 2012, il legislatore non è intervenuto in materia e la disciplina normativa applicabile ai casi di *malpractice* sanitaria è stata quella dettata dal codice civile e relativa alla responsabilità per inadempimento di un'obbligazione o, nel caso in cui si riconduca la responsabilità dell'operatore sanitario non dipendente da una struttura nell'alveo dell'art. 2043 c.c., a quella extracontrattuale.

32 Sulle conseguenze della medicina difensiva sul mercato assicurativo si veda l'interessante paper di L. Quaglino, I costi dell'assicurazione sanitaria, disponibile su <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?codice=12400>.

Al di là di tale disciplina generale, vale a dire relativa ad ogni inadempimento di un'obbligazione o ad ogni fatto illecito, i redattori del codice del '42 non sono stati insensibili all'esigenza di creare un'area di rispetto per gli esercenti la professione medica.

In tale prospettiva deve leggersi l'art. 2236 c.c., rubricato "*Responsabilità del prestatore d'opera*" per il quale:

"se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave".

In realtà la disposizione in esame non rappresenta una norma derogatoria della regola dettata dall'art. 1176 c.c. e non attribuisce alcuna speciale esenzione rispetto all'ordinario regime di responsabilità. L'interpretazione letterale dell'art. 2236 c.c., infatti, porterebbe a risultati incomprensibili sul piano della logica, risultando inspiegabile, qualora ci si dovesse accontentare di un minor grado di diligenza quando vi siano da affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà. Si dovrebbe, all'opposto, esigere una diligenza maggiore, pretendere, cioè, un più alto livello di perizia, di prudenza, di attenzione proporzionale alla gravità del caso sottoposto e non già una diligenza attenuata come parrebbe da una prima lettura dell'articolo in esame.³³

In realtà, l'esclusione di responsabilità per colpa lieve trova giustificazione nella esigenza di non mortificare e scongiurare o minimizzare i rischi di diniego di intervento proprio nei casi più difficili per il timore di incorrere in responsabilità, con pregiudizio di interessi oltre che individuali anche collettivi³⁴.

³³ Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, Padova, 1995, 299

³⁴ Per la categoria della colpa nel diritto penale sanitario si rinvia a Marinucci, La responsabilità colposa: teoria e prassi, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, p. 1. Ma già in termini simili si esprimeva Mantovani, voce Colpa, in Dig. disc. pen., vol. II, Torino, 1988, p. 301.

La norma, infatti, muove dal presupposto che il caso richieda una competenza superiore alla media, ed è solo rispetto a tale livello superiore di competenza che la legge sanziona solo la colpa grave e cioè la mancanza, in tale ipotetico livello superiore, del livello minimo necessario per affrontare tali evenienze.³⁵

E'allora evidente la scelta di politica legislativa effettuata dal legislatore del 1942: quella di creare un'area di rispetto per gli esercenti le professioni liberali, i quali non potrebbero essere chiamati a rispondere a prescindere da un errore o da un comportamento doloso.³⁶

Dinanzi a tale disposizione, da un lato la giurisprudenza in base al principio di ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, ha applicato tale disposizione anche all'ipotesi di responsabilità aquiliana, per evitare che “ *il medesimo fatto produttivo di danno possa integrare un obbligo risarcitorio con diverse caratteristiche strutturali a carico del medesimo soggetto sol perché questi, anziché esercitare liberamente la professione sanitaria, presta la sua opera professionale in una struttura organizzata come un ospedale*”³⁷

Dall'altro però la giurisprudenza ha di fatto cancellato la previsione di cui all'art. 2236 del codice civile che, in considerazione della necessità di non irrigidire eccessivamente l'esercizio delle professioni intellettuali, limita la responsabilità da inadempimento di una prestazione di particolare difficoltà ai casi connotati da dolo o da colpa grave.

Bertocchi, Responsabilità del medico libero professionista, in *La responsabilità medica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2004, 42

35 Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 335 ss.

36 Contro la responsabilità oggettiva del medico si vedano le condivisibili argomentazioni di Alpa, *La responsabilità medica cit.*, 322.

37 Cass., n. 1282 del 1971, in *Giust., civ.*, 1971, I, 1417; in dottrina concorda Morelli, *La responsabilità civile in campo medico: appunti e riflessioni*, in *arch. civ.*, 1991, 725. Vedi anche Lombini, *Responsabilità nell'esercizio della professione sanitaria*, in *arch. Civ.*, 1996, 1074

Come emerge dalle *rationes decidendi* delle pronunce, ciò è avvenuto in particolare attraverso le seguenti modalità: affermando l'inapplicabilità, sempre e comunque, dell'art. 2236 c.c. agli interventi di facile esecuzione; delimitando l'ambito di applicazione di cui all'art. 2236 c.c. ai soli casi di colpa per imperizia ed escludendo dunque la colpa per imprudenza e negligenza; interpretando in modo restrittivo il concetto di problema tecnico di particolare difficoltà; disconoscendo un ambito di autonomia al concetto di colpa lieve.³⁸

38 Tale percorso giurisprudenziale emerge dalla preziosa analisi delle pronunce di legittimità ad opera del Consigliere Marco Rossetti in Quaderni del massimario, Responsabilità sanitaria e tutela della salute, 2011, cit.

A proposito dell'interpretazione restrittiva di "intervento di speciale difficoltà", di cui all'art. 2236 c.c. nella analisi appena citata 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 ciò, 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)".*

Dunque, emerge chiaramente che negli interventi di "speciale difficoltà" vengono compresi "soltanto gli interventi sperimentali o di altissima specializzazione" (Rossetti, cit.).

Nella pratica, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'applicazione di tale norma è stato sempre molto vivace. La tendenza che si deve registrare è dunque quella di confinare tale norma a casi del tutto particolari, raramente riscontrabili nella pratica medico-legale, giudiziaria e quindi riconoscendo la responsabilità civile, nella maggior parte dei casi, anche per colpa lieve.

Come è stato rilevato, la tendenza della giurisprudenza è quella o di escludere la presenza della colpa medica oppure di riscontrare l'esistenza di una colpa grave in capo all'operatore.³⁹

39 Sempre nella analisi delle pronunce di legittimità citata alla nota precedente si dà atto che *"ad esempio, è stato ritenuto in colpa grave: -) il medico che aveva diagnosticato un'ernia discale, e sottoposto il paziente ad un intervento chirurgico volto alla soluzione di quella patologia, non avvedendosi che i disturbi lamentati dal paziente erano dovuti ad un tumore osseo infiltrante, sebbene radiologicamente poco visibile (Cass. 19.4.2006, n. 9085, in Cass. 19.4.2006, n. 9085, in Corriere giur., 2006, 914, con nota di CARBONE, Responsabilità medica; si noti che i fatti i quali diedero origine a tale giudizio erano avvenuti nel 1981, epoca nella quale la diagnosi differenziale del tumore per via radiologica non aveva certo le possibilità odierne); -) il medico che, nell'esecuzione di un parto per via naturale, a fronte della presentazione podalica del feto, provocava a quest'ultimo la paralisi ostetrica dell'arto superiore (c.d. distocia di spalla: così Cass. 28.5.2004, n. 10297; si badi che la S.C. in quel caso ritenne erronea la sentenza di merito la quale aveva escluso la sussistenza di colpa medica muovendo dalla statistica sanitaria che contemplava un alto tasso di distocia di spalla nel caso di presentazione podalica del feto); -) il medico che abbia somministrato un anestetico locale, rivelatosi poi letale per il paziente, senza previamente eseguire alcun previo accertamento sulle condizioni del paziente stesso (Cass. 1.3.1988, n. 2144, in Foro it., 1988, I, 2296);*

-) il medico specializzato in ortopedia per avere affrontato, con esito negativo, un intervento di alta neurochirurgia (Cass. 26.3.1990 n. 2428, in Foro it. Rep., 1990, voce Professioni intellettuali, n. 113); -) il medico che abbia omesso di informare una donna sul possibile esito negativo dell'intervento abortivo cui si era sottoposta, in un caso in cui la paziente, dopo l'intervento, aveva volontariamente abbandonato l'ospedale (Cass. 08.07.1994, n. 6464, in Corriere giur., 1995, 91, con nota di BATÀ); -) il medico che, nell'esecuzione di un

L'unico caso, dalle ricerche effettuate, in cui la giurisprudenza di legittimità e di merito ha qualificato la condotta dell'operato come connotata da colpa non grave ai sensi dell'art. 2236 c.c. è quello deciso dal Tribunale di Roma nel 2004 e relativo ad un chirurgo il quale, nell'eseguire un intervento di correzione di una stenosi aortica mediante ricostruzione in goretex dell'istmo aortico in un ragazzo di sedici anni, aveva provocato lo stiramento del nervo, con conseguente disfonia del paziente.⁴⁰

L'iter evolutivo, che si è concluso con la sostanziale vanificazione dell'art. 2236 c.c., è iniziato negli anni cinquanta dapprima in dottrina e quindi in giurisprudenza con la sentenza numero 166 del 1973 della Corte Costituzionale.⁴¹

La Consulta ha infatti precisato che l'art. 2236 c.c. non trova applicazione ai danni causati da negligenza ed imprudenza, essendo essa circoscritta, nei limiti considerati, ai casi di imperizia ricollegabili alla particolare difficoltà di problemi tecnici che l'attività professionale, in concreto, renda necessario affrontare. La norma, in altri termini, si applicherebbe soltanto quando in

trattamento chirurgico di riduzione di una lussazione dell'anca e di frattura femorale, con rimozione dei frammenti articolari, abbia lasciato libero nella cavità acetabolare un frammento osseo della testa femorale (Cass. 11.4.1995, n. 4152, in Enti pubblici, 1996, 908); -) il medico che abbia omissso di rilevare una frattura del femore (Cass. 12.8.1995, n. 8845, in Foro it. Rep. 1995, voce Professioni intellettuali, n. 170); -) il medico primario che, pur essendo in ferie, abbia ritardato un intervento indifferibile, causando un danno al paziente (C. Conti 20.9.1996, n. 100/A, in Riv. Corte Conti, 1997, fasc. 2, 103); -) il medico che, chiamato ad intervenire chirurgicamente su una tumefazione al seno, decida di asportare l'intera ghiandola mammaria senza previamente eseguire un esame istologico intraoperatorio (Cass. 2.12.1998, n. 12233, inedita)".

Tali casi denunciano pertanto una vera e propria scomparsa della figura della colpa lieve.

40 M. Rossetti cit.

41 Corte Cost. 28.11.1973, n. 116, in Giur Cost., 1973, II, 676 ss.

discussione vi sia la perizia del professionista non trovando spazio con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza.

A tal proposito è opportuno chiarire che il termine negligenza è sinonimo di trascuratezza ed allude all'antitesi tra quello che è il comportamento tenuto e le regole cautelari che richiedono di svolgere determinate azioni con specifiche modalità; l'imprudenza, invece, indica un contrasto tra la condotta tenuta e le regole cautelari che vietano il compimento di certe azioni; per imperizia, infine, si intende la mancanza del patrimonio di conoscenze tecniche richieste specificatamente per l'esercizio di una data professione.⁴²

Nel caso sul quale si è pronunciata la Consulta, secondo il tribunale di Varese gli artt. 589 e 42 del codice penale, per cui è penalmente responsabile chi cagiona per colpa la morte di una o più persone - omicidio colposo - o di chi commette altro delitto colposo, violerebbero il principio di eguaglianza nella parte in cui *"consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare"*.

Ciò in quanto, secondo il giudice a quo, considerato che *"la penale rilevanza della colpa professionale non possa configurarsi altrimenti che nel quadro della colpa grave richiamata dall'art. 2236 c.c. e nel carattere di inescusabilità"*, tali norme assumono una diversa declinazione a seconda che il soggetto nei cui confronti deve trovare applicazione, sia o meno un "professionista" in possesso di titolo accademico.

Dunque, nell'ipotesi in cui due condotte concorrano alla produzione dell'unico evento lesivo, da un canto "il grado della colpa" gioca "come elemento di discriminazione per la formulazione del giudizio di colpevolezza degli imputati" e dall'altro, a parità di grado di colpa sono collegate conseguenze

⁴² M. Gallo, voce Colpa penale, in Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, p. 637 e Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, 8^a ed., Padova, 2013, p. 768 ss.

diverse sul piano dell'applicazione della legge penale, con esclusivo riguardo alla professione esercitata dagli imputati.

La Corte ha cura poi di risalire alla ragione giustificativa della disciplina in esame: *"la particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile, per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) "di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista" stesso. Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale"*.

Ecco però che la Consulta conferisce alla normativa denunciata una interpretazione ragionevole alla luce dell'art. 3 della Costituzione, e dunque conclude che la questione non é fondata: *"Il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto) personali o sociali. La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto é operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti. D'altra parte, l'asserita disparità di trattamento non può essere individuata nel fatto*

che per la formulazione del giudizio di colpevolezza degli imputati il "grado della colpa" operi come elemento di discriminazione, o che sul piano dell'applicazione della legge penale a parità di grado di colpa siano ricondotte conseguenze diverse, perché codesti due profili hanno il loro logico e sufficiente riscontro nella premessa già esaminata".

L'imperizia, quindi, che si concretizza nella mancanza di preparazione scientifica e di adeguate cognizioni nella specifica materia, nell'uso dei mezzi di indagine manuali, strumentali o terapeutici e delle tecniche specifiche del settore, è fonte di responsabilità attenuata nel senso che il medico è responsabile solo per dolo o colpa grave e cioè quando dimostri di non conoscere le nozioni fondamentali e di ignorare quegli aggiornamenti clinici, diagnostici e terapeutici già sperimentati e consolidati nella prassi; quel complesso cioè di regole tecniche e professionali espresse dal livello medio della categoria di appartenenza. Insomma una condotta incompatibile con quel minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente ritenersi sussistente in capo ad un soggetto abilitato all'esercizio della professione medica.⁴³

Si può quindi affermare che quando l'elemento soggettivo della colpa dipende da imperizia, la giurisprudenza consolidata ritiene che trovi applicazione l'art. 2236 c.c.

Bisogna a questo punto precisare in cosa consiste la colpa grave prevista appunto con riferimento all'art. 2236 c.c. in ambito medico.

La colpa grave sembra poter essere identificata con la sola ipotesi di ignoranza inescusabile di cognizioni generali fondamentali della scienza medica. In pratica la colpa medica viene identificata con l'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali

43 DE MATTEIS, La responsabilità medica, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, diretta da Galgano, Padova, 1995, 15 ss.; Cass. 18.06.1975, n. 2439, in Giur. It., 1976, I, 953

attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali utilizzati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter adoperare correttamente.⁴⁴

Quando, invece, la cattiva esecuzione della prestazione è dovuta a negligenza, cioè a trascuratezza disattenzione, inadeguata preparazione o imprudenza, cioè a temerarietà sperimentale, avventatezza e non adeguata valutazione del rapporto rischi-benefici, l'ancora di salvataggio dell'art. 2236 non opera e il medico risponderà anche solo per colpa lieve e comunque sulla base di giudizi *“improntati a criteri di normale severità”*.⁴⁵

Stabilito che la limitazione di responsabilità si applica solo nel caso di imperizia, e non nell'ipotesi di imprudenza e negligenza, occorre capire come la giurisprudenza abbia interpretato la locuzione *“problemi tecnici di speciale difficoltà”*.

Tali sono quelli che presentano i caratteri della eccezionalità o della straordinarietà, perché non sono stati adeguatamente studiati o sperimentati dalla scienza, oppure perché allo stato delle ricerche sono suscettibili di soluzioni molteplici e incompatibili tra loro.⁴⁶

I *“problemi tecnici”* devono, quindi, mettere il professionista di adeguata preparazione media nelle condizioni di misurarsi con problematiche che travalichino le sue doverose conoscenze pur al cospetto della diligente prestazione che lo stesso abbia posto in essere.

Come ha osservato parte della dottrina,

“Come al solito la valutazione va fatta in concreto, tenendo conto delle particolari condizioni in cui il medico è costretto ad intervenire. Appare

44 Cass., 24.04.1997, n. 1476, in Mass. Giur, it., 1997

45 Cass. Pen. , sez. IV, 14.04.1983

46 Cass., 19.05.1999, n. 4852, in Foro it., 1999, I, 2874 ss.; Cass., 22.01.1999, n. 598, in Danno e resp., 1999, 294; Cass. 23.02.2000, n. 2044, in Giur. It., 2000, 2015

all'evidenza che non si può prescindere dalle particolari condizioni nelle quali il sanitario sia dovuto intervenire, con avendo la possibilità di consultarsi con specialisti e non disponendo di adeguate attrezzature e personale ausiliario qualificato. La speciale difficoltà del caso non va, dunque, intesa in senso assoluto ed astratto, ma in concreto, tenendo conto di tutte le condizioni soggettive ed oggettive che rendono il caso obiettivamente di speciale difficoltà per quel medico in quelle particolari condizioni in cui è tenuto ad intervenire”⁴⁷

Si tratta, dunque, di casi in cui la perizia richiesta dal caso concreto trascende la preparazione professionale media.

Si è, invece, negato che la speciale difficoltà di cui all'art. 2236 c.c. possa dipendere “*dall'alto tasso di esiti negativi*” dell'intervento da seguire; in particolare si è sottolineato che l'alto tasso di esiti negativi di un certo intervento non costituisce circostanza di significato univoco circa la sussistenza della particolare difficoltà nello svolgimento della prestazione medica, poiché potrebbe riguardare la patologia sulla quale si interviene piuttosto che le modalità di intervento, rispetto alle quali si misura la diligenza richiesta: “*il margine di rischio dell'intervento può essere considerato nella valutazione globale della particolare difficoltà dell'intervento, ma di per sé non può costituire elemento decisivo, dovendosi comunque fare anche e soprattutto riferimento alla prestazione che il sanitario rende*”⁴⁸.

Concludendo sul punto, una colpa lieve verificatasi nell'esecuzione di una prestazione particolarmente difficile escluderà sotto questo punto di vista, qualsiasi responsabilità e conseguente obbligo risarcitorio del medico sempre che, ben inteso, questi abbia tenuto un comportamento inappuntabile anche dal punto di vista della diligenza e della prudenza ai sensi dell'art. 1176 c.c.

47 M. Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, Padova, 2003, 737.

48 Cass., 28.05.2004, n. 10297, in Mass. Giust. Civ., 2004.

All'opposto, una condotta gravemente colposa commessa dal medico nell'affrontare "*problemi tecnici di speciale difficoltà*" determinerà una sua responsabilità ai sensi dell'art. 2236 c.c.

Come detto, l'art. 2236 c.c. non troverà applicazione qualora venga imputato al medico non già una imperizia bensì una condotta negligente o imprudente, trovando in tal caso applicazione l'art. 1176 c.c.

La disciplina "speciale", nel senso appena visto, contenuta all'art. 2236 c.c. esprime un problema più generale relativo alla possibilità di sottoporre gli operatori sanitari a una disciplina di favore rispetto ad altri soggetti o meno.

Tale questione è riemersa prima con la riforma Balduzzi poi con la recente riforma approvata alla Camera, che abbiamo denominato Gelli, dal nome del relatore.

Con riferimento alla riforma Balduzzi, l'articolo 3, comma 1, della legge stabilisce testualmente: "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*".

Tra i non pochi problemi sollevati da questa disposizione, ai nostri fini interessa quello relativo all'interpretazione dell'inciso per il quale l'adesione alle linee guida esonera da responsabilità per colpa lieve.

Tale disposizione introduce nel diritto penale, con esclusivo riferimento agli esercenti la professione sanitaria, il concetto di colpa lieve che, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, non avrebbe potuto trovare applicazione nelle ipotesi di colpa professionale, neppure limitatamente ai casi in cui "*la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale*

difficoltà”, previsti dall’art. 2236 del codice civile, che come visto non troverebbe applicazione in materia penale.

Fino ad allora la distinzione tra colpa lieve e grave rilevava solo con riferimento alla determinazione del trattamento sanzionatorio, ai sensi dell’art. 133 c.p.

Il testo legislativo è stato anche sospettato di illegittimità costituzionale, non sotto i profili della responsabilità civile, ma sotto i profili della responsabilità penale. Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 21 .3. 2013, ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale diverse questioni.

In particolare, ha sottolineato che l’esclusione della responsabilità per colpa lieve delinea *“un’area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi”*, violandosi così gli articoli 3, 24, 25, 27,28, 32, 33, 111 della Costituzione.

Con ordinanza del 6.12.2013 n. 295 la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’art. 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 senza alcuna motivazione. Il che sta a significare che la scelta effettuata dal legislatore è stata considerata conforme alla Costituzione.

Il tradizionale orientamento della Suprema Corte penale ritiene che *“L’art. 3 del d. l. n. 158/2012, convertito in l. n. 189/2012, secondo cui 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, non riguarda le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza giacché le suddette linee guida contengono solo regole di perizia”*.⁴⁹

⁴⁹ In tal senso Cass. pen., sez. IV, 23.4.2015, n.16944. Tale orientamento si deve alla sentenza Pagano (Cass. 11.3.2013, n. 11493), confermato subito dopo dalla sentenza Cantore (Cass.

Tuttavia, dalla lettera dell'art. 3 non risulta alcuna limitazione dell'esonero dalla responsabilità penale alla sola imperizia, dal momento che il legislatore fa riferimento alla colpa lieve tout court.

La delimitazione ad opera della giurisprudenza alla sola colpa per imperizia viene giustificata dalla necessità di evitare una discriminazione tra medici e altri professionisti, in conformità alla sentenza della Consulta del 1973, già analizzata.

Su tale interpretazione sono però stati espressi dubbi in dottrina, segnalandosi l'*interpretatio abrogans* alla quale si dà luogo in questa prospettiva.⁵⁰

9.4.2013, n. 16237), per poi consolidarsi (Sez. IV, 22.11.2013, n. 46753; 6.3.2014, n. 10929; 5.5.2014, n. 18430; 21.7.2014, n. 32109; 28.8.2014, n. 36347).

50 Si veda la relazione di Sirena già citata ove si legge: "*né mi pare che tale esonero di responsabilità possa essere limitato alla sola imperizia, come alcuni autori sostengono. A onore del vero, questa ultima limitazione ha una origine autorevole: la Corte costituzionale, infatti, chiamata - nell'ormai lontano 1973 - a stabilire se la più antica e benevola giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica (ma anche di altre professioni) di cui al già citato articolo 2236 del codice civile, fosse compatibile con il principio di uguaglianza, ha affermato che la norma in questione non era viziata di costituzionalità, considerato che la deroga alla disciplina generale della responsabilità per colpa, nei casi previsti da quella disposizione di legge, aveva una adeguata ragione d'essere, dovendo essere applicata solo ai casi in cui prestazione professionale comportava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ed essendo contenuta entro il circoscritto tema della perizia. Ebbene, ho la sensazione che la seconda parte del dictum di quei giudici continui a influenzare ancora dottrina e giurisprudenza, così che si tende a negare che la colpa lieve possa avere rilievo nelle ipotesi di negligenza e di imprudenza collegate a una errata applicazione delle linee guida e alle buone pratiche: e ciò anche se, specie con riferimento a queste ultime, sovente vengono in considerazione regole procedurali il cui scopo è proprio quello di evitare che l'evento lesivo si verifichi per negligenza o imprudenza. Su tale questione credo proprio che dovranno esserci dei ripensamenti; ma, in ogni caso, vedremo in tempi brevi come si evolverà la giurisprudenza della Suprema Corte in tema di colpa lieve nelle ipotesi di negligenza e imperizia*".

Il problema relativo alla ragionevolezza di un trattamento di favore per i medici rispetto ad altri professionisti non è (ri)emerso soltanto con la legge Balduzzi ma anche con la recente riforma, per ora approvata in uno dei due rami del Parlamento.

A tal proposito si riporta il testo dell'art. 6 della riforma, rubricato "*Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*":

" *1. Dopo l'articolo 590-bis del codice penale è inserito il seguente:*

« *ART. 590-ter. – (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – 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* ».

Dunque, in tal caso, a differenza della riforma Balduzzi, si fa espresso riferimento all'imperizia quale strumento limitativo dell'area di rispetto prevista per i sanitari.

E ciò accade anche se il testo proposto dalla Commissione Alpa espressamente prevedeva l'estensione dell'esonero al di là della colpa per imperizia.

Per Paolo Piras, "In culpa sine culpa – Commento all'articolo 3 comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189", in *Diritto penale contemporaneo*, 2012: "*la Cassazione ha ritagliato dall'area dell'imperizia una sua parte, che viene incollata erroneamente nelle aree della negligenza e dell'imprudenza: «quindi un'interpretazione doppiamente restrittiva: prima della legge, sul termine colpa e poi del principio, sul termine imperitia. Il principio suona quindi: culpa levis sine (stricta) imperitia non excusat*".

Si riportano in questa sede le considerazioni espresse nella relazione conclusiva al Ministro⁵¹:

"Tutti i Componenti della Commissione hanno ritenuto che l'esonero da colpa penale lieve non sia dirimente, e non sia sufficiente a prevenire il dilagare della medicina difensiva. Pertanto, dopo ampia e meditata discussione, in tutte le sedi, si è convenuto che il professionista che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche debba rispondere penalmente nel solo caso di dolo o colpa grave.

In questo senso si è evitato di introdurre la scriminante collegata alla definizione di "atto medico", perché trattata figura dagli incerti confini, che delinea un atto di volontà – peraltro equivocato dalla giurisprudenza che ne fa una lettura amministrativa e documentale – e inutile, in quanto, con i limiti stabiliti dal dolo e dalla colpa grave, collegati all'esercizio della professione sanitaria, non occorre più introdurre nella fattispecie penale un ulteriore requisito .

E' in corso un ulteriore approfondimento in ordine alla possibilità di definire la colpa grave, dal momento che la giurisprudenza in materia è sufficientemente dettagliata, sia con riguardo alle regole di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga particolari difficoltà, sia quando si versi in situazione di emergenza, di fronte a casi non difficili e fronteggiabili con interventi conformi agli standard (tra le tante v. Cass. 22.11.2011, n. 4391 imputato P.C.), sia quando il paziente versi in una situazione peculiare (tra le tante v. Cass.15.4.2014,n. 22281 imp.Cavallaro). D'altra parte è stato rilevato che proprio la molteplicità delle definizioni cui è giunta la giurisprudenza richiederebbe un intervento normativo chiarificatore.

51 Per la relazione integrale si veda l'allegato al presente lavoro.

Attese le peculiarità della professione medica e la situazione in cui versa il sistema sanitario, la Commissione non ritiene che la sanzione penale estesa ai casi meno gravi costituisca una adeguata misura di deterrence: anzi, si presti a speculazioni e a distorsioni di comportamenti, volti ad evitare la sanzione piuttosto che non a prestare le cure più appropriate e immediate ai pazienti.

Tutto ciò, ovviamente, non mette in gioco il diritto all'autodeterminazione, alla consapevole attenzione del paziente, al suo "consenso informato".

Questi diritti fondamentali, che discendono dagli artt. 2 e 32 Cost., non sono incisi dalla restrizione dell'area della sanzione penale. Così come appare ragionevole, tenuto conto dei rischi della professione medica, configurare per essa uno statuto speciale, che può anche divergere da quello delle altre professioni, senza perciò violare l'art.3 Cost. E il fatto che la formulazione dell'art.3 della l. in esame sia stato sindacato in modo così ampio e dettagliato dall'ordinanza dei giudici milanesi sopra cit. e superata dalla correlativa ordinanza della Corte costituzionale conforta i Componenti della Commissione nel suggerire questa modifica".

E' evidente la motivazione del cambiamento in corso d'opera ed è stata palesata dallo stesso Relatore sulla riforma alla Camera in Commissione Affari sociali: si è affermato che la soluzione definitiva è stata suggerita da alcuni magistrati della Corte di Cassazione i quali hanno fatto riferimento alla necessità di non discriminare tra medici e altri professionisti, come richiesto dalla Corte costituzionale nel 1973.⁵²

Ha dunque ragione chi ha scritto - sia pure in modo critico- che tale pronuncia della Consulta non solo ha condizionato per il passato ma continuerà a farlo per il futuro il quadro normativo e giurisprudenziale in materia.⁵³

52 Nel convegno tenutosi l'11 febbraio 2016 presso l'Ordine dei medici di Roma dal titolo "Medico e paziente: un'alleanza possibile" la motivazione è stata palesata dal relatore Gelli.

53 Si veda la relazione di Sirena per la quale si rinvia alla nota n. 7.

La questione resta aperta e si sostanzia nel seguente interrogativo: l'attività sanitaria è suscettibile di un'area di rispetto se confrontata con altre attività oppure una disciplina di favore violerebbe il principio di ragionevolezza ex art. 3 della Costituzione?

A tal proposito può ricordarsi come nella giurisprudenza della Consulta l'art. 3 comma I della Costituzione è divenuto uno strumento per vagliare le scelte politiche del legislatore qualora del tutto irragionevoli: deve sottolinearsi che non sempre è chiaro il confine tra discrezionalità politica e irragionevolezza e, dunque, il principio di uguaglianza può divenire strumento per valutare gli scopi perseguiti dal legislatore.⁵⁴

Il limite è dunque labile ma sembra a chi scrive che nel caso dell'attività sanitaria vi siano ragioni sufficienti per garantire agli operatori sanitari uno spazio di manovra: quando nel novembre del 1990 a livello europeo si propose una direttiva che dava luogo ad una inversione dell'onere della prova in materia di responsabilità dei professionisti liberali la "lobby" liberale si oppose decisamente e denunciò il rischio paralisi dell'attività sanitaria che sarebbe potuto derivare dall'approvazione della direttiva.

La stessa *ratio*, come si è visto, è stata alla base della scelta del legislatore del 1942 di dettare una disciplina di favore, all'art. 2236 c.c., per i professionisti intellettuali.

Una scelta di questo tipo può dirsi ragionevole se dettata dall'esigenza non solo di proteggere il professionista privato ma di conseguire un interesse pubblico più vasto.

54 Si veda M. Cartabia, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola; Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf

Ebbene, si è visto che l'irrigidimento dell'attività sanitaria incide sulla stessa tutela del diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Costituzione dal momento che la medicina difensiva, conseguenza del timore dei medici per la sovraesposizione giudiziaria, è essa stessa causa di malasana: se un paziente viene sottoposto ad accertamenti di per sè invasivi della salute non è questa buona sana.

E allo stesso modo viene violato il principio di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione) dal momento che le risorse disponibili vengono impiegate anche per prestazioni sanitarie che i medici non ritengono indispensabili ma soltanto utili nella prospettiva della medicina difensiva.

Allo stesso modo la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e più in generale quella di realizzare la propria persona (art. 2 Cost.) anche attraverso la professione viene pregiudicata dal rischio contenzioso che investe alcune branche della medicina: si pensi ad esempio alla chirurgia o alla ginecologia che vedono una vera e propria fuga dal settore.

Considerato tale quadro, potrebbe ritenersi ragionevole un trattamento di favore per gli operatori sanitari rispetto ad altri professionisti, in quanto funzionale al perseguimento - in particolare - dell'interesse alla tutela della salute.

Anche in materia assicurativa le problematiche connesse alla malpractice sanitaria restano aperte: la riforma interviene stabilendo l'obbligo di assicurazione per operatori e strutture (art. 10 della riforma).

Senonchè, per le strutture prevede la possibilità di optare per forme alternative all'assicurazione e dunque legittima la prassi dell'autoassicurazione: quest'ultima costituisce però un ossimoro, dal momento che se l'assicurazione consiste nel trasferimento del rischio da un soggetto all'altro, in caso di autoassicurazione il rischio che un determinato evento si verifichi resta a carico del soggetto che potrebbe subirne i pregiudizi.

Le problematiche in materia di assicurazione sono in un certo senso rinviate dal legislatore dal momento che la disciplina delega ai successivi decreti attuativi il compito di stabilire condizioni e modalità delle polizze (art. 10 ult. comma).

L'analoga scelta effettuata dal decreto Balduzzi ha però comportato la disapplicazione dell'obbligo di assicurazione a carico degli operatori sanitari dal momento che il decreto attuativo non è mai stato emanato.

Senza la disciplina attuativa è destinata a rimanere lettera morta anche la previsione dell'azione diretta del paziente danneggiato nei confronti dell'assicurazione della struttura o dell'operatore (art. 12), innovazione criticata da molti commentatori perché darebbe luogo ad un aumento del contenzioso in materia.⁵⁵

Più in generale, il mercato assicurativo italiano in materia di malpractice sanitaria segnala una assenza di concorrenza tra differenti operatori e un arretramento di alcune compagnie: il problema incontrato dagli attori riguarda l'incertezza del diritto che tanto pesa sulla attività assicurativa.

Infatti, come noto, la causa del contratto di assicurazione sta nel trasferimento del rischio dalla sfera giuridica del soggetto esposto ad un potenziale pregiudizio a quella di un altro soggetto - assicuratore - in grado di sopportarlo, dietro il pagamento di un premio.

Dal canto suo, l'assicuratore, per concludere il contratto e calcolare il premio, deve poter essere in grado di calcolare la frequenza dei rischi e la possibilità che questi possano verificarsi: il rischio viene poi distribuito dal momento che ne vengono assicurati una pluralità.

L'incertezza normativa e giurisprudenziale regnante in materia, con la continua possibilità di un mutamento di rotta da parte dei giudici, ha fatto allora sì che

⁵⁵ Il rilievo critico sta in ciò che, essendo l'assicurazione più propensa a transigere, i pazienti potrebbero essere maggiormente invogliati ad intentare una causa.

sia di difficile calcolabilità il premio e dunque ha comportato un allontanamento di molti operatori dal settore.

3 LE REGOLE "OPERAZIONALI" DI ORIGINE GIURISPRUDENZIALE: LA RESPONSABILITÀ SANITARIA QUALE "SOTTOSISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE"

L'analisi delle pronunce in punto di applicazione dell'art. 2236 c.c. dimostra come il ruolo da protagonista in materia sia stato rivestito dalla giurisprudenza che, in assenza di un intervento normativo e talvolta anche a dispetto del quadro normativo esistente, ha elaborato una serie di regole sulla responsabilità sanitaria, tanto particolari rispetto alla disciplina generale della responsabilità civile da far parlare una parte della dottrina di responsabilità sanitaria quale "*sottosistema della responsabilità civile*".⁵⁶

Infatti, la disciplina in materia di responsabilità sanitaria è da un lato di origine giurisprudenziale e frutto dell'opera degli interpreti ormai sedimentatasi durante i decenni; dall'altro consiste in una serie di regole divergenti rispetto al quadro generale in materia di responsabilità civile.

Una prima divergenza riguarda il riparto dell'onere della prova. Sul punto si tornerà ampiamente in seguito quando si farà riferimento alla figura del contatto sociale.

Può subito osservarsi, però, che secondo le regole generali in materia di onere della prova, colui che afferma di aver subito un danno deve provare la colpa del preteso danneggiante. Tale regola si ricava dal combinato disposto degli

⁵⁶ R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; G. Alpa, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 316; M. Liguori, *La responsabilità civile medica*, in *Sub iudice*, Atti del convegno tenuto a Rimini l'8-11 ottobre 1997, Pisa, 1998, 63.

art. 2043 c.c. sulla responsabilità da fatto illecito e 2697 c.c. sulla ripartizione del carico probatorio.⁵⁷

Invece, in caso di responsabilità da inadempimento, l'art. 1218 c.c., relativo alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, prevede un diverso riparto dell'onere probatorio tra creditore e debitore: la colpa, secondo una interpretazione particolarmente accreditata, si presume e incombe sul creditore la prova liberatoria dell'assenza di colpa.⁵⁸

La particolarità in materia di responsabilità sanitaria sta nel fatto che, attraverso la figura del contatto sociale, la giurisprudenza ha reso operativa la presunzione

57 Si vedano M. Taruffo, voce onere della prova, Dig. disc. priv. sez. civ., XIII, Torino, 1995, 72 s.; S. Patti, Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698), in COMMENTARIO del codice civile. A cura di Scialoja e Branca. Libro VI: Della tutela dei diritti, Bologna, 1987.

Ai sensi dell'art. 2043 c.c. rubricato Risarcimento per fatto illecito "*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*".

A sensi dell'art. 2697 c.c., rubricato "*Onere della prova*", "*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

58 Può subito sottolinearsi che quando, con riferimento all'art. 1218 c.c., si parla di responsabilità contrattuale si utilizza una sineddoche dal momento che si fa riferimento ad una parte del tutto: infatti, tale disposizione di riferisce in realtà a tutte le ipotesi di inadempimento di una obbligazione e non solo all'inadempimento di una obbligazione di fonte contrattuale.

Sulla ripartizione del carico probatorio nella responsabilità contrattuale si vedano Sul dibattito di cui al testo v. C.M. Bianca, Dell'inadempimento, cit., 186 ss.; M. Giorgianni L'inadempimento, cit., 867 ss.; S. Mazzamuto, La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea, Torino, 2015, passim.

di colpa anche quando un contratto tra operatore sanitario e paziente non è stato concluso e dunque non dovrebbe essere sorta una obbligazione.⁵⁹

Inoltre, con riferimento alla prova del nesso causale, è noto che in base alla prevalente interpretazione degli artt. 40 e 41 c.p., disciplinanti il nesso di causalità materiale tra la condotta illecita e l'evento lesivo, quest'ultimo si può ritenere provocato dal danneggiante quando via sia la prova positiva che, senza la condotta del responsabile il danno non si sarebbe prodotto.

Invece, secondo l'elaborazione giurisprudenziale in materia di responsabilità medica, può ritenersi sussistente il nesso causale anche quando non risulti con certezza l'effettiva causa del danno, qualora il medico abbia posto in essere una condotta astrattamente idonea a causare il danno.

A tal proposito, occorre soffermarsi sul significato della formula, ricorrente in giurisprudenza, secondo cui: *“resta a carico dei debitori della prestazione l'onere di provare l'esatto adempimento e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile”*.⁶⁰

Tale formula solleva due questioni: la prima è relativa alla ripartizione dell'onere della prova del nesso causale e al tipo di prova necessario a tal fine; la seconda riguarda il ruolo della colpa nella responsabilità contrattuale.

L'individuazione del soggetto onerato della prova del nesso di causalità tra inadempimento allegato dal paziente ed evento lesivo è rilevante in quanto la consulenza tecnica di ufficio potrebbe accertare, in base al materiale probatorio prodotto, che non è dato conoscere la causa dell'evento lesivo.⁶¹

59 Tutto il dibattito in materia verrà affrontato successivamente e si concentrerà sulle origini del contatto sociale in Italia e Germania, sulle potenzialità della figura, sulle critiche e infine sulle prospettive di superamento connesse alla riforma in corso di approvazione in Parlamento.

60 Tra le altre, in tal senso, Cass. civ. 11 maggio 2009 n. 10743.

61 Sulla questione si vedano la decisione del Trib. Milano, 22 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2008, 1265 con nota di R. Breda, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*; A. Barbarisi, *Onere di allegazione e prova liberatoria*, in *Danno e resp.*,

In questo caso, il paziente non avrebbe diritto al risarcimento se si ritiene onerato della prova del nesso causale; se, invece, si sostiene che il relativo onere spetti al medico, incomberebbe su quest'ultimo il rischio della causa ignota.

Secondo parte della giurisprudenza *“laddove la causa del danno rimanga infine ignota, le conseguenze non possono certamente ridondare a scapito del danneggiato (nel caso, del paziente), ma gravano sul presunto responsabile che la prova liberatoria non riesca a fornire (nel caso, il medesimo e/o la struttura sanitaria), il significato di tale presunzione cogliendosi nel principio di generale favor per il danneggiato, nonché della rilevanza che assume al riguardo il principio della colpa obiettiva, quale violazione della misura dello sforzo in relazione alle circostanze del caso concreto adeguato ad evitare che la prestazione dovuta arrechi danno (anche) a terzi, senza peraltro indulgere a soluzioni radicali, essendo attribuita”* al medico *“la possibilità di liberarsi dalla responsabilità”*.⁶²

L'indirizzo non è univoco in quanto si è anche affermato che *“molte affermazioni giurisprudenziali sull'inversione dell'onere probatorio riguardo al nesso di causalità siano in realtà riconducibili a peculiarità del caso*

2012, 882 s.; G.M.D. Arnone, La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa, in *Danno e resp.*, I, 2014. In una prospettiva comparata si veda M. Faccioli, L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa, in *La Responsabilità Civile*, 2012, 5. Sul nesso di causa in generale si consiglia la lettura di G. Travaglino, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012.

62 Cass. civ. 9 ottobre 2012 n. 17143. In dottrina, a favore della sottoposizione del medico all'onere probatorio circa l'assenza di nesso causale si vedano A. Lepre, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. mer.*, 2009, 114; G. Vettori, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 396.

concreto, con specifico riferimento all'allegazione d'inadempimenti contrattuali particolarmente pregnanti rispetto all'evento dannoso che, in quanto tali, legittimano un accertamento in forza di presunzioni semplici ovvero all'omessa o irregolare tenuta della cartella clinica e, dall'altro, come non manchino pronunzie di legittimità che fanno ancora oggi gravare sul danneggiato il relativo onere probatorio relativo (cfr. Cass., 16.01.2009, nr. 975, rv. 606129; Cass., 11.05.2009, nr. 10743, rv. 608087; Cass., 13.07.2010, nr. 16394 rv. 614280; Cass., 09.10.2012, nr. 17143, rv. 623987; massimata in questo senso anche Cass., 09.06.2011, nr. 12686, rv. 618137 che però sembra aver in realtà accolto l'opposta interpretazione, a dimostrazione dell'incertezza che regna su questo punto)".⁶³

In realtà, potrebbe ammettersi una presunzione di esistenza del nesso causale tra errore medico oggetto di allegazione ed evento lesivo oggetto di prova solo qualora il paziente allegi un inadempimento qualificato, vale a dire coerente con l'evento lesivo lamentato.⁶⁴

Perché possa operare tale presunzione è necessario che l'inadempimento addebitato al medico sia specifico oltre che connesso, secondo regole di esperienza, con l'evento lesivo puntualmente provato dal paziente.⁶⁵

⁶³ Tribunale di Rovereto 2 agosto 2008.

⁶⁴ Dal momento che la presunzione presuppone un legame tra un fatto noto ed uno ignoto, alla cui prova si perviene, in tal caso possono identificarsi i fatti noti da cui desumere il nesso causale a) nella obbligazione, in capo al medico di prestare la propria attività in relazione al caso specifico b) nell'evento lesivo lamentato e provato dal paziente c) nel fatto che le specifiche azioni od omissioni di cui si duole il paziente si collocano con elevato margine di probabilità, secondo regole di esperienza, nella serie causale che ha condotto all'evento lesivo. Si veda M. Taruffo, voce Presunzioni, Enc. giur., XXIV, Roma, 1991.

⁶⁵ Così sembrano sostenere anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nelle pronunce 11/01/2008 nn. 582 e 584: "il principio in tutti questi casi continua ad essere quello per cui l'attore è tenuto a provare il nesso di causa". Di recente, si veda Corte di Cassazione, Sez. III

L'allegazione di un inadempimento pregnante, tale da far sorgere la presunzione di esistenza del nesso di causalità, si ha nel caso in cui la prestazione del medico sia di facile esecuzione.

Come sostenuto da attenta dottrina, la distinzione tra interventi di facile e complessa esecuzione sarebbe utile criterio per individuare i casi in cui il paziente può provare il nesso di causalità per presunzioni e mediante la prova di fatti secondari: *“è a carico del paziente l'onere della prova del nesso causale, secondo i criteri della causalità logica: prova generalmente fornita per presunzioni e mediante la prova di fatti secondari. Pertanto, negli interventi di facile esecuzione la prova del fatto secondario può ritenersi sufficiente per considerare provato il nesso causale, mentre, negli interventi di alta specialità, la prova dei fatti secondari non è sufficiente, e spetta al paziente provare che, nel caso concreto, si è verificata la regola astratta, che non vi sono cause alternative, e così dicendo, secondo una ricostruzione del nesso causale non probabilistica, ma razionale e logica”*.⁶⁶

E d'altronde sarebbe obiezione superabile sostenere che il paziente non possa provare il nesso causale in quanto privo di conoscenze tecniche, posto che nelle controversie sanitarie un ruolo di primo rilievo è svolto dalla consulenza tecnica, in grado di rintracciare le condotte potenzialmente causative dell'evento lesivo.⁶⁷

civ., sentenza n. 27855 del 12 dicembre 2013, con nota di E. Occhipinti, È onere del paziente qualificare e provare l'inadempimento cui sia incorso il medico e la struttura ospedaliera, in Riv. it. Med. Legale, 3, 2014.

66 C. Garufi, Le problematiche della responsabilità medica in dottrina e giurisprudenza, Giurisprudenza di merito, 6, 2009, pag. 1550.

67 Non si condivide pertanto l'indirizzo giurisprudenziale per il quale il sanitario è responsabile anche nel caso in cui il paziente abbia reso in sede di anamnesi informazioni scorrette e fuorvianti. Così Cassazione, sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904.

In questi termini, tale ricostruzione sembra potersi avvicinare all'orientamento delle Corti tedesche, che ricollega alla prova di un errore "grossolano" del medico da parte del paziente anche quella del nesso causale tra errore ed evento lesivo.⁶⁸

In taluni casi tuttavia la giurisprudenza interna non ha mancato di esonerare il paziente dall'onere di allegazione affermando che, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, perché *"conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario"*.⁶⁹

La richiesta di un onere di allegazione del tutto generico si unisce, in un atteggiamento di completo appiattimento sulle ragioni del paziente, alla affermazione della presunzione di nesso di causalità in quelle pronunce per le quali al paziente basta provare l'evento lesivo (persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o suo aggravamento) e che l'intervento del medico, in astratto capace di cagionare il danno, si è situato nella serie causale che ha condotto all'evento lesivo.⁷⁰

68 Sul punto si ampiamente M. Faccioli, L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica cit., 335 ss.

69 Cass. 19.5.2004, n. 9471.

70 In tal senso, con riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria, di veda Corte di Cassazione sez. III 12 settembre 2013 n. 20904, con commento di G.M.D. Arnone, La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, 33 ss.

Tali indirizzi giurisprudenziali sembrano, invero, porsi in contrasto con numerosi principi di rilevanza costituzionale quali: il principio di non discriminazione, per l'evidente discriminazione del medico rispetto ad altri professionisti intellettuali che si avvantaggiano di un onere di allegazione specifico in capo al paziente; il diritto alla parità delle armi tra attore e convenuto in quanto, consentendo al paziente una allegazione del tutto generica, il medico non è messo nelle condizioni di difendersi; la tutela della salute, dal momento che un eccessivo sfavore nei confronti dei medici compromette la tenuta del sistema.

Una volta che il paziente abbia dedotto uno specifico comportamento del medico, inserito nella serie causale che conduce all'evento lesivo, si pone il problema di determinare che tipo di prova il medico possa fornire per superare la presunzione di nesso causale.

A tale proposito, si ritiene che il medico non debba rintracciare lo specifico evento causativo dell'evento dannoso, prova che sarebbe diabolica: dovrebbe invece consentirsi la prova, anche presuntiva, che quell'evento dannoso non sia ricollegabile, secondo il criterio del "*più probabile che non*"⁷¹, alla condotta addebitata al medico.

Si consideri, ad esempio, un caso in cui tra esecuzione colposa della prestazione da parte del medico e insorgenza (o aggravamento) della malattia sia decorso un certo lasso di tempo tale da mettere in dubbio il nesso di causalità tra la prima e la seconda, senza che dal materiale probatorio risulti con certezza la causa dell'evento lesivo.

In questo caso, se si segue l'orientamento proposto, per il quale il medico non dovrebbe provare lo specifico evento causativo dall'evento lesivo, il lasso di

71 A differenza del sistema penalistico, quello di diritto civile non esige la prova di un fatto "oltre ogni ragionevole dubbio". Si veda tra le altre Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009 n. 10743.

tempo intercorso tra esecuzione della prestazione, connotata da profili colposi, ed evento lesivo potrebbe esso stesso rappresentare una prova presuntiva della assenza di nesso causale.

Passando al secondo problema evidenziato, relativo all'onere della prova della colpa medica, se si segue l'interpretazione prevalente dell'art. 1218 c.c., per la quale tale disposizione dà luogo ad una presunzione di colpa in capo al debitore, il medico dovrebbe potersi liberare dando prova della assenza di colpa.⁷²

In tal senso, si pone l'orientamento secondo cui l'impossibilità della prestazione va valutata tenendo conto della fonte del rapporto, del concreto atteggiarsi dell'obbligazione nonché dello sforzo necessario all'esecuzione della stessa che potrebbe, se considerato in astratto, richiedere al debitore anche l'utilizzo di mezzi illeciti o anche di mettere in pericolo la propria salute.⁷³

In tale valutazione della fonte del rapporto obbligatorio un ruolo importante gioca la clausola della buona fede che consente di delimitare i comportamenti in concreto esigibili dal debitore in base alla misura dell'impegno assunto per soddisfare l'interesse creditorio.⁷⁴

72 In giurisprudenza si veda tra le altre Cass. civ. 23 aprile 2002 n. 5928 per la quale: "in tema di inadempimento delle obbligazioni contrattuali, a norma degli artt. 1218 e 1256 c.c., la colpa del contraente si presume". In dottrina, a favore della tesi della responsabilità per colpa, si vedano C. M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 2003; L. Mengoni, *Profili di una revisione critica della teoria sulla garanzia per i vizi della vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I ; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975. A favore della natura oggettiva e assoluta della responsabilità G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973.

73 Si vedano gli Autori citati alla nota precedente.

74 L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» cit.*, 1087,1088.

A ritenere altrimenti, si darebbe ingresso ad un regime di responsabilità oggettiva e assoluta in capo al medico, che sarebbe incompatibile con la scelta di politica legislativa effettuata dal legislatore del 1942: vale a dire quella di creare un'area di rispetto per gli esercenti le professioni liberali, i quali non potrebbero essere chiamati a rispondere a prescindere da un errore o da un comportamento doloso.⁷⁵

Ciò vale ancor di più se si considera che come si è ampiamente visto la giurisprudenza ha di fatto cancellato la previsione di cui all'art. 2236 del codice civile che, in considerazione della necessità di non irrigidire eccessivamente l'esercizio delle professioni intellettuali, limita la responsabilità da inadempimento di una prestazione di particolare difficoltà ai casi connotati da dolo o da colpa grave.

Altra particolarità in materia di responsabilità sanitaria è stata ravviata nel fatto che *"la giurisprudenza ha spostato a monte la valutazione in termini di colpa della condotta del medico, esigendo non soltanto che sia diligente l'esecuzione dell'intervento, ma anche che il paziente sia diligentemente informato della natura e dei rischi della prestazione medica; con la conseguenza che, in difetto di informazione, il medico potrà essere chiamato a rispondere delle conseguenze sfavorevoli dell'intervento"*⁷⁶.

L'Autore ora richiamato fa però riferimento alla giurisprudenza di legittimità precedente al 2011 e va quindi dato atto che vi sono state delle importanti novità in materia.

75 Contro la responsabilità oggettiva del medico si vedano le condivisibili argomentazioni di Alpa, *La responsabilità medica cit.*, 322.

76 Così Rossetti *cit.*

E' vero che secondo un orientamento il medico è tenuto a ricevere il consenso informato prima di effettuare il trattamento sanitario.⁷⁷

E'altresì vero che il trattamento sanitario compiuto senza consenso è *contra legem* dal momento che viola il diritto all'autodeterminazione del paziente di cui all'art. 13 della Costituzione.

Tale posizione giuridica, quella relativa alla possibilità del paziente di determinarsi consapevolmente e compiutamente è collocata su un piano differente rispetto al diritto alla salute. Vi può infatti essere lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente non accompagnata dalla lesione del diritto alla salute: ciò accade quando l'intervento sia eseguito correttamente, per ipotesi eviti un pregiudizio grave al paziente ma sia ciononostante contrario alla sua dignità.

Il riferimento obbligato sul punto è alle recenti Sezioni Unite del 22 dicembre 2015, n. 25767, Rel. Spirito, Est. Bernabai, che hanno preso posizione sulla questione sollevata dall'ordinanza della terza sezione della Corte di Cassazione, 23 febbraio 2015 n. 3569, sul tema della distribuzione dei temi di prova in caso di danno da mancato esercizio dell'autodeterminazione in gravidanza.⁷⁸

⁷⁷ Per maggiori approfondimenti si rinvia al capitolo successivo sulla responsabilità sanitaria per violazione del consenso informato.

⁷⁸ G. Cricenti, Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate), in *Dir. civ. cont.*, 9 marzo 2015; F. Piraino, "Nomina sunt consequentia rerum" anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni Unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016.

Più in generale sul tema si segnalano

M. Gorgoni, Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62; A. Liserre, In tema di responsabilità del medico per il danno del nascituro, in *Corr. giur.*, 2010, 365; M. Gorgoni, Nascituro e responsabilità sanitaria, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2075; S. CACACE, Figli indesiderati nascono. Il giudice in tribunale, in *Danno resp.*, 2009, 1167; F. DI CIOMMO, Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?, in *Danno resp.* 2010, 144; G. Cricenti, Il

Su tali questioni occorrerà soffermarsi più approfonditamente in seguito - si pensi anche al danno subito dal Testimone di Geova contrario all'emotrasfusione anche se per ipotesi il trattamento sanitario gli ha salvato la vita-: per ora basti rilevare che il paziente che lamenti un danno per violazione del consenso informato è tenuto a dare prova dei pregiudizi ricevuti.

In altre parole, se viene violato il diritto all'autodeterminazione il paziente che voglia ottenere il risarcimento dei relativi danni deve provare, ai sensi dell'art. 1123 c.c., la perdita subita e il mancato guadagno, in quanto siano conseguenza immediata e diretta del consenso disinformato.

Altra particolarità derivante dall'elaborazione giurisprudenziale in materia riguarda l'estensione dell'ambito della colpa per omissione. Nella responsabilità extracontrattuale, su ciascuno grava il dovere di *neminem laedere* vale a dire di astenersi dal violare l'altrui sfera giuridica. Non può invece essere costretto ad attivarsi per preservare gli altrui beni.

Invece, in virtù della sottoposizione del medico dipendente da una struttura sanitaria alla disciplina della responsabilità per inadempimento di una obbligazione, il medico, anche quando opera al di fuori di un rapporto

concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 1258; E. Palmerini, Il concepito e il danno non patrimoniale, in Nuova giur. civ. comm, 2011, I, 1270; M. Suppa, Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre, in Corr. giur., 2012, 382; A. Galati, Uccisione del padre e danno al nascituro, in Danno resp., 2011, 1168; A.M. Pisano, Lesione del rapporto parentale e tutela aquiliana del concepito successivamente nato, in Fam. dir., 2011, 1102; S. Mastroianni, La risarcibilità in favore del concepito quale "vittima secondaria" dell'illecito, in La resp. civ., 2012, 276; A. Di Majo, La protezione contrattuale del terzo, in Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica-comparatistica, Roma, 13-16 settembre 1999, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, 109.; E. Moscati, I rimedi contrattuali a favore di terzi, in Riv. dir. civ., 2003, I, 357.

In particolare si segnala anche per il respiro comparato del contributo F. P. Patti, Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto, Resp. civ. prev., 3, 2014, 764 s.

contrattuale, ha l'obbligo di attivarsi, *"anche ben oltre il limite dell'apprezzabile sacrificio, per accertare e curare non solo le patologie per le quali il paziente sia stato ricoverato, ma anche qualsiasi altra patologia dalla quale il paziente sia affetto, ove obbiettivamente riscontrabile"*⁷⁹.

⁷⁹ Rossetti cit. ove si richiama anche Cass. 22.1.1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. Carbone.

CAPITOLO II

LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' DELLA STRUTTURA E DELL'OPERATORE SANITARIO

1) CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

In una prospettiva comparata, è stato dimostrato che i sistemi della responsabilità sanitaria possono assumere o meno una connotazione *patient - friendly* a prescindere dalle ricostruzioni formalmente accolte: è ben possibile optare ad esempio per il regime extracontrattuale della responsabilità del medico ma favorire il paziente ricorrendo a tecniche di inversione dell'onere probatorio, in casi particolari, connotati dall'applicabilità della massima "*res ipsa loquitur*".⁸⁰

Tendenzialmente, l'apertura dei sistemi giuridici alle istanze di tutela dei diritti individuali in materia sanitarie è avvenuta attraverso una pluralità di percorsi, anche simultanei tra loro:

- la tecnica dell'inversione dell'onere della prova;
- il processo di oggettivazione della colpa;
- l'identificazione della prova liberatoria in capo al professionista con la specifica causa dell'evento lesivo, anche estranea alla propria sfera giuridica.⁸¹

Come si vedrà, anche l'ordinamento giuridico interno ha utilizzato differenti strumenti per aprirsi alle istanze risarcitorie dei pazienti: tra questi, il principale è rappresentato dalla figura del contatto sociale.

⁸⁰ V. Zambrano, Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 181 s.

⁸¹ Ibidem, passim.

Da un punto di vista sostanziale, il contatto sociale è servito per equiparare la posizione giuridica del paziente che chiede il risarcimento all'operatore dipendente di una struttura sanitaria a quella del paziente che agisce nei confronti del medico libero professionista. Tali situazioni sono differenti dal momento che:

- a) in caso di medico dipendente di ente il paziente conclude un contratto soltanto con l'ente e non anche con l'operatore sanitario messo a disposizione dell'ente;
- b) in caso di medico libero professionista il contratto è concluso con quest'ultimo.

Alla ricorrenza, soltanto in tale ipotesi, di un contratto, segue l'applicazione della disciplina dell'inadempimento di un'obbligazione soltanto al paziente venuto "in contratto" con il medico, disciplina complessivamente più favorevole rispetto a quella extracontrattuale, applicabile nell'ipotesi a).

Infatti, responsabilità da inadempimento di un'obbligazione (art. 1218 c.c.) e extracontrattuale (art. 2043 c.c.) divergono sotto più profili, riguardanti la ripartizione del carico probatorio tra le parti, il termine di prescrizione, la delimitazione dei danni risarcibili.

2) LE DIFFERENZE TRA RESPONSABILITA' CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE

Pare allora opportuno, per dar conto delle ragioni sostanziali che hanno condotto all'adozione della figura del contatto sociale, soffermarsi sulle differenze tra i due tipi di responsabilità.

L'analisi proposta da attenta dottrina individua i seguenti elementi distintivi:

a) qualità elemento soggettivo b) la funzione dell'imputabilità c) la ripartizione del carico probatorio d) la delimitazione del danno risarcibile e) il regime della prescrizione dell'azione risarcitoria f) le modalità di costituzione in mora g) la solidarietà h) le tecniche di tutela i) la legge applicabile.⁸²

a) Con riferimento all'elemento soggettivo si è assistito ad una oggettivizzazione della colpa: il sanitario risponde quando il paziente non ha soddisfatto l'interesse dedotto in contratto, salvo che provi lo specifico fattore esterno che ha provocato la mancata guarigione o l'aggravamento della condizione di salute.⁸³

⁸² In tal senso si veda R. Nevola, La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi costitutivi e differenziali. Analisi sistematica dei fatti costitutivi e dei criteri di imputazione, La responsabilità civile, a cura di P. Fava, Milano 2009, 366, 367.

⁸³ Si veda Rossetti cit.

b) Con riguardo all'imputabilità, in ambito aquiliano l'art. 2046 c.c. stabilisce che "*Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere e volere al momento in cui lo ha commesso*".

Tale disposizione si spiega nell'originario modello della responsabilità extracontrattuale, con funzione sanzionatoria: la rimproverabilità dell'agente presuppone infatti l'imputabilità, che rappresenta l'idoneità alla colpa.

Invece, ai fini dell'inadempimento dell'obbligazione, è del tutto irrilevante la capacità del debitore, rilevando il mancato adempimento in termini di insoddisfazione dell'interesse creditorio.

Ciò è testimoniato anche dall'art. 1191 c.c., per il quale l'adempimento non può essere impugnato a causa dell'incapacità del debitore.

c) Differente è il carico probatorio.⁸⁴

Una posizione più gravosa è prevista per il danneggiato in sede extracontrattuale che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., è tenuto a provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c.: dunque, il fatto, il danno, il nesso di causalità tra fatto e danno e, dal punto di vista soggettivo, quanto meno la colpa.

E' invece più agevole per il creditore ottenere il risarcimento del danno da inadempimento di un'obbligazione: a tal fine, come chiarito dalle Sezioni Unite del 2001, è sufficiente la prova della fonte del diritto (ad es. contratto) e dei danni subiti e l'affermazione - non la prova - di un inadempimento astrattamente idoneo a provocare il pregiudizio lamentato.

Invece, il debitore è onerato della prova liberatoria, consistente nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile.

⁸⁴ S. Patti, Prove. Disposizioni generali, Artt. 2697 - 2698, in Comm. cod. civ. di A. Scialoja, G. Branca, Bologna - Roma, 1987, 112 s.

Tale regola si spiega alla luce del principio di vicinanza della prova: il fatto dell'adempimento può essere provato più facilmente dal debitore, dal momento che rientra nella sua sfera "*di dominio*".⁸⁵

Tale *ratio* presuppone che il contenuto dell'obbligazione consista in un dare o fare vale a dire in una attribuzione positiva al creditore da parte del debitore: qualora invece la prestazione abbia carattere negativo l'onere della prova ritorna in capo al debitore dal momento che il fatto dell'inadempimento, consistendo questa volta in una prestazione di carattere positivo - il *facere* contrastante con l'obbligo di non *facere* - può essere più facilmente provato dal debitore.

d) Il danno risarcibile è limitato a quello "*che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*" (art. 1225 c.c.) mentre non si rinviene una disposizione analoga in materia di responsabilità extracontrattuale.⁸⁶

La ragione giustificativa della delimitazione dei danni da risarcire in ambito contrattuale va individuata nella promozione dell'attività negoziale dei privati nella misura in cui questi possano calcolare vantaggi e svantaggi dell'assunzione di un'obbligazione.

Si è anche osservato che tale delimitazione è una conseguenza connaturata al concetto stesso di obbligazione, segnando la prevedibilità del danno "*la normale incidenza dell'inadempimento sulla sfera d'interesse del creditore*".⁸⁷ L'utilizzo di un criterio di normalità - prevedibilità per dimensionare il danno

85 M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1959, 260 s.

86 C. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 95 s.

87 C.M. Bianca, *Dell'inadempimento*, art. 1218 - 1229, *Comm. Cod. civ.*, di A. Scialoja, G. Branca, Bologna - Roma, 1979, 373.

risarcibile si spiega allora per il nesso funzionale tra obbligazione e interesse creditorio, soddisfatto dalla specifica prestazione dedotta in obbligazione.

Tale disciplina, volta a conferire certezza alle conseguenze dell'inadempimento, cessa di trovare applicazione in caso di inadempimento doloso, vale a dire consapevole e volontario, per la disapprovazione di quest'ultimo da parte dell'ordinamento: se il debitore è volontariamente inadempiente è giusto che risarcisca tutti i danni provocati, che "*ne siano conseguenza immediata e diretta*" (art. 1223 c.c.).

Il mancato richiamo della disposizione di cui all'art. 1225 c.c. in ambito extracontrattuale ad opera dell'art. 2056 c.c. si spiega per l'assenza, in tal caso, di un previo obbligo in capo al debitore di soddisfare l'interesse creditorio e, dunque, dell'esigenza di proporzionare il risarcimento alla prevedibile utilità della prestazione per il creditore.

In ambito extracontrattuale rileva invece la lesione di un altrui interesse giuridico meritevole di tutela con conseguente obbligo di risarcire tutti i relativi danni, che siano pur sempre "*conseguenza immediata e diretta*" dell'illecito (art. 1223 c.c. richiamato dall'art. 2056 c.c.).⁸⁸

Si è comunque osservato che l'esigenza di delimitare le conseguenze risarcibili è avvertita anche in ambito extracontrattuale e si fa fronte alla stessa attraverso la teoria della causalità adeguata, che consente di escludere dall'ambito del risarcimento le conseguenze dannose estranee alla media portata della prevedibilità umana.⁸⁹

⁸⁸ Bianca, Dell'inadempimento, cit., 373; Contra G. Visintini, Trattato breve della responsabilità civile, 225 per la quale l'art. 1225 c.c. esprimerebbe un principio generale, applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale.

⁸⁹ In tal senso F. D. Busnelli, S. Patti, Danno e responsabilità civile, Torino, 2013, 28 s. ove si fa riferimento alle "regole operazionali" che arrivano ai medesimi risultati nel sistema tedesco e anglosassone.

e) La prescrizione.

Il termine prescrizionale del diritto al risarcimento extracontrattuale è di regola di cinque anni dal giorno in cui si è verificato il fatto e in due anni per quanto riguarda i danni prodotti dalla circolazione dei veicoli (art. 2947 c. I e II c.c.). Nel caso in cui il fatto costituisca reato si applica all'azione civile l'eventuale maggiore termine previsto in sede penale (art. 2947 c. III c.c.).

Invece, il diritto al risarcimento da inadempimento di un'obbligazione è di regola assoggettato alla prescrizione decennale salvo ipotesi particolari previste dal codice in materia societaria, di mediazione, trasporto e assicurazione, oltre alla disciplina di cui agli artt. 2954 c.c. sulle prescrizioni presuntive. Secondo un indirizzo, l'art. 2947 c. III, sull'estensione del termine prescrizionale in caso di reato, si applica anche in caso diritto al risarcimento derivante dall'inadempimento del contratto, dal momento che l'inciso di apertura del comma - "*In ogni caso*" - ne consentirebbe tale interpretazione estensiva.⁹⁰

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

Dunque, la distinzione tra i due termini è dovuta al carattere "strutturato" della responsabilità contrattuale e "liquido" di quella extracontrattuale: nel primo caso, il riferimento alla prova della fonte del diritto (contratto o altro atto o fatto costitutivo) e, dall'altro lato, all'inadempimento o alla causa non

⁹⁰ Cass. S.U. 18 febbraio 1997 n. 1479. Cass., sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1479, Foro it., 1997, I, 1868; Danno e resp., 1997, p. 320, con nota di Carbone; in Resp. civ. e prev., 1997, p. 711 con nota di Feola (la sentenza precisa altresì che le cause di sospensione ed interruzione della prescrizione relativa al reato non rilevano nel settore civile); Cass., 18 aprile 2001, n. 5693, in Danno e resp., 2001, p. 691; Cass., 2 marzo 2009, n. 5009, in Iusexplorer.

imputabile dell'impossibilità della prestazione delimita il tema della prova; invece, in caso di fatto illecito, l'assenza di una previa relazione tra danneggiato e danneggiante rende meno determinata la prova.⁹¹

Ciononostante, la giurisprudenza ha dato una interpretazione dell'art. 2947 c. I c.c. più favorevole al preteso danneggiato di quanto risulti dalla dizione letterale dal momento che l'inciso "*dal giorno in cui il fatto si è verificato*", indicante il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, è stato interpretato nel senso che si riferisce non al momento del verificarsi del fatto lesivo ma a quello dell'esteriorizzazione del danno (tale indirizzo giurisprudenziale può farsi risalire a Cass. 24 marzo 1979 n. 1716).

L'ulteriore evoluzione di tale indirizzo ha specificato che in caso di danni da emotrasfusione o da assunzione di emoderivati infetti - illeciti c.d. lungolatenti - il termine di prescrizione non decorre nè dal momento del contagio nè da quello in cui il danneggiato assuma consapevolezza della malattia ma da quello in cui quest'ultima risulti percepibile quale ingiusta conseguenza del comportamento colposo altrui, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche.⁹²

E' evidente che l'interpretazione evolutiva del *dies a quo* si pone in connessione con l'esigenza di risarcire in particolare i danni alla persona (si pensi al danno biologico), che assumono sempre maggiore importanza a partire dagli anni settanta.⁹³

91 Per queste considerazioni si veda M. Barcellona, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle "rationes" dei rispettivi regimi, Riv. crit. dir. priv. 3, 2015, 345, 346.

92 Si rinvia alla nota seguente per i riferimenti giurisprudenziali.

93 Ripercorre le linee evolutive di tale interpretazione Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n. 580 in Giur. it., 2008, 1646 s. di cui si riporta, per l'importanza dei principi enunciati, un ampio stralcio.:

"4.1. Il punto di maggior rilievo è l'individuazione del dies a quo per la decorrenza della prescrizione in ipotesi di fatto dannoso lungolatente, quale è quello relativo a malattia da contagio. Si può ora cominciare con l'osservare come il legislatore italiano del '42 ebbe ad affidare la soluzione del problema dell'individuazione del dies a quo (*exordium praescriptionis*) ad indicazioni piuttosto scarse e molto generiche.

Come noto, in base all'art. 2935 c.c., norma assolutamente aperta a molteplici e contrapposte interpretazioni, la prescrizione della pretesa risarcitoria inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. L'art. 2947 c.c., comma 1, aggiunge che il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il "fatto si è verificato". Quest'ultima norma, pur riferendosi al solo campo della responsabilità aquiliana, ha finito per costituire il terreno elettivo dell'indagine e dell'elaborazione giurisprudenziale sul dies a quo in tutte le azioni risarcitorie: a ben vedere, l'individuazione del momento iniziale della prescrizione è infatti sempre stata affrontata partendo dalla specificazione contenuta all'art. 2947 c.c., e dunque con riferimento al fatto originatore del danno, con un ruolo piuttosto defilato da quanto riportato nella prima norma menzionata. Il codice del 1942 optò per una netta cesura con la tradizione francese e l'impostazione del codice civile del 1865, in cui le azioni risarcitorie, sia contrattuali che extracontrattuali, erano sottoposte ad un unico termine prescrizionale, individuato, sul modello francese, in trenta anni. Nel nuovo codice civile il sistema della prescrizione si poneva dunque nettamente sbilanciato a favore dei convenuti, con ovvie ricadute negative per gli attori, soprattutto nei casi aventi per oggetto la violazione di un bene tanto importante quanto quello costituito dalla salute: nel segno della certezza dei rapporti giuridici, si prescindeva infatti da qualsiasi considerazione che riguardasse le ragioni oggettive e soggettive del ritardo della vittima nell'instaurazione della sua pretesa risarcitoria; risultava inoltre esclusa qualsiasi operazione di bilanciamento tra gli interessi della vittima e quelli facenti capo al soggetto evocato in giudizio, la quale operazione permettesse di verificare in concreto la sussistenza in capo al responsabile di un effettivo pregiudizio sul piano della disponibilità della prova in conseguenza del decorso del tempo. Peraltro, il dies a quo fu inizialmente concepito come coincidente con il momento della verifica dell'evento dannoso. Il quadro codicistico della prescrizione fu così successivamente avversato dagli interpreti sin dagli anni sessanta proprio per la sua rigidità e sostanziale indifferenza alla posizione degli attori. Ciò ebbe a verificarsi soprattutto nel campo del danno alla persona e non fu certo un caso che tale processo di

revisione delle norme del codice andò incontro ad una vera e propria svolta negli anni settanta in concomitanza con l'ingresso dirompente del danno biologico nella giurisprudenza italiana: il nuovo modo di concepire la tutela risarcitoria della salute finì per riflettersi non solo sul versante dei danni risarcibili con lo sgretolamento progressivo del 2059 c.c., ma anche sul piano delle regole relative all'an debeatur e della prescrizione. 4.2. Negli ultimi tre decenni si è quindi assistito al sostanziale ribaltamento degli schemi introdotti dal legislatore del '42: ciò a tal punto che oggi l'istituto della prescrizione presenta ormai una vistosa differenza tra le regole operazionali ed il formante legislativo (principalmente, l'art. 2947 c.c., comma 1), rimasto invariato nella forma. In particolare, a partire dagli anni settanta, la dottrina e le corti, in primis la Cassazione (24.3.1979, n. 1716), vennero a spostare il dies a quo dal verificarsi del "fatto" all'esteriorizzazione del danno, finendo così per soppiantare in larga misura lo schema codicistico o, perlomeno, l'interpretazione tradizionale di detto schema: se infatti, in virtù della regola della decorrenza dal momento della "manifestazione del danno", l'orizzonte della prescrizione può dilatarsi, è di tutta evidenza come lo schema delineato dal legislatore venga di fatto rovesciato, poiché il limite diventa "mobile". Il principio della conoscibilità del danno venne infatti ampiamente ripreso, sviluppato ed affinato dalla giurisprudenza successiva proprio all'insegna di una rilettura dell'art. 2947 c.c., alla luce del principio generale sul dies a quo (Cass. n. 8845/1995; 5913/2000). Nell'evoluzione giurisprudenziale questa Corte (Cass. 10.6.1999, n. 5701; Cass. n. 12666 del 2003; Cass. n. 9927 del 2000) ha nuovamente affrontato il significato da attribuirsi all'espressione "verificarsi del danno", specificando che il danno si manifesta all'esterno quando diviene "oggettivamente percepibile e riconoscibile" anche in relazione alla sua rilevanza giuridica. Nei casi sopra citati emerge peraltro come la Suprema Corte sia tendenzialmente incline a ritenere che il parametro della "conoscibilità del danno" debba necessariamente interpretarsi nel senso che, ai fini del decorso della prescrizione, non è sufficiente la mera consapevolezza della vittima di "stare male", bensì occorre che quest'ultima si trovi nella possibilità di apprezzare la "gravità" delle conseguenze lesive della sua salute anche con riferimento alla loro "rilevanza giuridica". 4.3. Tuttavia il solo modello ancorato al parametro della "conoscibilità del danno" può, in taluni casi, rilevarsi del tutto insoddisfacente e fuorviante: infatti, sviluppare una malattia irreversibile (ad esempio, un'epatite cronica) o comunque duratura, oppure trovarsi permanentemente menomati a livello di integrità psicofisica sono tutte situazioni che, se da un

lato sostanziano la "conoscibilità del danno", dall'altro lato non necessariamente danno luogo alla "conoscibilità del fatto giuridicamente rilevante ai fini di un'azione risarcitoria", ovvero alla "conoscibilità del fatto illecito"; in tutta una serie di casi, infatti, la vittima, senza sua negligenza, si trova ad ignorare la causa del suo stato psicofisico o, al massimo, può sul punto formulare mere ipotesi, prive tuttavia di riscontri sufficientemente oggettivi anche ai fini dell'istruzione di una causa sul piano probatorio e certo tali da escludere che l'inattività della stessa possa esplicare effetti negativi sotto il profilo dell'interruzione della prescrizione. Queste esigenze sono state recepite in un nuovo orientamento della Corte che ha ritenuto che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di avere contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo inizia a decorrere, a norma dell'art. 2947 c.c., comma 1, non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche. Qualora invece non sia conoscibile la causa del contagio, la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea in sé a concretizzare il "fatto" che l'art. 2947 c.c., comma 1, individua quale esordio della prescrizione (Cass. 21/02/2003, n. 2645 ; Cass. 05/07/2004, n. 12287; Cass. 08/05/2006, n. 10493). Viene applicato, unitamente al principio della "conoscibilità del danno", quello della "rapportabilità causale".

Eguale è a dirsi per le malattie professionali e per talune ipotesi di lesioni fisiche cagionate da infortuni sul lavoro. Anzi, proprio in relazione a quest'ultimo specifico ambito la Sezione lavoro della Suprema Corte, rapportando l'esigenza di certezza in capo alla vittima, ha ritagliato, attraverso una serie innumerevole di decisioni, una nozione piuttosto precisa di che cosa si debba intendere per "manifestazione del danno" comprensiva, anche della conoscenza della causa professionale della lesione (Cass. n. 2002 del 2005; Cass. n. 19575 del 2004; Cass. n. 23110 del 2004).

4.4. Ritengono queste Sezioni Unite di dover condividere tale ultimo orientamento.

L'individuazione del dies a quo ancorata solo ed esclusivamente al parametro dell'"esteriorizzazione del danno" può, come visto, rivelarsi limitante ed impedire una piena comprensione delle ragioni che giustificano l'inattività (incolpevole) della vittima rispetto all'esercizio dei suoi diritti.

È quindi del tutto evidente come l'approccio all'individuazione del dies a quo venga a spostarsi da una mera disamina dell'evolversi e dello snodarsi nel tempo delle conseguenze lesive del fatto illecito o dell'inadempimento - e cioè delle diverse tappe che caratterizzano il passaggio dal danno "occulto" a quello che si manifesta nelle sue componenti essenziali ed irreversibili - ad una rigorosa analisi delle informazioni, cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare, della loro idoneità a consentire al danneggiato una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio (non solo il danno, ma anche il nesso di causa e le azioni/omissioni rilevanti) e della loro disponibilità in capo al convenuto, con conseguenti riflessi sulla condotta tenuta da quest'ultimo eventualmente colpevole di non avere fornito quelle informazioni alla vittima, nei casi in cui era a ciò tenuto (ciò è pacifico negli ordinamenti anglosassoni, in tema di medical malpractice). Va osservato che l'interpretazione dell'art. 2947 c.c., comma 1, nel senso di dar rilievo alla percepibilità e riconoscibilità del danno, nonché alla sua rapportabilità causale, trova conferma nell'espressa disciplina normativa in tema di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'impiego di energia nucleare e da prodotti difettosi. La L. 31 dicembre 1962, n. 1860, art. 23, comma 1, ("impiego pacifico dell'energia nucleare"), nel testo novellato dal D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519, dispone che "le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivono nel termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità dell'esercente responsabile oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza". Inoltre il D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 13, commi 1 e 2, (recante "attuazione della direttiva CEE numero 85/374 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi della L. 16 aprile 1987, n. 183, art. 15") prescrive che "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria".

4.5. Va specificato che il suddetto principio in tema di exordium praescriptionis, non apre la strada ad una rilevanza della mera conoscibilità soggettiva del danneggiato. Esso deve essere saldamente ancorato a due parametri obiettivi, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto, e

cioè da un lato al parametro dell'ordinaria diligenza, dall'altro al livello di conoscenze scientifiche dell'epoca, comunque entrambi verificabili dal Giudice senza scivolare verso un'indagine di tipo psicologico. In particolare, per quanto riguarda l'elemento esterno delle comuni conoscenze scientifiche esso non andrà apprezzato in relazione al soggetto leso, in relazione al quale l'ordinaria diligenza dell'uomo medio si esaurisce con il portarlo presso una struttura sanitaria per gli accertamenti sui fenomeni patologici avvertiti, ma in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti a cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi) la persona lesa. Ciò comporta una rigorosa analisi da parte del Giudice di merito sul contenuto della diligenza esigibile dalla vittima nel caso concreto, ovvero sulle informazioni che erano in suo possesso, o alle quali doveva esser messa in condizioni di accedere, o che doveva attivarsi per procurarsi. Ugualmente dovrà essere accuratamente ricostruito ai fini di una motivazione completa e corretta sul punto della prescrizione, lo stato delle conoscenze scientifiche dell'epoca, onde inferirne se la riconducibilità della possibilità di un determinato tipo di contagio dalla trasfusione fosse nota alla comunità scientifica ed ai comuni operatori professionali del settore. 4.6. Il principio, quindi, che va affermato, è il seguente, allorché si versi, come nella fattispecie in tema di responsabilità aquiliana: "Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 c.c. e art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche".

5. L'ulteriore problema che si pone è la valenza del responso delle Commissioni mediche ospedaliere, istituite presso ospedali militari, di cui alla L. n. 210 del 1992, art. 4, ai fini della decorrenza della prescrizione. In linea generale non può ritenersi che solo con la comunicazione di tale responso inizi a decorrere la prescrizione, come pure sostenuto da parte della ricorrente. Tale tesi non pare convincente, per diversi ordini di motivi: perché offre effettivamente il destro al creditore per dilatare a suo piacere il corso della prescrizione; perché potrebbe portare ad affermare che il dies a quo inizi anche a decorrere a causa già iniziata, negando l'effetto interruttivo connaturato alla proposizione dell'azione; perché rischia

f) Mora.

Il debito da fatto illecito integra una ipotesi di mora ex re, che non necessita dell'intimazione o della richiesta fatta per iscritto (art. 1219 c. II n. 1 c.c.).

Invece, in caso di ritardo dell'adempimento di un'obbligazione contrattuale è necessaria la messa in mora salvo il caso in cui questa si presenti inutile avendo il debitore dichiarato per iscritto di non voler adempiere ovvero la prestazione inadempita sia "portabile", vale a dire da eseguire al domicilio del creditore (art. 1219 c. II n. 2 e 3 c.c.).

g) Solidarietà

Differente è il regime della solidarietà passiva con riferimento alla ripartizione tra i condebitori del debito: nell'illecito extracontrattuale nei rapporti interni il debito si ripartisce "nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate", salvo in caso dubbio, ove il contributo colposo di ciascuno si presume uguale a quello degli altri (art. 2055 c.c.); in caso di inadempimento, il condebitore che ha pagato il tutto può ripetere, salvo che risulti diversamente, da ciascuno una parte identica a quella degli altri (art. 1298 c.c.).

di enfatizzare il ruolo della consulenza medico - legale (effettuata peraltro in riferimento al diverso procedimento di liquidazione dell'indennizzo). Inoltre è illogico ritenere che il decorso del termine di prescrizione possa iniziare dopo che la parte si è comunque attivata per chiedere un indennizzo per lo stesso fatto lesivo, pur nella diversità tra diritto all'indennizzo e diritto al pieno risarcimento di tutte le conseguenze del fatto dannoso. Tenuto conto che l'indennizzo è dovuto solo in presenza di danni irreversibili da vaccinazioni, emotrasfusioni o somministrazioni di emoderivati, appare ragionevole ipotizzare, così come ha fatto la corte di merito, che dal momento della proposizione della domanda amministrativa la vittima del contagio deve comunque aver avuto una sufficiente percezione sia della malattia, sia del tipo di malattia che delle possibili conseguenze dannose, percezione la cui esattezza viene solo confermata con la certificazione emessa dalle commissioni mediche".

h) Logica conseguenza della presenza di un'obbligazione violata è la possibilità di chiederne l'esecuzione specifica alle condizioni previste dagli artt. 2930 s. c.c.

In caso di illecito extracontrattuale, può optarsi per il risarcimento per equivalente o in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.

i) Il differente titolo della responsabilità rileva anche ai fini della disciplina applicabile in caso di fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno ai sensi della legge 31 maggio 1995 n. 218.

3) LA RESPONSABILITA' DEL MEDICO ANTE CASSAZIONE N. 589 DEL 1999

Dopo aver riferito le differenze tra responsabilità extracontrattuale e da inadempimento di un'obbligazione, appaiono più facilmente comprensibili le ragioni sottese all'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità medica.

A tal proposito, si è già evidenziato che può distinguersi la posizione del medico libero - professionista che conclude un vero e proprio contratto con il paziente, da quella del medico dipendente di una struttura sanitaria, che è messo a disposizione del paziente dall'ente e che non è legato contrattualmente con l'assistito.

Tale differenza rileva sulla disciplina applicabile, più gravosa per il paziente che voglia ottenere il risarcimento del danno dal medico nella seconda ipotesi: infatti in questo caso il paziente è onerato del carico probatorio della responsabilità extracontrattuale e il diritto al risarcimento si prescrive nel termine quinquennale di cui all'art. 2947 c. I c.c.

Pertanto, chiamata ad individuare il regime applicabile al medico dipendente di una struttura, la giurisprudenza si è in un primo momento attestata sulla

disciplina della responsabilità da fatto illecito, sul rilievo che il paziente non può scegliere il medico, che agisce quale organo dell'ente ospedaliero.

Tale orientamento configura un concorso improprio tra responsabilità extracontrattuale del medico e responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, applicando analogicamente a quest'ultima la disciplina del contratto di prestazione d'opera intellettuale.⁹⁴

Alla luce di tale ricostruzione, il paziente che voglia ottenere dal medico il risarcimento dei danni è tenuto a provare non solo l'evento lesivo e i danni subiti ma anche il nesso di causalità tra condotta colposa del medico ed evento lesivo. Con l'ulteriore conseguenza che il diritto al risarcimento si prescriverà nel termine di cinque e non dieci anni ai sensi dell'art. 2947 c.c.

Per numerosi anni, tale indirizzo è stato applicato senza contrasti né clamori, considerata la poca propensione alle liti tra medici e pazienti.⁹⁵

94 Per tale orientamento si veda Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in Foro it. 1980, I, 1115 per la quale "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.".

95 Si legge in Responsabilità sanitaria e tutela della salute, Quaderni del massimario (a cura di Marco Rossetti), 2011, disponibile sul sito web della Cassazione, che "dal 1942 (anno di entrata in vigore del codice civile) al 1990 nell'archivio Italgire della Corte di cassazione sono state inserite 60 massime in materia di responsabilità del medico (in media poco più di una l'anno); negli anni dal 1991 al 2000 il numero delle massime inserite in tema di responsabilità

Il basso tasso di litigiosità in materia di responsabilità medica, sorprendente se confrontato con i picchi odierni, si spiega con una serie di fattori caratterizzanti gli anni '70 e anche '80 del secolo scorso tra i quali il rapporto fortemente fiduciario tra paziente e medico, la disinformazione sulla scienza medica da parte del paziente e, in definitiva, la concezione della prestazione sanitaria quale frutto di una “delega in bianco” da parte del paziente al professionista o alla struttura sanitaria.

Nella società dell'informazione, invece, il paziente diviene detentore di informazioni privilegiate sulle malattie e sulle cure, riuscendo a seguire, in una posizione di forza, la prestazione sanitaria dalla fase diagnostica a quella post operatoria.

A ciò si aggiunga che anche le tendenze culturali hanno contribuito ad una sorta di trasformazione del diritto ad essere curati in una pretesa ad essere guariti, con conseguente imputazione al medico di un insuccesso in caso di mancata guarigione.⁹⁶

Altro dato rilevante che spiega l'esponentiale crescita del contenzioso è il mutamento del ruolo della responsabilità civile che da criterio di riparto delle perdite derivanti da un evento lesivo è divenuta strumento di allocazione delle risorse del sistema.⁹⁷

medica è salito a 83 (in media otto l'anno), per ascendere a 201 negli anni dal 2001 al 2011 (in media 20 l'anno)”.

96 Sul punto si vedano F. D'Agostino, *Bioetica*, Torino, 1998; AA. VV., *Responsabilità medica ed organizzazione sanitaria* (a cura di V. Ferrari, W. Tlokinski, D. E. Zammit), Roma, 2014. In S. Coppola, E. Grasso, *Quel che resta della responsabilità medica: riflessioni sul ruolo delle strutture sanitarie*, in *Politica del diritto*, 4, 2012, 662 si evidenzia il passaggio dal 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”.

97 Si rinvia a F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.

Tutto ciò ha rappresentato terreno fertile per alcuni addetti ai lavori che, anche sull'onda del risalto dato dai media ai casi di *malpractice* medica, non hanno perduto occasione per intentare cause risarcitorie talvolta prive di ogni fondamento.

Sulla spinta della accresciuta sensibilità verso i valori della persona e della salute, la giurisprudenza adotta posizioni più favorevoli al paziente.

In particolare, l'orientamento tradizionale viene criticato per il differente trattamento a cui sottopone il medico libero professionista rispetto a quello dipendente da una struttura sanitaria.

Al differente inquadramento della posizione giuridica, si obietta che in entrambi i casi un soggetto con particolari e stringenti requisiti professionali è tenuto ad effettuare una prestazione sanitaria nei confronti del paziente.

La Corte di Cassazione recepisce tali critiche per la prima volta sul finire degli anni '80 con la sentenza n. 2144 del 1988 che riconosce la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria sulla base dei seguenti assunti: l'ente ospedaliero conclude un contratto d'opera professionale con il paziente e pertanto è assoggettato alla responsabilità contrattuale; l'art. 28 della Costituzione prevede accanto alla responsabilità dell'ente quella del medico dipendente; entrambe queste responsabilità hanno una radice comune consistente nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico. Perciò, stante detta comune radice, anche il medico è sottoposto ad un regime di responsabilità di tipo professionale contrattuale.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte desta qualche perplessità dal momento che il richiamo all'art. 28 della Costituzione, per il quale "*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*", è del tutto anodino ai fini dell'inquadramento della responsabilità del medico.

Infatti, tale disposizione nulla dice circa la natura della responsabilità del medico limitandosi a richiamare la legislazione ordinaria, la quale contempla due tipi di responsabilità, l'una contrattuale e l'altra extracontrattuale.

Né ha maggiore fortuna l'altro argomento utilizzato dalla Corte che fa leva sulla comune radice delle responsabilità del medico e dell'ente ospedaliero consistente nell'esecuzione inesatta della prestazione: esso dà per dimostrato ciò che andrebbe invece provato, vale a dire l'esistenza di un obbligo di esecuzione di una prestazione in capo al medico.

La giurisprudenza di legittimità fa propria la tesi contrattualistica della responsabilità del medico sulla base di un diverso percorso argomentativo che poggia sul rapporto che si instaura tra medico dipendente di una struttura sanitaria e paziente, nel momento in cui quest'ultimo si affida alle cure del primo che accetta di prestargliele.⁹⁸

Vero è, si osserva, che tale rapporto non ha natura contrattuale ma è altresì vero che il medico, nella cui figura il paziente ripone uno specifico affidamento, non può essere considerato quale "*quisque de populo*".

Il rapporto che viene così ad instaurarsi tra medico e paziente è un rapporto di fatto, idoneo comunque a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. ove,

98 La sentenza che rappresenta la svolta in tal senso è Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589. Si vedano in dottrina A. Di Majo, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, in *Corr. giur.*, 1999, 446 s.; V. Carbone, La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto, in *Danno e Resp.*, 1999, 294 s.; S. Mazzamuto, Note in tema di responsabilità civile del medico, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 501 s.; C. Castronovo, La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 55 s.; ID., Ritorno all'obbligazione senza prestazione, *ibidem*, 2009, 679 s.; E. Navarretta, L'adempimento dell'obbligazione altrui e la responsabilità del medico, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1453 s.; C. Amato, Affidamento e responsabilità, Padova, 2012.

accolta la tripartizione delle fonti delle obbligazioni risalente a Gaio⁹⁹, si fa riferimento alle “*variae causarum figurae*” capaci di produrre obbligazioni in conformità dell’ordinamento giuridico.¹⁰⁰

Dunque, il contatto sociale viene giudicato dalla giurisprudenza meritevole di produrre, in capo al medico, specifici obblighi di comportamento volti a tenere indenne il paziente dai pericoli cui è esposto in virtù dell’instaurarsi della relazione.

Viene tutelato in tal modo l’affidamento del paziente in un soggetto particolarmente qualificato, il medico, che esercita una professione di rilievo pubblicistico, per la quale è prevista una specifica abilitazione oltre ad uno stringente percorso di studi.

Gli obblighi di comportamento incombenti sul medico vengono sottoposti alla disciplina delle obbligazioni contrattuali poichè è l’unica a prevedere le conseguenze dell’inadempimento ad un precedente *vinculum iuris*, scaturisca quest’ultimo da un contratto o da un contatto sociale. Al contrario, nella responsabilità extracontrattuale non viene in rilievo alcun inadempimento di un obbligo preesistente ma solo la lesione di un interesse altrui meritevole di tutela.

In tal modo, si parifica la posizione del paziente che “entra in contratto” con un medico con quella del paziente che “entra in contatto” con un medico dipendente di una struttura sanitaria, con un guadagno in termini di parità di trattamento tra le due fattispecie.

99 Dig. 44.7.1 “*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quoddam iure ex variis causarum figuris*”.

100 Si vedano E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; M. Giorgianni, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965; L. Giovenco, *Le categorie delle obbligazioni “ex lege”*. *Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938; S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 15.

Tale *revirement* giurisprudenziale viene giustificato anche con il richiamo ad esigenze di solidarietà sociale e giustizia sostanziale, recepite attraverso l'affermazione del c.d. principio di vicinanza dell'onere della prova.¹⁰¹

4) IL RECEPIMENTO DELLA FIGURA DEL CONTATTO SOCIALE

E' allora opportuno soffermarsi sulla figura del contatto sociale, recepita dalla giurisprudenza di legittimità alla fine degli anni '90 e divenuta ormai diritto vivente.

L'inquadramento di tale fattispecie all'interno dell'ordinamento interno va effettuata alla luce dell'art. 1173 c.c. il quale prevede un sistema aperto di fonti delle obbligazioni: non solo il contratto e il fatto illecito, ma anche altri atti o fatti idonei secondo l'ordinamento giuridico sono idonei a produrre obbligazioni.

Il passaggio di fattispecie dall'illecito aquiliano (art. 2043 c.c.) all'inadempimento di un'obbligazione (art. 1218 c.c.) si è servito della figura degli obblighi di protezione nella doppia declinazione di obbligazioni accessorie all'obbligo primario di prestazione e di obbligazioni senza prestazione.

La configurazione di obblighi di protezione accessori a quello di prestazione va attribuita innanzitutto alla dottrina tedesca, che ha rielaborato la natura dell'obbligazione di stampo romanistico: quest'ultima infatti era tendenzialmente rivolta a soddisfare soltanto l'interesse alla prestazione che ne costituisce l'oggetto.¹⁰²

101 In tale senso, si vedano le considerazioni di M. Catalano, La responsabilità medica, in La responsabilità civile, a cura di Pasquale Fava, Milano, 2009. In giurisprudenza, si veda Cass. sez. III 21 luglio 2003 n. 11316.

102 si veda M. Talamanca, Obbligazioni (dir. rom.), in Enc. Dir., Milano, 1979, XXIX.

Invece, la dottrina tedesca ha osservato che, una volta sorto un rapporto giuridico obbligatorio, il creditore non ha soltanto interesse alla prestazione ma ha anche bisogno di protezione rispetto alla sua persona e ai suoi beni, esposti a pericolo una volta che è entrato in rapporto con la sfera giuridica altrui.

Accanto agli obblighi di protezione accessori a quello di prestazione la dottrina tedesca ha configurato anche quelli di protezione puri, vale a dire senza obbligo di prestazione.

In particolare, tali obblighi vengono teorizzati all'interno della *culpa in contrahendo* e la relazione tra i contraenti in trattativa qualificata dall'affidamento reciproco e assimilata ad un rapporto obbligatorio.

Pertanto, si ammette l'esistenza di un'obbligazione nonostante l'assenza, in caso di trattativa, di un obbligo primario di prestazione, che sorgerà soltanto con la conclusione del contratto.

L'autonomia del rapporto di protezione viene guadagnata grazie al contributo di Dolle, il quale negli anni '40 del secolo scorso ampliò gli obblighi di protezione fino a comprendere le ipotesi di "contatto sociale" diverse dalle trattative precontrattuali e parimenti qualificate dalla presenza di un affidamento tra i soggetti in contatto.¹⁰³

Secondo tale Autore "*non le trattative precontrattuali, ma il contatto sociale in cui esse consistono costituisce la fattispecie da cui nascono gli obblighi*" in questione; e il contatto sociale sorge quando "*una persona al fine di conseguire un determinato scopo affida i propri beni della vita all'influenza di un'altra persona e con questo alla cura e all'attenzione della stessa*".¹⁰⁴

Alla stregua di tale ricostruzione, una nota dottrina italiana ha elaborato la figura dell'obbligazione di protezione, che trova fonte nell'affidamento riposto da una parte nell'altra e che fa ingresso nell'ordinamento positivo in virtù "*o di*

103 C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 141, 142.

104 La citazione è riportata da Castronovo appena citato, 142.

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".¹⁰⁵

Sotteso a tale ricostruzione è il principio di ragionevolezza: se è il contatto sociale e non la trattativa a dare vita ad un'obbligazione di protezione allora il vincolo giuridico sorge a prescindere da una trattativa in atto.¹⁰⁶

La valvola normativa interna che consente all'obbligazione di protezione in assenza di trattativa è data allora, in via alternativa:

- dal combinato disposto degli articoli 12 delle disposizioni sulla legge in generale e 1337 c.c.: quest'ultima disposizione, riferita alle sole trattative, è suscettibile di applicazione analogica, per eadem ratio, ai casi in cui vi è un affidamento a prescindere da una trattativa contrattuale;
- dall'art. 1173 c.c. che prevede un sistema aperto di fonti delle obbligazioni e che dunque giustifica, in quanto meritevole alla luce dell'ordinamento, la giuridicizzazione dell'obbligo di proteggere un soggetto in caso di affidamento qualificato.¹⁰⁷¹⁰⁸

105 Ibidem, 146.

106 Ibidem.

107 Ibidem, 145 s.

108 In questo modo l'Autore risponde alla critica di Zaccaria, *La resistibile ascesa cit.*, 89 s. per il quale: Il problema è che, secondo Canaris, un semplice richiamo al « contatto sociale » (nel senso già fatto proprio da Dölle) al fine di fondare obblighi di protezione non potrebbe considerarsi sufficiente. L'idea di fondo è che il diritto debba sempre « regnare sovrano », e

Più in generale, la figura in discorso si inserisce all'interno del processo di progressiva erosione della responsabilità extracontrattuale a favore di quella contrattuale: quest'ultima, come ormai noto, non deriva soltanto dall'inadempimento di un'obbligazione di natura contrattuale ma genericamente di un rapporto obbligatorio.

Si usa dire a tale proposito che la locuzione "responsabilità contrattuale" riferita all'art. 1218 c.c. integra una sineddoche dal momento che indica una parte (la responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di origine contrattuale) del tutto (la responsabilità da inadempimento di un'obbligazione).¹⁰⁹

Uno dei problemi aperti dal recepimento della figura è quello relativo ai limiti in sede applicativa: la prima applicazione pratica ha riguardato la posizione giuridica del medico dipendente da una struttura sanitaria.

Come si è visto, sul finire degli anni '90 il contatto sociale è stato lo strumento per parificare la posizione giuridica del medico dipendente da un ente e quella del medico libero professionista: la medesima condotta cui è tenuto il primo come il secondo ha suggerito un identico trattamento.

che obblighi di protezione al di là della sfera della responsabilità precontrattuale non possano pertanto essere fondati su un semplice « contatto sociale » (in quanto tale, se di per sé considerato, estraneo all'ordinamento). Gli obblighi di protezione al di là della sfera precontrattuale, nel contesto di una sia pure generale Vertrauenshaftung, dovrebbero essere invece fondati o sull'analogia con fattispecie in modo specifico legislativamente regolate o in collegamento con la fattispecie della responsabilità in contrahendo".

109 Per Cass. S.U. 26 giugno 2007 n. 14712 "*In tale contesto la qualificazione "contrattuale" è stata definita da autorevole dottrina come una sineddoche (quella figura retorica che consiste nell'indicare una parte per il tutto) , giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire".*

Nel noto saggio *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, l'Autore riconduce varie fattispecie al contatto sociale: le informazioni erronee fornite da un professionista al di fuori dell'adempimento di un'obbligazione avente tale oggetto; in particolare, le informazioni contenute in un prospetto finanziario relativo a una società o ad una operazione di investimento; l'informazione erronea comunicata a un terzo - rispetto al cliente dal professionista.¹¹⁰

In un successivo scritto, il medesimo Autore accosta a tali ipotesi altre, caratterizzate rispetto alle prime in positivo da un affidamento di un soggetto nei confronti dell'altro e dalla posizione qualificata del professionista e in negativo dalla mancanza di un obbligo di informazione violato e dal contesto delle trattative. Si tratta delle ipotesi: del professionista sanitario dipendente da una struttura - sulla quale ci si è già soffermati-; della responsabilità del dipendente scolastico per i danni subiti dallo scolaro durante lo svolgimento delle attività dell'Istituto; della responsabilità da affidamento della pubblica amministrazione.¹¹¹

Occorre soffermarsi sull'orientamento giurisprudenziale che distingue la posizione probatoria del paziente a seconda che si tratti di obbligazioni di mezzi o di risultato.¹¹²

110 C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 s.

111 *La nuova responsabilità civile - La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, *Eur. dir. priv.*, 2013, 637 s.

112 L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, *Riv. dir. comm.* 1954, I, 185 ss. che riprende la distinzione, elaborata dalla dottrina francese, da R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Parigi, 1932. Per individuare la natura della obbligazione, se di mezzi o di risultato, la giurisprudenza fa riferimento al tipo di intervento dovuto dal medico, se di facile o difficile esecuzione. Tra le altre si veda Cass. Civ. 25 novembre 1994 n. 10014.

In caso di obbligazioni di risultato, caratterizzate dal fatto che il debitore si impegna alla piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, il paziente può limitarsi ad allegare il mancato raggiungimento del risultato, incombendo sul medico la prova dell'adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.¹¹³

Invece, ove si tratti di obbligazioni di mezzi, in cui l'impegno del debitore consiste nella diligente osservanza del comportamento rivolto al perseguimento del risultato, il paziente è tenuto a provare l'errore colposo del medico e il nesso tra quest'ultimo e l'evento lesivo.¹¹⁴

In tale prospettiva, l'interprete deve procedere innanzitutto alla qualificazione dell'obbligazione incombente sul medico dalla quale far discendere il regime probatorio applicabile nel caso di specie.

La distinzione tra le obbligazioni di mezzo e le obbligazioni di risultato risale come si è riferito alla elaborazione della dottrina francese degli anni '20.¹¹⁵

Una distinzione, quindi, quella tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che il codice civile non conosce ma che deve ciononostante ritenersi come consolidata essendo costantemente impiegata nelle decisioni della giurisprudenza, anche in settori diversi da quelli che l'hanno vista nascere.¹¹⁶

¹¹³ Mengoni, *Obbligazioni cit.*, 185 s.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ La distinzione tra obligation de moyen e obligation de resultat si è diffusa in francia ad opera di R. Demogue, *Traité cit.* e fu poi accolta in Italia grazie all'opera di L. Mengoni, *Obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. Dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; Si vedano anche i contributi di U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 105 e P. Rescigno, *Fondamento e problemi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 78 s.

¹¹⁶ Cass. 10.12.1979, n. 6416; App. Milano, 08.03.1983, in *Giust. Ital.*, 1984, I, 2, 550 con nota di Di Ruzza.

Le obbligazioni di mezzi sono quelle nelle quali il debitore si impegna, con la propria prestazione, a fornire al creditore i mezzi tecnici necessari per raggiungere un risultato sperato, ma non a conseguirlo, giacchè esso dipende da fattori estranei alla volontà del debitore.

Le obbligazioni di risultato sono quelle, al contrario, nelle quali il debitore s'impegna, con la propria prestazione, a fare in modo che il creditore consegua il risultato voluto.

In altri termini:

a) Nelle obbligazioni di risultato, condizione necessaria affinché il debitore sia liberato dalla responsabilità per inadempimento nei confronti della controparte è che egli possa dimostrare che la mancata o non conforme esecuzione della prestazione è dipesa dalle circostanze esterne che hanno reso del tutto impossibile l'adempimento;

b) Nelle obbligazioni di mezzi, invece, condizione necessaria affinché al debitore possa essere imputata la responsabilità di un eventuale inadempimento nei confronti della controparte è che quest'ultima possa dimostrare che la prestazione pattuita non è stata eseguita con il dovuto grado di diligenza. Il che significa che il debitore è liberato da responsabilità se esegue la propria obbligazione con idonea diligenza, anche quando il creditore non ottiene l'esito atteso.

In quest'ottica, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ravvisano nella obbligazione del professionista l'ipotesi classica della obbligazioni di mezzi, con la conseguenza che l'inosservanza del dovere di diligente esecuzione della prestazione rappresenta l'in sé dell'inadempimento, mentre invece il mancato raggiungimento del risultato terapeutico desiderato costituisce il danno-evento, conseguente all'inadempimento dell'obbligazione.

L'inadempimento, pertanto, non dipende dalla mancata guarigione del paziente, bensì dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale.

Da osservare, quindi, che nell'obbligazione di risultato, in cui c'è una chiara scissione tra inadempimento oggettivo e imputabilità soggettiva dell'inadempimento, il debitore inadempiente si può difendere su due fronti: o contestando l'in sé dell'inadempimento o contestando l'imputabilità soggettiva dell'inadempimento stesso. Invece nelle obbligazioni di mezzi in cui non c'è una scissione tra il profilo dell'inadempimento e quello del risultato, l'adempimento è rappresentato da una diligente esecuzione della prestazione e, quindi, l'inadempimento è specularmente rappresentato da una negligente esecuzione della prestazione. Nell'obbligazione di mezzi non c'è dunque una scissione, ma una confusione tra il profilo dell'inadempimento e quello della imputabilità, perché l'inadempimento rappresenta in sé anche il profilo dell'errore e dell'addebitabilità.

A sostegno che la prestazione del professionista sanitario si configura come obbligazione di mezzi, la giurisprudenza di legittimità¹¹⁷ ha ammesso che le parti possano derogare a tale principio prevedendo espressamente che il conseguimento del risultato sia l'oggetto dell'obbligazione del professionista. Quindi, in mancanza di una volontà difforme dei contraenti, la prestazione del professionista sanitario si configura come obbligazione di mezzi.

Tuttavia la menzionata distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato non viene accolta da una parte della dottrina¹¹⁸ la quale rifiuta tale

117 Cass. 25.11.1984, n. 10014, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1995, I, 937, con nota di G. Ferrando.

118 C. Castronovo, Profili della responsabilità medica, in Vita notarile, n. 3, settembre-dicembre 1997, 1222 ss.; A. Di Majo Responsabilità contrattuale, Torino, 1997, 56.

articolazione a causa del rischio di frantumare l'unitario fenomeno dell'obbligazione.

Infatti, dopo aver evidenziato come in ogni obbligazione assume rilievo tanto il risultato pratico da raggiungere quanto l'impegno profuso per ottenerlo, ed avere accettato la premessa per cui nelle obbligazioni del professionista il conseguimento del fine ultimo perseguito dal cliente si presenta molto spesso incerto, con riguardo specifico alla responsabilità professionale rileva che affermare che il professionista non è responsabile non significa necessariamente provare che egli abbia esattamente adempiuto.¹¹⁹

In particolare un noto Autore affronta criticamente la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, così come tradizionalmente inquadrata dalla dottrina, osservando che l'art. 1176 cod. civ., riguardante la diligenza nell'adempimento, e l'art. 1218 cod. civ., sulla responsabilità del debitore per l'inadempimento, sono poste a regolamentare tutte le obbligazioni, e non sono suscettibili di applicazione distinta a seconda della tipologia di obbligazioni in discorso: applicabilità del severo art. 1218 solo per le obbligazioni di risultato, valendo il principio della diligenza per le altre.¹²⁰

La soluzione a tale incongruità viene vista dallo stesso Autore in una diversa individuazione delle categorie in oggetto, che preveda semmai il profilarsi di una tipologia di obbligazioni nelle quali la diligenza, *“oltre che la misura per valutare l'esattezza dell'adempimento, costituisce ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione”*.¹²¹

In conclusione il comportamento negligente integrerebbe già, di per sé solo, gli estremi dell'inadempimento, senza doversi attendere il proseguimento della prestazione.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ P. Rescigno, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 190 s.

¹²¹ Ibidem, 193.

Uguale critica a tale distinzione viene rilevata da altra dottrina¹²² la quale evidenzia l'inopportunità di ritenere esistenti categorie di obbligazioni che non tendano ad un risultato in quanto, al contrario, in tutte le obbligazioni si individua un risultato inteso come momento finale o conclusivo della prestazione che lo caratterizza¹²³.

Infatti chi si sottopone ad una cura, anche in vista di un esito incerto, si attende dal medico una condotta diligente che, in quanto dovuta, è già essa stessa da intendersi come risultato.

Tuttavia anche a voler continuare a conservare, nei termini tradizionalmente intesi, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, risulterebbe comunque semplicistico qualificare l'obbligazione del medico sempre e comunque come una obbligazione di mezzi avendo il progresso scientifico notevolmente ridotto i margini di incertezza circa la conseguibilità di un determinato risultato.

Come infatti è stato osservato, nei casi in cui, attraverso dati statistici o di esperienza, sia, infatti, possibile ragionevolmente attendersi dal professionista

122 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.

123 In questo senso sembra anche Cass. civ., sez. II, 21.06.1983 n. 4245, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 6: "*Sebbene la prestazione d'opera professionale si risolva in prestazione di mezzi, e non di risultato, tuttavia in situazioni involgenti l'impiego di specifiche e squisite nozioni tecniche il professionista deve porre in essere i mezzi concettuali ed operativi che, in vista dell'opera da realizzare, appaiono idonei ad assicurare quel risultato che il committente e preponente si ripromette dall'esatto e corretto adempimento dell'incarico, con la conseguente valutazione del suo comportamento alla stregua della diligentia quam in concreto*".

un particolare risultato, allora il rischio del mancato raggiungimento di questo graverà su di lui, con ogni conseguenza relativa.¹²⁴

Il risultato assume rilevanza quindi nel caso in cui il medico debba conseguire alcuni accertamenti diagnostici da effettuarsi con strumenti tecnologicamente avanzati, dove il risultato può essere compromesso solo dall'errore umano.¹²⁵

Infatti, ritenendo il risultato positivo sperato dal paziente la normale conseguenza di un intervento operatorio di facile esecuzione, vi sarebbe una presunzione di inadeguatezza nell'esecuzione della prestazione ogni qual volta non venga conseguito il risultato.

Il punto più alto del *favor* nei confronti del paziente si tocca con la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2008, che supera la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sul rilievo che “*in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche in proporzione variabile*”.¹²⁶

L'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite della Cassazione espone i medici al rischio che tutte le obbligazioni siano considerate di risultato. Infatti, secondo tale indirizzo, il paziente è tenuto a provare in ogni caso la fonte del diritto alle cure (il contratto o il contatto), l'insoddisfazione dello stesso (in termini di aggravamento della malattia o di insorgenza di una complicazione o di mancata alterazione dello stato di salute da cui era sorta la necessità

124 Comporti, La colpa professionale, in La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile, Padova 1988, 353

125 Cass. 06.10.1997, n. 9705, in Giust. civ., 1998, I, 424; CARBONE, Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione, in Danno e resp., 2000, n. 12, 1178

¹²⁶ La dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato non era andata esente da critiche da parte della dottrina. Tra gli altri si veda V. Carbone, *La crisi della distinzione attraverso la casistica*, in Corr. Giur. 1995, 550 ss.

dell'intervento medico-chirurgico) e i danni riportati, mentre è sufficiente allegare – e non provare- l'inadempimento del debitore.¹²⁷

Qualora il medico non riesca a provare l'assenza di colpa o di nesso causale tra inesatta esecuzione della prestazione dovuta e danni lamentati sarà tenuto al risarcimento dei danni.¹²⁸

5) LA GIURISPRUDENZA: IL CONTATTO SOCIALE OLTRE LA RESPONSABILITA' DELL'OPERATORE SANITARIO

In realtà la figura del contatto sociale è stata utilizzata dalla giurisprudenza anche al di là della posizione dell'operatore sanitario.

Tale espansione va letta nel contesto dei fenomeni materia di responsabilità civile, che si è man mano estesa avendo assunto le vesti di criterio per spostare il costo del danno dal danneggiato a un soggetto che si ritiene debba sopportarlo: è stato autorevolmente affermato che essa, "*da criterio di riparto delle conseguenze sfavorevoli di un evento dannoso, è andata assumendo la natura di strumento di allocazione delle risorse del sistema*"¹²⁹.

Tale evoluzione della responsabilità si è realizzata secondo diverse direttive che in materia di responsabilità extracontrattuale possono elencarsi riassumersi come segue:

1) E' stata sottoposta ad interpretazione estensiva la clausola della "*ingiustizia del danno*" di cui all'art. 2043 c.c. e si è dunque chiarito che dà luogo a risarcimento del danno non più soltanto la violazione di diritti assoluti ma anche di diritti di credito, dell'interesse legittimo, del possesso, della

¹²⁷ In tal senso, Cass. civ. Sez. Un. 11 gennaio 2008 n. 577.

¹²⁸ Si è però rilevato che in realtà la distinzione continui a vivere nelle massime giurisprudenziali. V. A. Lepre, La responsabilità civile delle strutture sanitarie, Milano, 2011, 141 s.

¹²⁹ Rossetti cit.; in tal senso si veda anche F.D. Busnelli, La parabola della responsabilità civile, in Riv. crit. dir. priv., 1988, passim.

detenzione, della *chance* e in generale di ogni interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

A proposito di tale evoluzione occorre ricordare la nota monografia pubblicata nel 1964 da Francesco Donato Busnelli su La lesione del credito da parte di terzi, in un momento storico in cui la giurisprudenza, riconosceva il risarcimento del danno extracontrattuale soltanto in caso di lesione dei diritti assoluti - diritti reali e della personalità- e dei soli crediti alimentari.¹³⁰

Un contributo rilevante nella "sprovvincializzazione" della interpretazione della clausola della ingiustizia del danno è derivato dal contributo di Rodotà che nello stesso anno in cui viene pubblicata la monografia di Busnelli adotta una prospettiva più ampia e legge il requisito dell'ingiustizia del danno alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione: in tal prospettiva viene chiarito che *«l'aver circoscritto il risarcimento del danno alle sole ipotesi in cui si verificava la lesione di un diritto soggettivo assoluto, derivava dal nesso istituito tra fatto dannoso e violazione del diritto soggettivo di proprietà, nesso che a taluni apparve sì stretto da giustificare una profonda compenetrazione dei due concetti; e non è senza significato che la rilevanza attribuita alle lesioni personali si accompagnasse a concessioni del diritto sul proprio corpo sostanzialmente riportate alla nozione di proprietà»*.¹³¹

Per quanto riguarda la giurisprudenza, questa si è inizialmente assestata su una posizione di chiusura rispetto alla possibilità di risarcire il danno da lesione di una situazione giuridica differente da un diritto assoluto: di pochi anni prima della pubblicazione delle due monografie richiamate è infatti il caso "Superga",

130 F.D. Busnelli, La lesione del credito da parte di terzi, Milano, 1964.

Si veda anche M. F. Corsi, Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti, Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, Napoli, 2006, 23 s.

131 S. Rodotà, Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964, 189.

dal nome del luogo dove si schiantò l'aereo che trasportava l'intera squadra di calcio Torino, e in cui morirono tutti coloro che si trovavano a bordo dell'aereo. Con la pronuncia n. 2085 del 4 luglio 1953, la Corte di Cassazione fu chiamata a pronunciarsi sulla questione se il vettore, responsabile del sinistro, fosse tenuto al risarcimento dei danni, oltre che nei confronti degli aventi causa dai viaggiatori rimasti uccisi, anche nei confronti del Torino calcio che aveva proposto azione di responsabilità extracontrattuale per la lesione dei diritti relativi vantati nei confronti dei calciatori.

La Corte nega il risarcimento sostenendo l'assenza del nesso di causalità immediato e diretto tra danno e fatto lesivo, richiesto dalla disposizione di cui all'art. 1223 c.c., applicabile in materia di risarcimento di danni da fatto illecito in virtù del richiamo operato all'art. 2056 c.c.

A seguito delle critiche da parte della dottrina¹³², alcuni anni dopo la Corte cambia orientamento. L'occasione è data da una controversia in cui, a seguito del decesso del calciatore Meroni, vittima di un incidente stradale, la Società Torino Calcio chiese il risarcimento del danno per la lesione del proprio credito.

La Corte stabilisce in termini generali il principio della tutela del credito lesa da un terzo, che viene però riconosciuto solo a condizione che si provi il nesso tra immediatezza del danno e insostituibilità del debitore: "*il danno causato al creditore dalla morte del debitore è configurabile come conseguenza diretta e immediata dell'evento che ha causato la morte solo se, trattandosi di obbligazioni di fare, vi è insostituibilità della persona del debitore, nel senso che non sia possibile al creditore procurarsi, se non a condizioni più onerose, prestazioni uguali o equipollenti*"¹³³.

132 Si rinvia a Busnelli, La lesione del credito da parte di terzi cit., 3 e s.

133 Cass. 26 gennaio 1971 n. 174, in Foro italiano, 1971, I, 342 s.; si veda anche A. Catricalà, L'esame di diritto civile, Santarcangelo di Romagna, 209 s.

Il percorso di allargamento della clausola di ingiustizia del danno è continuato passando per il noto caso "De chirico" in cui la giurisprudenza ha riconosciuto la risarcibilità dell'interesse all'integrità del proprio patrimonio per arrivare alla nota pronuncia in cui è stata affermata la tutela aquiliana dell'interesse legittimo.¹³⁴

Altra direttiva del progressivo allargamento della responsabilità aquiliana è consistita nella valorizzazione della pluralità di criteri di imputazione che rendono più agevole ottenere il risarcimento del danno: si è infatti osservato che l'art. 2043 c.c. prevede un criterio di imputazione del fatto dannoso al soggetto coincidente (quanto meno) nella colpa.

Vi sono però altre disposizioni che prevedono differenti criteri di imputazione e rendono evidentemente più agevole il risarcimento del danno: si pensi a tal proposito alla responsabilità per cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c. ove il criterio di imputazione del fatto al soggetto non consiste nella colpa ma nella relazione con la *res*;¹³⁵ o si pensi ancora alla responsabilità del preponente per

134 Per il caso "De Chirico" si veda Cass. 4 maggio 1982 n. 2765, in «Giust. civ.», 1982, I, 1745 s.; per Cass. 22 luglio 1999 n. 500, in Foro italiano, 1999, I, 2487 s., con Nota di A. Palmieri e R. Pardolesi.

135 Si veda Cass. 9 novembre 2005 n. 21684 per la quale:

"Ai fini della responsabilità per danni cagionati da cose in custodia, non occorre dimostrare il carattere insidioso della *res* da cui deriva il pregiudizio.

La sussunzione di un fattispecie nell'alveo della norma speciale sulla responsabilità per danni cagionati da cose in custodia esclude l'applicabilità della norma generale in tema di responsabilità per fatto illecito".

Una volta affermato che il custode è responsabile per il solo potere di astratta disponibilità della *res* si pone il problema di definire la prova liberatoria in capo a quest'ultimo. A tal proposito è evidente che questa possa consistere nella assenza del nesso causale tra disponibilità della cosa e evento lesivo. Si è discusso se l'interruzione del nesso causale possa aversi in caso di colpa del danneggiato e la giurisprudenza più recente ha risposto in senso affermativo.

il fatto del preposto dove il criterio di ascrizione del fatto al soggetto consiste in un nesso di "*occasionalità necessaria*"¹³⁶ nel senso che l'atto compiuto dal preposto deve essere stato effettuato almeno spendendo il nome del preponente in aderenza al principio espresso dal broccardo latino "*cuius commoda eius et incommoda*";¹³⁷ o infine si pensi alla responsabilità per esercizio di attività pericolose ove il soggetto risponde per il solo fatto che i danni sono

Infatti, per Cass. ordinanza 4663 del 2015 "*l'unico motivo di ricorso, che denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2051 c.c., è privo di fondamento. La sentenza impugnata, infatti, ha accuratamente ricostruito le modalità di quanto accaduto, ponendo in evidenza che la B. conosceva molto bene il luogo della caduta, che la mancanza di pavimentazione era ben visibile nonostante l'ora notturna e che la stessa, in considerazione della sua età (40 anni), avrebbe potuto facilmente spostarsi aggirando il pericolo. La Corte d'appello, quindi, pur avendo fatto applicazione dell'art. 2051 c.c., ha attribuito la responsabilità del fatto dannoso ad esclusiva colpa della B. riconducibile alla sua disattenzione nella circostanza della caduta, tale da integrare gli estremi del caso fortuito. E poichè la giurisprudenza di questa Corte ha riconosciuto che, ai fini di cui all'art. 2051 c.c., il caso fortuito può essere integrato anche dalla colpa del danneggiato, la sentenza impugnata va esente dalla prospettata censura, che si risolve nel tentativo di ottenere da questa Corte un nuovo e non consentito esame del merito. Si ritiene, pertanto, che il ricorso debba essere rigettato*".

Per una approfondita panoramica sulla responsabilità da cose in custodia si rinvia a S. Alberti, Responsabilità per cose in custodia, nesso di causalità e caso fortuito, Giustizia civile.com, 24 agosto 2015; G. Annunziata, La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta, Padova, 2008.

136 Si veda tra le molte altre Cass. 24 gennaio 2007 n. 1516 ove si chiarisce che non è necessario un nesso di causalità diretto tra mansioni svolte e danno ma è sufficiente che la commissione abbia quanto meno agevolato la produzione del fatto dannoso.

137 Si veda F. Frigida, La responsabilità del sorvegliante dell'incapace, dei genitori e dei tutori, dei padroni e dei committenti, La responsabilità civile, a cura di P. Fava, Milano 2009, 1592 s.; P. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961, 79 s.

causalmente collegati all'esercizio dell'attività, dal momento che tale responsabilità è fondata sul rischio di impresa¹³⁸.

La terza direttiva che caratterizza l'estensione della responsabilità civile è data dall'ampliamento dell'area del danno risarcibile. A tal proposito, può farsi riferimento alla giurisprudenza per la quale l'art. 2059 c.c. sul risarcimento del danno non patrimoniale non opera nei soli casi previsti da un atto avente forza di legge ordinaria ma per legge deve intendersi innanzitutto la legge Costituzionale.¹³⁹

E di fatto, dal momento che all'interno della Carta Costituzionale può rinvenirsi la tutela dei più disparati interessi, si è in tal modo aperta la strada alla risarcibilità di ogni posizione soggettiva purchè non futile.

Infatti, il contrattare rispetto all'apertura al risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un interesse costituzionalmente riconosciuto è il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione.

Tale disposizione assume invero una doppia declinazione: da un lato estende le situazioni giuridiche meritevoli di tutela in quanto "riconosce" i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; dall'altro lato e al contempo richiede il dovere di solidarietà economica, politica e sociale.

Tale dovere significa anche tolleranza e dunque sopportazione dei danni futili e che non superano talune soglie di rilevanza la cui concreta individuazione non

138 A. Minici, *La responsabilità civile*, a cura di P. Fava, Milano 2009, 1599 s.; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 109 s.

139 . Si vedano S. Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.* 2012, 437 s.; L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 s

può che essere rimessa al giudice di merito, chiamato a tenere conto della complessiva situazione in cui l'illecito si svolge.¹⁴⁰

Dunque, in materia extracontrattuale si assiste a "un incremento quantitativo e qualitativo della responsabilità civile con ricerca del soggetto responsabile al fine di riparare il danno ingiustamente subito dalla vittima, restringendo sempre di più l'ambito dei danni anonimi e di quelli incolpevoli, e quindi irrisarcibili. Un'espansione delle fattispecie di responsabilità, (Die Expansion der Haftungsgründe) soprattutto qualitativa, determina una maggior tutela della vittima, mediante l'identificazione di un responsabile per danni, collegati all'attività produttiva, a quella sanitaria, all'ambiente, finora considerati «anonimi», senza riparazione"¹⁴¹.

Il fenomeno dell'estensione della responsabilità non ha riguardato soltanto quella extracontrattuale ma anche quella contrattuale.

Si è assistito infatti a quella definibile come "contrattualizzazione della responsabilità aquiliana"¹⁴², consistente nel passaggio di talune fattispecie, prima tutelate ai sensi dell'art. 2043 c.c., nell'alveo dell'art. 1218 c.c.

Le ragioni di carattere sostanziale sottese a tale passaggio sono evidenti e coincidono con il più vantaggioso regime relativo alla responsabilità da

¹⁴⁰ C. Scognamiglio, Il danno non patrimoniale al tempo della complessità. 28 aprile 2010, http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20100428_RelazioneScognamiglio.pdf

¹⁴¹ Così V. Carbone, La legge Balduzzi: le responsabilità del medico e della struttura pubblica, Diritto e giurisprudenza, 2013, Roma, 5, 27 che richiama anche, per il danno anonimo, Josserand, De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris 1987, 7 e sul "danno incolpevole", S. Rodotà, Il problema della responsabilità civile, Milano 1964, 22 s.

¹⁴² La locuzione sembra ricordare quella della commercializzazione del diritto privato si apure relativa a fenomeno completamente differente.

inadempimento di una obbligazione rispetto a quello relativo al fatto illecito, come si è ampiamente illustrato.

La "contrattualizzazione della responsabilità aquiliana" è avvenuta in tre direzioni

Nella prima direzione si trovano gli obblighi di protezione all'interno del contratto e nei confronti dell'altro contraente per tenere indenne la sfera giuridica di quest'ultimo esposta a un rischio in conseguenza della relazione contrattuale.¹⁴³

Si pensi all'installazione di un frigorifero in una abitazione: per i danni alle cose e alla persona del contraente il tecnico risponde a titolo contrattuale in virtù della buona fede integrativa ex artt. 1175 e 1375 c.c., fonte di obblighi accessori ad una prestazione principale.¹⁴⁴

Nella seconda direzione si rinvengono gli obblighi di protezione nei confronti di soggetti terzi -che non sono contraenti- legati alla controparte contrattuale da una relazione qualificata: c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.¹⁴⁵

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

¹⁴³ C. Castronovo, Obblighi di protezione, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XXI.

¹⁴⁴ Per una analisi della buona fede nel diritto privato europeo si veda H. Collins, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford Journal of Legal Studies, 1994, passim.

Si veda per la prospettiva nazionale C. Camardi., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, Eur. Dir. Priv., 2008, passim.

¹⁴⁵ Si vedano A. Di Majo, La protezione del terzo tra contratto e torto, in Europa e dir. priv., 2000, p. 1 s., M. Maggiolo, Effetti contrattuali a protezione del terzo, in questa Rivista, 2001, I, p. 39 s.; F. Benatti, voce « Doveri di protezione », nel Digesto, disc. priv., Sez. civ., VII.

Si assiste alla diffusione della responsabilità da “contatto sociale” che non serve soltanto ad agevolare la posizione giuridica del paziente nei confronti dell'operatore sanitario dipendente da una struttura ma si estende a nuove fattispecie in cui la giurisprudenza utilizza la figura per risolvere conflitti di interesse in senso maggiormente favorevole a chi sostiene di aver subito un danno.

Una prima ipotesi è quella della responsabilità dell'insegnante per autolesioni dell'allievo che si procura danno da solo sulla quale le Sezioni Unite della Cassazione con pronuncia n. 9346 del 2002 hanno affermato che " nel caso di danno arrecato dall'allievo a sé 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.".

Con riferimento all'istituto scolastico, la Corte sostiene che con l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo si conclude un vero e proprio contratto , in virtù del quale, *"nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto, deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a sé stesso"*.¹⁴⁶

146 Anche la giurisprudenza successiva si è adeguata al dictum delle Sezioni Unite.

Tra le altre si veda Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3680 per la quale *"L'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo a 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 tutte le sue espressioni e, quindi, di predisporre gli accorgimenti necessari affinché nei locali scolastici non si introducano persone o animali che possano*

Quanto al precettore dipendente dall'istituto scolastico, tra precettore ed allievo non viene concluso un contratto ma in virtù dell'affidamento riposto dall'allievo nei confronti del precettore si instaura comunque, per contatto sociale, un rapporto giuridico, "*nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona*".¹⁴⁷

In tal modo, la giurisprudenza distingue tra l'azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno il cui titolo va rinvenuto nell'art. 2048, 2 co. c.c., che dà luogo ad una propagazione di responsabilità per fatto illecito dell'alunno in capo al precettore o al genitore, e la richiesta di risarcimento per omessa sorveglianza nel caso di danni che l'alunno ha arrecato a se stesso, sottoposta alla disciplina dell'art. 1218 c.c.¹⁴⁸

arrecare danno agli alunni; ne consegue che, in caso di danno da lesioni causate dall'aggressione di un cane incustodito nei locali e pertinenze scolastiche, l'attore deve provare che tale danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre l'amministrazione ha l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa ad essa non imputabile, essendo stati predisposti gli accorgimenti idonei ad evitare l'accesso di terzi", in Resp. civ., 2011, 1560, con nota di Cocchi, La responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati ad allievi e derivati da culpa in vigilando e in Giur. it., 2012, 590, con nota di Petrone Il cane morde l'alunna all'uscita della scuola: quid iuris?

147 Perna, Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il «contatto sociale» in ambito scolastico, in *Danno e resp.*, 2006, 1084; 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 *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 363. Ma vedi pure 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, *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 1162.

148 Si veda V. Carbone, Responsabilità della scuola e dei genitori: le attuali svolte interpretative, in *Diritto e giurisprudenza commentata* 2013, 32 s.

Altra ipotesi in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura del contatto sociale è quella relativa alla responsabilità della banca negoziatrice di assegni bancari (o circolari), la quale abbia pagato detti assegni in violazione delle specifiche regole poste dal primo comma dell'art. 43 l. assegni, per il quale "*Colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento*".

Tale responsabilità è affermata "*nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno: prima di tutti il prenditore, ma eventualmente anche colui che ha apposto sul titolo la clausola di non trasferibilità, o colui che abbia visto in tal modo indebitamente utilizzata la provvista costituita presso la banca trattaria (o emittente), nonché, se del caso, questa stessa banca*".

Significativa è l'argomentazione per la quale le Sezioni unite giungono a tale conclusione: non si tratta di una obbligazione *ex lege* e, dunque, sottoposta alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c. ma l'obbligazione trae fonte dal contatto sociale che si instaura tra banca e cliente per la posizione rivestita dalla prima.¹⁴⁹

In materia societaria, il contatto sociale è stato utilizzato per sottoporre alla disciplina dell'inadempimento contrattuale coloro che si sono ingeriti nella

149 A tal proposito si legge nella pronuncia che 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".

gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neanche irregolare o implicita.¹⁵⁰

Anche in materia di responsabilità precontrattuale non sono mancate ricostruzioni che inquadrano la responsabilità ex art. 1337 c.c. come responsabilità da inadempimento¹⁵¹. La giurisprudenza tradizionale propendeva per la responsabilità aquiliana,¹⁵² pur qualificando come responsabilità da inadempimento la fattispecie di dolo incidente (art. 1440 c.c.), inidoneo a determinare il consenso ma comunque causativo di uno scarto tra contratto concluso e quello che le parti avrebbero posto in essere senza dolo.¹⁵³

6 CRITICHE ALLA FIGURA: IL TRAMONTO DEL CONTATTO SOCIALE?

Come si è osservato, mediante la figura del contatto sociale, la giurisprudenza ha posto in capo all'operatore sanitario convenuto in giudizio il c.d. rischio della causa ignota: se non emerge dalle risultanze processuali l'evento causativo del danno, questo viene addebitato al medico.

150 SI veda Cass. civ., sez. I, 06-03-1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, 1396, con nota di Perrone, *Un revirement della cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto*.

151 Cass. civ., 20-12-2011, n. 27648, *Contratti*, 2012, 235, "In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c."

152 La giurisprudenza è riportata in Ruperto, *La giurisprudenza sul codice civile*, Milano 2011, 505 ss.

153 Cass. civ., 04-04-1990, n. 2798, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 456.

Con le ulteriori conseguenze sul termine prescrizione e sulla delimitazione dei danni risarcibili.

La giurisprudenza arriva al risultato respinto in sede europea: quando nel 1990 fu proposta la direttiva 9 novembre 1990 relativa all'inversione dell'onere della prova in caso di controversie con i prestatori di servizi intellettuali vi fu una sollevazione delle professioni liberali che denunciarono il rischio paralisi della professione che ne sarebbe derivato.

Dall'analisi effettuata relativamente alle regole operazionali elaborate dalla giurisprudenza risulta che si è di fatto arrivati in Italia ai medesimi risultati.

Dalla analisi più complessiva sia delle conseguenze negative di tale quadro di elaborazione giurisprudenziale sulla collettività in termini di costi della medicina difensiva sia dei principi giuridici in materia sembra più corretto ricondurre la responsabilità dell'operatore sanitario nell'alveo dell'art. 2043 del codice civile.¹⁵⁴

In tal senso depone innanzitutto una considerazione di ordine sostanziale.

Come si è visto, il contatto sociale nasce per tutelare maggiormente il paziente nei confronti del medico in un momento storico in cui la centralità era occupata dall'atto medico: è da questo infatti che si risaliva alla responsabilità della struttura sanitaria, che rispondeva per l'operato di un proprio organo. Non si aveva in pratica responsabilità della struttura al di fuori di quella del medico.

In altre parole la responsabilità della struttura sanitaria era una sorta di responsabilità di secondo grado: essa scattava solo a seguito di quella

154 Il "grande oppositore" di Castronovo, al quale ultimo si deve l'introduzione nel nostro ordinamento del contatto sociale può essere individuato in Zaccaria il quale ha espresso le sue critiche in due contributi:

A. Zaccaria, La resistibile ascesa del contatto sociale, Riv. dir. civ., 2013, I, 77 s.

A. Zaccaria, La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero, Riv. dir. civ., 2015, 344 s.

dell'operatore dipendente. In mancanza di quest'ultima, il paziente non avrebbe avuto possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

In tale prospettiva può spiegarsi l'exasperazione della responsabilità dell'operatore dipendente dalla struttura: solo in tal modo poteva venirsi incontro alle esigenze del paziente danneggiato.

Senonchè oggi questo quadro è profondamente mutato: si è chiarito all'inizio del presente lavoro che non è più corretto far riferimento alla responsabilità del medico ma deve guardarsi alla responsabilità sanitaria perchè solo in tale chiave è concepibile osservare il complesso di prestazioni che concorrono al compimento del trattamento sanitario.

Dal momento che l'attenzione si è spostata dall'atto del medico alla attività sanitaria, può affermarsi a ragione che il paziente è divenuto titolare di una pretesa alla prestazione frutto di una attività sanitaria organizzata secondo standard di qualità ed efficienza.¹⁵⁵

Si è assunta consapevolezza del fatto che l'atto medico, per quanto fondamentale, viene ad inserirsi in una attività più complessiva il cui corretto svolgimento dipende da molti fattori estranei alla sfera giuridica del singolo operatore: orari di lavoro, risorse personali e materiali.¹⁵⁶

Dunque, l'attenzione si sposta sulla tutela nei confronti della struttura sanitaria, che risponde in virtù dell'inadempimento del contratto di c.d. ospedalità, oltre che per il fatto degli ausiliari.

155 Si è visto che in tal senso depone anch'ella legislazione pubblicistica in materia. Si rinvia al Capito I Paragrafo I del presente lavoro.

156 Si veda G. Alpa, La responsabilità medica, in Resp. civ. prev., 1999, 315 già richiamato per il quale occorre oggi parlare non più di responsabilità del medico ma sanitaria, che non è la somma degli atti dei vari medici ma si caratterizza per quel "complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si distituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc."

Come si è osservato da attenta dottrina, si è avuta "*l'apertura del sistema ad una concezione della responsabilità della struttura come autonoma rispetto al fatto illecito del medico e strutturalmente correlata all'inadempimento di obblighi (di varia natura) che ad essa fanno capo*".¹⁵⁷

E di tale mutamento ha preso atto anche la giurisprudenza che, con la pronuncia a Sezioni Unite n. 577 del 2008, ha collocato su diversi livelli posizione della struttura, tenuta a garantire l'assistenza sanitaria e quella dell'operatore impegnato solo in virtù di quanto stabilito dalla legge, dal contratto intercorso con il paziente o con la struttura.¹⁵⁸

Di questo cambiamento prende atto la riforma laddove fa riferimento al comma I dell'art. 7 all'inadempimento dell'obbligazione propria della struttura sanitaria e all'art. 1218 c.c. Ed estende la responsabilità anche alle prestazioni svolte in regime di libera professione intramuraria.

Infatti, a sensi di tale disposizione, rubricata "*Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria*",

"1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di

¹⁵⁷ R. De Matteis, La responsabilità civile in ambito sanitario, in Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 150.

¹⁵⁸ Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n. 577 cit.

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".

Vi è dunque un allargamento della responsabilità della struttura come emerge dai lavori preparatori in conseguenza della presa di consapevolezza da parte del legislatore del differente ruolo svolto da struttura e singolo operatore.¹⁵⁹

Nè tale soluzione si traduce in una minore tutela per il paziente che può agire nei confronti della struttura tenuta in virtù del contratto intercorso con il primo al corretto adempimento dell'obbligazione relativa all'assistenza sanitaria.

Non si comprenderebbe invece perchè il medico dipendente della struttura debba essere chiamato a rispondere per l'operato altrui, cioè della struttura.

Altra motivazione che si ricollega alla prima riguarda la crisi del fondamento del contatto sociale.

Il contatto sociale si è affermato storicamente sostenendo che il paziente fa affidamento nella professionalità del medico e per tale motivo quest'ultimo non potrebbe dirsi estraneo al primo ma da tale affidamento qualificato nascerebbe un obbligo di prestazione del medico.

Abbiamo però visto che l'atto medico ha perduto centralità a favore dell'attività sanitaria: allora l'affidamento del paziente non è tanto e non è solo nel singolo medico ma è nella complessiva attività sanitaria.

Dunque, se si riconosce che il paziente ripone affidamento nella più complessa attività sanitaria, cade il presupposto alla base della figura del contatto sociale quale fonte di obbligazione.

159 Si vedano i lavori preparatori disponibili anche in formato video al link http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0556&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#

Da qui pertanto l'opportunità di superare il contatto sociale a favore della responsabilità extracontrattuale del medico.

Vi è una terza motivazione che fa riflettere sul probabile tramonto del contatto sociale: questa figura si è affermata in ambito di responsabilità sanitaria ma come si è visto nel precedente paragrafo è stata estesa dalla giurisprudenza oltre ogni limite (a carico del mediatore, in taluni casi della p.a., dell'insegnante per autolesioni dell'alunno e così via).¹⁶⁰

Il rischio è lasciare all'arbitrio la distinzione tra responsabilità extracontrattuale e da inadempimento di una obbligazione.¹⁶¹

Si è allora affermato nella dottrina tedesca: una figura così lata di contatto sociale come potrebbe consentirci di escludere che la responsabilità per un incidente dell'automobilista -tipico caso di responsabilità extracontrattuale- sia anche essa da inadempimento di un'obbligazione?¹⁶²

Del resto anche il conducente di una automobile fa affidamento nel fatto che un altro conducente guidi bene, dopo aver conseguito la patente.

A proposito della riforma in corso occorre anche osservare che la formulazione normativa della rubrica dell'art. 7 non è del tutto priva di incertezze e quando vi è uno scontro tra diritto vivente e diritto vigente quest'ultimo deve essere chiarissimo per imporsi sul primo.

La riforma Balduzzi del 2012 richiamava l'art. 2043 del c.c. ma questo è stato interpretato in senso abrogante dalla giurisprudenza di legittimità.

160 Critica il contatto sociale in quanto contrastante con una esigenza di certezza del diritto A. Zaccaria, La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero, Riv. dir. civ., 2015, 354.

161 Ibidem, 354.

162 Schur, Leistung und Sorgfalt, Tübingen 2001, 241, 242.

Il timore per la corretta attuazione della riforma riguarda la formulazione della rubrica dell'art. 7 che reca "*Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria*".¹⁶³

Anche se nel contenuto dell'articolo, al comma III, si fa riferimento in maniera chiara all'art. 2043 c.c., il richiamo del termine inadempimento di una prestazione potrebbe essere interpretato dalla giurisprudenza quale conferma dell'esistenza del contatto sociale, perchè sembrerebbe fare riferimento all'inadempimento di un'obbligazione: e l'accostamento tra inadempimento e responsabilità extracontrattuale costituisce un ossimoro.

Alla Camera è stato proposto ma non approvato un emendamento che mutava tale rubrica facendo riferimento alla responsabilità civile della struttura e dell'operatore ma probabilmente è ancora possibile modificare la rubrica al Senato.

Può ancora osservarsi che, se si tenesse presente la distinzione tra posizione della struttura e quella dell'operatore dipendente dalla prima, potrebbe anche escludersi la responsabilità di quest'ultimo.

Ciò potrebbe derivare da una interpretazione dell'art. 1228 c.c., relativo alla responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari, per la quale il debitore

¹⁶³ Deve anche considerarsi che a ben vedere dai lavori preparatori risulta che il rapporto tra paziente e operatore sanitario possa essere concepito quale rapporto obbligatorio e ciononostante sottoposto alla disciplina dei fatti illeciti.

Si veda la Relazione del Prof. Alpa, Presidente della Commissione consultiva nominata dal Ministro Lorenzin, ove si legge che "Salvo il caso di contratto terapeutico concluso tra l'esercente e il paziente, dal quale sorge un rapporto di natura contrattuale, il rapporto normalmente istituito è sì fondato su un contatto sociale, come avviene tutte le volte in cui il danneggiante viene appunto a contatto con il danneggiato quando cagiona un illecito, civile o penale che sia, ma non per questo assume natura contrattuale; dall'illecito emerge un rapporto obbligatorio che ha natura extracontrattuale. Poiché, come sinteticamente si preciserà più oltre, il modello italiano per contro aveva finito per attrarre ogni rapporto in ambito contrattuale, il legislatore aveva ritenuto di intervenire".

risponde in maniera esclusiva da momento che, essendo quest'ultimo ad affidare a terzi un incarico funzionale all'adempimento, il creditore non avrà alcun rapporto con costoro.¹⁶⁴

Di conseguenza, in caso di inadempimento, potrà chiedere il risarcimento del danno soltanto al debitore e dunque alla struttura sanitaria. A tal proposito non deve sorprendere che proprio l'Autore al quale si deve l'introduzione del contatto sociale nel nostro ordinamento ha sostenuto che se la ratio della responsabilità del dominus è il rischio, la responsabilità dovrebbe ricadere esclusivamente su quest'ultimo, "*perchè ogni responsabilità concorrente contraddice la ratio*".¹⁶⁵

E' la *ratio* della disposizione di cui all'art. 1228 c.c., che costituisce esplicitazione del principio sotteso al broccardo "*cuius commoda eius et incommoda*", che suggerirebbe tale interpretazione, tenendo peraltro conto che il paziente sarebbe adeguatamente garantito dalla responsabilità della struttura.¹⁶⁶

Senonchè, considerata anche la riforma in via di approvazione, sembra difficilmente perseguibile tale interpretazione, che comporterebbe la "sollevazione" delle associazioni "a tutela" dei pazienti, che vedrebbero come fumo negli occhi l'esclusione della responsabilità diretta dell'operatore nei confronti del paziente.

164 Sulla fattispecie di cui all'art. 1228 c.c. si vedano C. Massimo Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, Comm. del Cod. Civ. Scialoja e Branca, art. 1228, Bologna-Roma, 1993; A. D'ADDA, sub Art. 1228. *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, in Comm. Gabrielli, *Delle Obbligazioni*, Artt. 1218-1276, a cura di Cuffaro, Torino, 2013; G. Visintini, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, Tratt. resp. Contr., diretto da Visintini, Padova, 2009, 606; P. Trimarchi, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 47.

165 C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 158, 159.

166 Si veda anche F. Venosta, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 147 s.

Senonchè, dal momento che la riforma "Gelli" non è ancora stata approvata, occorre far riferimento all'attuale quadro normativo per definire la vigenza o meno del contatto sociale all'interno dell'ordinamento. Deve farsi pertanto riferimento al decreto Balduzzi.

Occorre tenere in considerazione titolo del decreto legge 158/2012, dove si afferma la volontà di *“promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”* sia la motivazione del decreto riferita alla *“straordinaria necessità ed urgenza di procedere al riassetto dell’organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale, a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica”*.

Si riporta la disposizione di cui all’art. 3, comma I, della Legge “Balduzzi”:

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

Il primo capoverso della disposizione si riferisce al diritto penale e decriminalizza i comportamenti del medico connotati da colpa lieve oltre che conformi alle linee guida accreditate dalla comunità scientifica.¹⁶⁷

La portata innovativa della disposizione è dirimente alla luce dell’indirizzo giurisprudenziale di legittimità secondo cui nel diritto penale non trova applicazione, se non ai fini della graduazione del trattamento sanzionatorio, la

¹⁶⁷ Sulla rilevanza penale della disposizione si veda la interessante relazione del Presidente della quarta sezione civile della Corte di Cassazione, Pietro A. Sirena, disponibile su <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63007>.

distinzione tra colpa lieve e grave, prevista dall'art. 2236 del codice civile per i casi in cui la prestazione medica implichi la soluzione di problemi di particolare difficoltà.¹⁶⁸

La novella non incide solo sul futuro, rendendo leciti i fatti di omicidio o di lesioni connotati da colpa lieve e verificatisi nonostante la scrupolosa adesione del medico alle virtuose pratiche in materia, ma ha effetti anche sul passato, determinando una parziale *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 2, comma II, del codice penale, delle fattispecie di omicidio e lesioni colpose.¹⁶⁹

Per quanto riguarda la rilevanza civilistica della disposizione, che non brilla certamente per linearità, si sono formati due orientamenti, l'uno volto ad attribuire un valore pregnante al richiamo all'art. 2043 del codice civile, l'altro a porre in evidenza tutte le contraddizioni che emergono dal capoverso "civilistico".

Nella ordinanza 17 aprile 2014 n. 8940, la sesta sezione della Corte di Cassazione sostiene che il riferimento operato dal legislatore del 2012 all' *"obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile"* *"vuole soltanto significare che il legislatore si e' soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilita' extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilita' medica necessariamente come responsabilita' di quella natura"*.

Tale pronuncia si inserisce nell'indirizzo interpretativo per il quale l'art. 3 della legge 08 novembre 2012 n. 189 non ha alcuna forza innovativa circa i profili civilistici della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria. Secondo tale orientamento, il riferimento all'art. 2043 c.c. ha la funzione di richiamare genericamente l'obbligo di risarcire il danno a prescindere però

¹⁶⁸ Per tale indirizzo si veda Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412.

¹⁶⁹ In tal senso si veda Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

dalla fonte della obbligazione risarcitoria che può essere costituita da un contratto o da un contatto sociale.

In contrapposizione a tale interpretazione, una parte della giurisprudenza di merito ha attribuito un significato pregnante al richiamo all'art. 2043 c.c. riconducendo la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria nell'alveo della disciplina del fatto illecito.¹⁷⁰

Deve in particolare segnalarsi, per l'autorevolezza del giudicante, specie in materia di responsabilità civile, la recente pronuncia del Tribunale di Milano, secondo cui la disposizione di cui all'art. 3, comma I, della legge Balduzzi avrebbe il seguente significato: al primo periodo, - *“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”*- di sottrarre il medico alla responsabilità penale in caso di condotta sorretta da colpa lieve e rientrante nell'ambito segnato dalle pratiche virtuose; al secondo periodo - *“In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”*-, di specificare che l'esenzione non ha alcuna influenza ai fini civilistici, ove rileva la responsabilità extracontrattuale del medico.

¹⁷⁰ In tal senso, si veda, oltre alla pronuncia del Tribunale di Varese del 26 novembre 2012, nella quale, pur riconducendosi la responsabilità del medico a quella da fatto illecito, non si fa applicazione della relativa disciplina nel caso di specie - in cui viene ravvisata la conclusione di un contratto tra medico e paziente-, la decisione del Tribunale di Torino del 26 febbraio 2013, che rigetta la domanda di risarcimento proposta dal paziente per non aver fornito la prova della colpa del medico, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Questa pronuncia, che è la prima in cui si fa applicazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale, è disponibile su *Danno e resp.*, 2013, 373. Per tale lettura si veda in dottrina G. Ianni, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto ed il cd danno da nascita indesiderata. La cd. riforma Balduzzi*, in www.ilcaso.it.

Il canone interpretativo seguito dai giudici milanesi è quello per cui, nel dubbio sul significato di una disposizione, occorre percorrere tutte le strade volte ad attribuire alla stessa un significato anziché optare per una interpretazione abrogante della stessa.

La conclusione cui perviene il Tribunale ambrosiano sembra inoltre trovare sostegno nei lavori preparatori della disposizione.

Infatti, il testo dell'art. 3 del decreto legge 158/2012 non fa alcun riferimento all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. ma si limita a stabilire 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”*.

Dunque, nella prima formulazione della disposizione, si fa sicuramente riferimento alla responsabilità da contatto sociale, come dimostra il richiamo dell'art. 1176 c.c. sulla diligenza del debitore nell'adempimento delle obbligazioni.

L'ultima versione della disposizione si deve all'art. 3, comma I, alla legge di conversione del Decreto “Balduzzi”: ciò proverebbe che il richiamo all'art. 2043 del codice civile non è stato effettuato per mera dimenticanza del legislatore ma per la precisa volontà di ricondurre la responsabilità del medico alla disciplina dell'illecito extracontrattuale.

Inoltre, il Tribunale di Milano sostiene che tale scelta interpretativa troverebbe sostegno nelle ragioni dell'intervento legislativo volto a combattere il fenomeno della medicina difensiva.

In tale prospettiva, secondo la pronuncia, il regime di cui all'art. 2043 del codice civile *“dovrebbe altresì favorire la c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente, senza che (più o meno inconsciamente) venga inquinata da un*

sottinteso e strisciante “obbligo di risultato” al quale il medico non è normativamente tenuto ... e che è spesso alla base di scelte terapeutiche “difensive”, pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato”.

Contro l'interpretazione fornita dal Tribunale di Milano si pongono numerosi elementi.

Primo tra tutti quello letterale: è vero che si fa riferimento all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. ma l'espressione utilizzata è *“resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.”*.

Se il legislatore avesse voluto modificare la disciplina del rapporto medico-paziente non avrebbe dovuto utilizzare la locuzione “resta fermo”, che si limita a richiamare il diritto vivente in materia, ma avrebbe dovuto “rompere” espressamente con la giurisprudenza vigente.

Inoltre, dal momento che il primo periodo della disposizione di cui all'art. 3 della riforma Balduzzi fa riferimento a tutte le ipotesi di responsabilità del medico, *ivi* comprese quella derivante dalla non corretta esecuzione del contratto concluso con il paziente, non si comprende come il legislatore possa imporre in tutti questi casi – il secondo periodo dell'art. 3 si apre con l'inciso *“In tali casi”*- il regime della responsabilità extracontrattuale.

L'estensione del regime della responsabilità extracontrattuale alle ipotesi ontologicamente contrattuali non potrebbe che incorrere nella scure del giudice delle leggi per manifesta irragionevolezza ai sensi dell'art. 3 della Costituzione. Pertanto il rinvio effettuato dall'art. 3 della legge “Balduzzi” all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., se non deve ritenersi un vero e proprio *lapsus calami*, si presta ad essere letto quale mero richiamo alla disciplina della responsabilità dettata dal codice civile, a prescindere dalla natura della stessa.

Del resto, l'obbligo di cui all'art. 2043 del c.c. è quello di *“risarcire il danno”*.

In definitiva, sembra che pur sussistendo alcuni argomenti a favore della riconduzione della responsabilità del medico all'art. 2043 del codice civile, il dato legislativo è comunque troppo debole per superare un indirizzo giurisprudenziale consolidatosi in più di due decenni.

E' evidente infatti un potenziale "conflitto" tra fonti del diritto, sia pure non equi ordinate: da un lato la legge, gerarchicamente superiore alla giurisprudenza, che interviene sul diritto vivente consolidato in maniera debolissima se non innocua; dall'altro, appunto, un indirizzo giurisprudenziale stratificato che ha da tempo recepito la teorica del contatto sociale.

Il legislatore avrebbe dovuto essere più chiaro e più netto: le varie pressioni che, come può ragionevolmente supporre, i *conditores* hanno subito sono infatti pienamente rispecchiate nel testo legislativo.

E' per tali motivi che, come si è detto, il "nuovo" legislatore ha predisposto con l'art. 7 della riforma una disposizione chiara sul superamento della figura del contatto sociale.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITA' PER VIOLAZIONE DEL CONSENSO INFORMATO

1. LA COPERTURA COSTITUZIONALE DEL CONSENSO INFORMATO TRA TUTELA DELLA SALUTE (ART. 32 COST.) E DELLA AUTODETERMINAZIONE (ART. 13 COST.)

Nel corso degli ultimi decenni il tema del consenso informato, e cioè della possibilità per il paziente di decidere in modo libero e consapevole sulla propria persona, ha assunto una posizione sempre più rilevante all'interno della tematica della responsabilità sanitaria nel rapporto medico-paziente, dal momento che esso ha assunto il ruolo di parametro per valutare la liceità del trattamento posto in essere dal sanitario¹⁷¹.

Come si è già rilevato, il consenso ha occupato una posizione ad hoc all'interno del rapporto - medico paziente e in particolare l'obbligazione di ricevere il

171 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.; Ferrando, Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico, in Nuova giur. civ., 1995, I, 941 ss.; Santosuosso, Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente, Milano, 1996, XV, 3 ss.; 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; Colombo, Attività medica e consenso dell'avente diritto, Pavia, 1999, 43 ss.; Bilancetti, Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica, in «Il danno risarcibile», a cura di Vettori, Padova, 2004, 1005 ss.; Toscano, Informazione, consenso e responsabilità sanitaria, Milano, 2006, passim; Scalisi, Professione medica: doveri, divieti e responsabilità, in *Danno e resp.*, 2007, 965; Fresa, La colpa professionale in ambito sanitario, Torino, 2008, 63 s.

consenso prima di effettuare un trattamento sanitario ha assunto autonomia rispetto a quella avente ad oggetto la prestazione delle cure.¹⁷²

L'importanza assunta dal consenso quale condizione necessaria del trattamento sanitario si ricava dalla seguenti fonti normative.

Nel codice deontologico del 1978 e nella successiva versione del 1989, infatti, era attribuita un'importanza marginale al consenso informato. In particolare, l'art. 39 del codice del 1978 prevedeva il divieto per il medico di agire senza il consenso del malato, con riferimento ai soli atti comportanti un rischio per il paziente.¹⁷³

Anche il codice del 1989 prevedeva l'esistenza di un consenso implicito al trattamento sanitario salvo il caso di rischio per la salute del paziente: *“il medico non può intraprendere alcuna attività diagnostica terapeutica senza il valido consenso del paziente, che, se sostanzialmente implicito nel rapporto di fiducia, deve essere invece consapevole ed esplicito allorché l'atto medico comporti rischio e permanente diminuzione dell'integrità fisica”*(art. 40).

L'impostazione muta profondamente con il codice deontologico del 1995 e con la versione successiva del 1998, approvata il 3 ottobre dal Consiglio Nazionale della Federazione italiana degli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri, nei quali il consenso informato assume una posizione primaria nell'ambito del trattamento sanitario.

Ciò emerge con evidenza dall'art. 32 del codice del 1998, secondo il quale *“ il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza*

172 Deve rammentarsi che non sempre la situazione è stata quella descritta.

Infatti secondo la giurisprudenza ormai superata, “il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea” (Cass. 22.12.1925, in Giur. it. 1926, I, 1, 537).

173 Ai sensi dell'art. 39 il medico non deve intraprendere alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato o delle persone da cui questo è rappresentato se minorenne o incapace, salvo che in presenza di uno stato di necessità e sempre che il paziente non sia in grado di dare un valido consenso.

l'acquisizione del consenso informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona, è integrativa e non sostitutiva del processo informativo di cui all'articolo 30. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo articolo 34".

Tale disposizione va letta congiuntamente al precedente art. 30 per il quale il consenso deve consistere nella "*più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, e sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico - terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate*".

Inoltre, il principio della centralità della volontà del paziente è ribadito al successivo art. 34 per il quale il medico deve attenersi alla volontà di curarsi liberamente espressa dal paziente.

A livello internazionale, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina di Oviedo del 4 Aprile 1997, ratificata in Italia con la legge n. 145 del 28 Marzo del 2001, prevede all'art. 5 che "*un intervento nel campo della*

salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato".¹⁷⁴

Ancora, all'art. 2 n. 3 della Carta di Nizza - rubricato "diritto all'integrità della persona"- che, con l'approvazione del Trattato di Lisbona ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati, si stabilisce che "*nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persone interessate, secondo le modalità definite dalla legge*".¹⁷⁵

Inoltre la base normativa dell'obbligo di acquisire il consenso informato può essere individuata nell'art. 33 co. I e V, della L. 23 dicembre 1978 (istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale) dove si stabilisce che "*Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari (...). Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori (...) devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*"; nell'art. 3, L. 4 maggio 1990, n. 107 (in materia di attività trasfusionali) ove si prescrive che "*il ricevente la trasfusione di sangue o di emocomponenti e/o la somministrazione di emoderivati, preventivamente informato che tali procedure possono non essere comunque esenti da rischio, è tenuto ad esprimere per iscritto il proprio consenso o dissenso*"; nell'art. 6 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (sulla procreazione medicalmente assistita) che

174 SI rammenta che ai sensi dell'art. 117 Cost. l'ordinamento interno deve adeguarsi al diritto internazionale: in particolare secondo l'elaborazione consolidata i trattati internazionali costituiscono norme interposte nell'ordinamento interno.

SI veda tra gli altri B. Conforti, Sulle recenti modifiche della costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari, Foro it., 2002.

175 Si veda R. Conti, il diritto alla salute nella giurisprudenza delle Alte Corti, Pol. dir., 2013, 555 s.

dispone l'obbligo per il medico di informare i pazienti “*in maniera dettagliata*”; nell'art. 3 L. 21 ottobre 2005 n. 219 (attività trasfusionali).

Sul fondamento dell'obbligo informativo si è registrata una sensibile divergenza negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.¹⁷⁶

Come si vedrà una compiuta elaborazione in materia di consenso informato si deve alla giurisprudenza penale che si trova ad affrontare le problematiche relative ai delitti di parte speciale quali delitti contro la vita e l'incolumità personale quali l'omicidio e le lesioni.¹⁷⁷

Con riguardo al rapporto tra il consenso e l'attività medica e quindi della rilevanza che assume il consenso in relazione all'attività medica nel diritto penale la questione problematica sta nel fatto che quando viene posto in essere un trattamento medico chirurgico vi è una potenziale lesione della vita e dell'incolumità fisica cioè, anche se a volte è fisiologico a volte è patologico, sta di fatto che quando si svolge attività chirurgica può capitare che si verifichi un pregiudizio o per la vita o per la sua salute e quindi ci si interroga da tempo su quale sia la rilevanza giuridica del consenso.

A questo proposito si è soliti affermare che il consenso costituisce un presupposto di liceità dell'intervento medico chirurgico.

¹⁷⁶ Per i riferimenti si veda la nota 145 con i riferimenti in materia.

¹⁷⁷ Il riferimento obbligato in materia è a Cass. S.U. 21 gennaio 2009 n. 2437 con nota di G. Fiandaca, Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario, *Giuda dir.*, 2008, 7 54 s.; F. Viganò, Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite, in *Cass. Pen.*, 2009, 1851; ID., Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale, in A. Belvedere - S. Riondato, *La responsabilità in medicina* (in *Trattato di biodiritto diretto* da Stefano Rodotà e Paolo Zatti), 2011, pp. 885-932 ss.; ID., Art. 50, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano III ed., 2011

In realtà questa affermazione deve essere in parte contestualizzata perché quando ci si occupa di dei trattamenti medico chirurgici occorre distinguere tre ipotesi:

-quella in cui il trattamento medico chirurgico sia obbligatorio *ex lege* e in questi casi non si pone nessun problema in ordine al consenso: si tratta di casi eccezionali che trovano fondamento già nell'art. 32 Cost.;

-trattamenti sanitari necessari cioè quei casi in cui per ragioni di necessità ed urgenza il sanitario è chiamato ad intervenire perché il mancato intervento comporterebbe un pregiudizio grave o per la vita o per la salute.¹⁷⁸

In questi casi il problema del consenso non si pone poiché il medico che interviene in situazioni di necessità ed urgenza anche se cagione la morte o la lesione potrà invocare la causa di giustificazione dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. quindi anche in questi casi tendenzialmente non rileva l'assenza di consenso.¹⁷⁹

Dunque, quando si fa riferimento al consenso quale presupposto di liceità dei trattamenti sanitari occorre sottolineare che vengono in rilievo tutti gli altri casi che non rientrano né nei trattamenti sanitari obbligatori né nei trattamenti sanitari necessari.

- In via residuale, si ha appunto una terza categoria eterogenea di casi in cui il consenso è il presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico.

In materia vi è stata una importante evoluzione della giurisprudenza.

Si pensi che fino alla pronuncia della S.U. del 2008 richiamata si riteneva che il medico che avesse eseguito un trattamento correttamente ma in assenza di consenso rispondeva penalmente nonostante l'esito fausto ed anche ad un

178

179 A. Donzella, Lo stato di necessità, il caso fortuito e la c.d. causalità parziale, Riv. dir. comm., II, 1992; Traverso, Le cause di giustificazione nella responsabilità civile, Padova, 2001.

titolo soggettivo molto grave perchè si riteneva che rispondesse di lesioni dolose e omicidio preterintenzionale in caso di morte.¹⁸⁰

Tutto ciò nasceva da una certa interpretazione, molto diffusa in dottrina e giurisprudenza, dell'art. art.582 c.p. relativo al reato di lesioni personali, per il quale "*chiunque cagiona una lesione personale dalla quale deriva una malattia nel corpo della mente è punito con...*" e quindi la lesione personale è una condotta del soggetto che cagiona una lesione dalla quale deriva una malattia.¹⁸¹

Il trattamento sfavorevole per il medico derivava dalla definizione di malattia in termini di qualsiasi alterazione funzionale o materiale dell'organismo e se si aderiva a questa tesi si dava una lettura del termine malattia molto estesa perché malattia non era solo l'alterazione funzionale dell'organismo ma anche l'alterazione anatomica cioè ad esempio anche il mero strappo dei tessuti o le escoriazioni.¹⁸²

Quindi se si aderisce a questa lettura dell'elemento malattia è evidente che qualsiasi trattamento medico chirurgico comporta alterazione anatomica. Quindi qualsiasi trattamento medico chirurgico integrava l'elemento oggettivo del reato di lesioni personali di cui all'art. 582 c.c.: la giurisprudenza era molto rigorosa anche perché qui il medico nel caso di morte del paziente rispondeva di omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p.¹⁸³

Nel 2008 si ha una vera e propria svolta ad opera delle Sezioni Unite che si pronunciano sul caso "Giulini" e stabiliscono che se il medico agisce per fini

180 Per la ricostruzione storica della giurisprudenza si vedano G. Fiandaca, Luci e ombre della pronuncia a Sezioni Unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario, Giuda dir., 2008, 7 54 s.; F. Viganò, Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite, in Cass. Pen., 2009, 1851

181 Ibidem.

182 Ibidem.

183 Ibidem.

terapeutici e l'esito dell'operazione è fausto anche se manca il consenso egli non risponde penalmente né di lesioni né di omicidio.¹⁸⁴

Con riguardo al fondamento dell'obbligo di informazione che incombe sul medico nei confronti del paziente in passato si faceva riferimento alla fattispecie della scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.)¹⁸⁵.

Tale ricostruzione è stata poi abbandonata dal momento che si è ritenuta l'attività medico-chirurgica socialmente utile, dunque scriminata indipendentemente dal consenso.¹⁸⁶

184 Alla base della inversione di rotta vi è una lettura più restrittiva del termine malattia cioè la malattia è soltanto l'alterazione funzionale dell'organismo.

La giurisprudenza aderisce a questa interpretazione sia perchè è quella più conforme alla scienza medica sia perchè se si intendesse la malattia come mera alterazione anche anatomica ci sarebbe una asimmetria tutta interna all'art 582 c.p. perché la malattia può essere riferita tanto al corpo tanto alla mente. Ora per quanto riguarda la malattia alla mente essa può essere solo funzionale non certo anatomica, la malattia nel corpo invece può essere tanto funzionale quanto anatomica quindi ci sarebbe una simmetria per cui la malattia nella mente è più ristretta rispetto a quella nel corpo.

poi c'è un'altra ragione: il confine tra le lesioni personali e le percosse perché è chiaro che se si dilata il concetto di malattia fino a ricomprendere qualsiasi alterazione anatomica dell'organismo è evidente che si restringe a dismisura il confine con la fattispecie di percosse.

Quindi per tali motivi la cassazione sostiene che il medico non risponde penalmente di lesioni perché non determina alcuna malattia poiché se la malattia è un'alterazione funzionale è chiaro che il medico non risponde di lesioni perché manca l'elemento della malattia che è l'elemento essenziale del reato in esame.

Inoltre non rilevano quelle alterazioni funzionali che sono la normale conseguenza dell'operazione cioè tutto ciò che accade nel decorso post operatorio.

185 Candian, Riflessioni sul consenso dell'avente diritto, in Riv. dir. comm., 1938, I, 457 ss.; Marini, Consenso dell'avente diritto, in Nuovissimo dig. It., Torino, 1981, App. II, 408; Nannini, Il consenso al trattamento medico, Milano, 1989, 125 ss.; Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, Padova, 2003, 232 ss.

In altre parole, l'attività medica è volta ad attuare un diritto costituzionalmente tutelato vale a dire quello alla salute e non può pertanto essere intesa quale attività illecita: di conseguenza non può essere considerato alla stregua di una lesione l'atto medico, neanche quello chirurgico.¹⁸⁷

Essa trova fondamento in una serie di norme di rango costituzionale e ordinario che stabiliscono il limite rappresentato dalla necessità di acquisire il consenso informato terapeutico del paziente: in particolare l'art. 32, II comma, della Cost. per il quale “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”; inoltre, l'art. 13 della Cost. che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con esplicito riferimento alla salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica; ed infine una serie di norme, tra cui in particolare la legge n. 833 del 1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale, che stabiliscono l'acquisizione del consenso nell'ipotesi in cui il paziente sia impossibilitato a prestarlo per ragioni di impossibilità psico-fisica.¹⁸⁸

186 G. Ferrando, *Informazione e consenso in sanità, La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 409 s.

187 *Ibidem*, 410.

188 Si segnala Cass. civ., Sez. III, 30 marzo 2011, n. 7237, che lucidamente afferma “Il diritto al cd. consenso informato, in tanto costituisce uno degli aspetti dell'inviolabile diritto alla libertà personale, in quanto l'homo juridicus ha acquisito la identità giuridica di homo dignus, per mutuare terminologia di autorevole giurista. Infatti, tale innovazione identificativa è positivamente configurata in virtù della prescrittività delle norme di cui all'art. 2, 3 e 32 Cost., attualmente rafforzata dagli artt. 1-5 della Carta di Nizza, (giuridificata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, già ratificata dall'Italia durante parte della fase del giudizio di primo grado e durante la fase di appello). Ne consegue che l'interprete è chiamato ad un suo preciso obbligo nello svolgimento della sua attività ermeneutica, ovvero di non poter più ignorare la soglia della tutela espansiva del principio supremo, contenuto nella Costituzione, della dignità umana, qualunque sia l'oggetto sottoposto al suo esame.

La fonte dunque è rappresentata da riferimenti costituzionali e legislativi che impongono l'acquisizione del consenso e che conseguentemente impediscono trattamenti sanitari obbligatori, prescindendo dal consenso del paziente.

Anche in dottrina, l'impostazione prevalente ritiene che il consenso al trattamento sanitario costituisca condizione del lecito esercizio dell'attività medica, in quanto espressione del fondamentale diritto individuale all'autodeterminazione in relazione alla salute, desumibile dal disposto degli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione.¹⁸⁹

Dal punto di vista della natura giuridica, è discusso se il consenso del paziente possa essere inteso quale negozio giuridico, dal momento che il soggetto non dispone del proprio patrimonio.¹⁹⁰

In un'altra prospettiva, considerata le potenzialità della categoria del negozio giuridico, che può comprendere ogni atto con un soggetto dispone consapevolmente dei propri interessi, potrebbe essere valorizzata la negozialità dell'atto.¹⁹¹

Risulta controversa la natura della violazione del consenso informato, secondo una tesi meno recente ricondotta alla responsabilità precontrattuale di cui

189 G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999

190 Per l'opinione contraria v. G. Ferrando, *Informazione e consenso in sanità, La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 409 s.

191 Si veda per il dibattito in dottrina S. Rossi, voce *Consenso informato*, *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VII, Torino, 2012.

all'art. 1337 c.c.¹⁹² e secondo la ricostruzione oggi più accreditata alla responsabilità per inadempimento.¹⁹³

La prima tesi, che aveva trovato sponda sia in giurisprudenza¹⁹⁴ che in dottrina¹⁹⁵ può ritenersi oggi superata in virtù dell'affermazione della teorica del contatto sociale, sulla quale ci si è ampiamente soffermati al precedente capitolo.¹⁹⁶

La mancata assunzione del consenso informato dà, quindi, luogo ad una responsabilità di natura contrattuale, che fa sorgere in capo all'istante il diritto al risarcimento dei danni per l'inadempimento dei doveri assunti dal sanitario¹⁹⁷.

L'ambito dell'attività medica, quindi, sembra sottrarsi *in toto* all'applicazione dei divieti di cui all'art. 5 c.c. il quale vieta gli atti di disposizione del corpo che determinano una diminuzione permanente della integrità fisica o che siano

192 Cass. civ., sez. III, 25.11.1994, n. 10014; in dottrina, Costanza, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1436; De Matteis *Causalità e danno nella responsabilità professionale, ne I fatti illeciti*, a cura di Visintini, Padova, 1999, III, 634

193 Si veda G. Ferrando, *Informazione e consenso in sanità, La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 414.

194 Cass., 15.01.1997, n. 364, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1586 secondo cui “l’obbligo d’informazione assume rilievo nella fase precontrattuale, nel corso della quale si forma il consenso del paziente al trattamento o all’intervento, e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto”; Trib. Genova, 03.01.1996, in *Danno e resp.*, 94, con nota di Benedetti.

195 Monateri, Bocca, Castelnuovo, *Responsabilità da attività medico-sanitaria, ne Il danno alla persona*, a cura di MONATERI, Torino, 2000, 420.

196 Si veda tra le altre Cass. 19 maggio 2011 n. 11005 in *Danno e Responsabilità*, 2012, 5015, con nota di V. Montani, *L’allocazione dell’onere della prova deriva dal principio di diritto enunciato dalla celebre Cass. S.U. 30 ottobre 2001 n. 13533.*

197 Si veda M. Rossetti, *I doveri di informazione del chirurgo estetico* in *Danno e resp.*, 2001, 1165.

altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume dal momento che tali divieti riguardano i soli atti di disposizione del proprio corpo a favore di terzi.¹⁹⁸

Ne rimangono invece escluse le attività terapeutiche dirette alla cura del paziente.¹⁹⁹

Pertanto, anche gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionano una diminuzione permanente della propria integrità fisica, come nei casi di interventi per il mutamento del sesso, sono da considerarsi oggi pienamente leciti in quanto orientati alla miglior tutela della salute del disponente.²⁰⁰

Da quanto detto si desume che il paziente che esprime il proprio consenso all'atto medico non rende lecita la lesione di un diritto disponibile, bensì esercita un proprio diritto di rilievo costituzionale.

Invece il medico che cura una persona non viola la sua integrità anatomico-funzionale, bensì esegue ed attua la sua libera volontà, espressione del diritto di autodeterminazione²⁰¹.

Una questione di grande rilevanza è quella relativa alla violazione del consenso informato: se l'attività medica possa dar luogo o meno ad una attività illecita anche se anche se volta al perseguimento di un risultato potenzialmente positivo per la persona.²⁰²

198 Ferrando, *Informazione e consenso cit.* 411.

199 Romboli, *Commento all'art. 5*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, 248.

200 In tal senso si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza 24.05.1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, 2162, relativa alla legge 14 aprile 1982, n. 164, sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso.

201 Cattaneo, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 952

202 Ferrando, *Informazione e consenso cit.* 423.

Si ritiene che se l'attività sia stata posta in essere senza il consenso del soggetto interessato debba ritenersi irrimediabilmente illegittima²⁰³.

Ciò in quanto il consenso afferisce alla libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 della Costituzione.

Pertanto, indipendentemente dalla circostanza che le cure pratiche abbiano avuto o meno esito positivo, l'esclusione del soggetto dal momento informativo - decisionale conserva una sua piena valenza lesiva. Quel che offende il valore cardine del diritto alla autodeterminazione non è il fatto che l'intervento medico abbia pregiudicato la integrità fisica del soggetto, ma che il soggetto non sia stato posto nelle condizioni di decidere come preservare la propria integrità fisica.²⁰⁴

Si passa ora ad analizzare un caso concreto risolto con sentenza della Corte di Cassazione del 2015 n. 12205.²⁰⁵

La Signora Tizia acconsente ad un intervento chirurgico per l'asportazione della cisti ovarica destra.

Poi, sulla base di un referto istologico che aveva indotto una diagnosi di adenocarcinoma, era stata sottoposta ad un intervento completamente diverso, e ben più radicale, consistente in *“una laparotomia, una isterectomia totale, una anessectomia bilaterale, una appendicectomia ed omentectomia”*, senza essere stata informata e dunque senza aver acconsentito al nuovo intervento.

Secondo la Consulenza tecnica di parte (in base a quanto riferito nella sentenza di merito): *“la prestazione sanitaria era stata eseguita con diligenza, prudenza e perizia, non essendovi alternative all'intervento chirurgico prescelto ed*

203 Cacace, Il danno non patrimoniale per trattamento sanitario senza consenso, in Il nuovo danno non patrimoniale, Padova, 2004, 188

204 Si veda successivamente la riflessione relativa al caso riguardante i Testimoni di Geova.

205 Cass. 12 giugno 2015 n. 12205, in Dir. civ. cont., 21 luglio 2015, con nota di G. Miotto, La struttura dei danni da omissione del consenso informato.

essendo stato lo stesso condotto con esito pienamente positivo, consistente nella totale guarigione della paziente"

Secondo la sentenza di primo grado emessa sulla scorta della CTU l'intervento "non solo si era rivelato, *ex ante*, l'unica scelta terapeutica possibile alla luce delle risultanze degli esami di laboratorio praticati contestualmente e successivamente allo stesso, ma si era altresì rivelato, *ex post*, particolarmente efficace, consentendo, unitamente al successivo intervento praticato dai medici francesi, la totale eliminazione del male e la piena guarigione della paziente. Il pregiudizio morale e biologico, consistente nella sofferenza connessa all'intervento e nella perdita della capacità riproduttiva, costituiscono il doloroso e consapevole sacrificio reso necessario dall'esigenza di prevenire un danno peggiore ed irreparabile ed integrano gli ineluttabili effetti collaterali di una scelta terapeutica assolutamente obbligata.

Essi non possono essere considerati, pertanto, la conseguenza dannosa immediata e diretta della condotta inadempiente dei sanitari". (enfasi aggiunte dallo scrivente).

Ci può essere un risarcimento del danno in questo caso?

Occorre tener conto che non vi era uno stato di necessità e cioè vi era tempo per informare il paziente altrimenti il problema non si porrebbe operando la causa di giustificazione.

Secondo la Corte d'appello non sussiste un diritto al risarcimento perché l'intervento era necessario ed è stato svolto correttamente

Secondo la Corte di Cassazione invece tale diritto sussiste per le seguenti motivazioni.

Perché è necessario il consenso informato?

- 1) per tutelare la salute del paziente (se si conoscono i rischi dell'intervento e le peculiarità della struttura nella quale effettuare l'intervento si possono scegliere i migliori specialisti, la migliore struttura e così via): in questo caso anche se vi

fosse stata l'informazione e la scelta fosse stata diversa, come accertato dalla CTU, non vi sarebbe stato un intervento differente.²⁰⁶

- 2) Per tutelare il diritto all'autodeterminazione: si ritiene che si debba sempre poter essere in grado di scegliere se essere sottoposto ad esempio ad un intervento chirurgico perché la libertà personale è inviolabile (artt. 2, 13 e 32 Cost.) e questo è un aspetto differente dalla tutela della salute.²⁰⁷

Si potrebbe ad esempio decidere di preferire la progressione del tumore anziché l'intervento con ciò che ne consegue (perdita capacità riproduttiva) anche se questo esempio è paradossale.

Si pensi invece a un esempio più che realistico di dissociazione salute / scelta del paziente: rifiuto di emotrasfusione perché in contrasto con le convinzioni religiose.

Il caso è ricorrente a proposito dei Testimoni di Geova che come è noto rifiutano le emotrasfusioni nonostante possano perdere la vita.²⁰⁸

Le trasfusioni, infatti, nella maggior parte dei casi sono in grado di salvare la vita al paziente Testimone di Geova.

Il rifiuto è dettato da motivi religiosi, derivanti da una particolare lettura di alcuni brani della Bibbia e pertanto assume importanza non solo il diritto di autodeterminazione del paziente, ma anche il diritto, anch'esso di rango costituzionale, alle proprie convinzioni religiose di cui all'art. 19 Cost." tenuto conto che la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova è una minoranza religiosa, con pieno riconoscimento dello Stato e che il diritto di professione

206 Ferrando, *Informazione e consenso* cit. 423.

207 *Ibidem*.

208 G. Facci, *Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 9, 2007, 1885 s.

religiosa e la relativa libertà di culto si manifestano, d'altro canto, anche vivendo ed operando nell'osservanza dei precetti religiosi".²⁰⁹

Dalla analisi delle sentenze di legittimità risulta che la giurisprudenza, pur mettendo in primo piano il diritto all'autodeterminazione del paziente, finisce di fatto per privilegiare la salvaguardia della vita: ciò accade perchè si afferma che il dissenso all'emotrasfusione debba essere attuale e nella maggior parte dei casi il paziente, dopo aver dissentito, quando si rende necessaria l'emotrasfusione, perde coscienza ed è solo in questo momento che il medico interviene.²¹⁰

Secondo la giurisprudenza è infatti necessario *“un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto ex post e non ex ante, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute.*

*E ciò perchè, a fronte di un sibillino sintagma "niente sangue" vergato su un cartellino, sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico ex ante, e di presumere induttivamente la reale "resistenza" delle sue convinzioni religiose a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita, scongiurabile soltanto con una trasfusione di sangue”.*²¹¹

Ritornando al caso affrontato, può affermarsi che l'informazione al paziente è ritenuta sempre necessaria.

Occorre anche chiedersi come debba essere questa informazione.

209 Ibidem.

210 Ibidem.

211 Cassazione 15 settembre 2008 n. 23676.

Nel caso di specie, dopo l'autorizzazione dell'intervento chirurgico di asportazione della cisti ovarica destra, si era sottoscritta la seguente dichiarazione: *“Acconsente, inoltre, ad un'eventuale modifica del suddetto intervento qualora ciò fosse necessario per la tutela della sua salute”*.

Secondo la Corte è assolutamente generica: non può cioè estendersi ad un intervento completamente diverso come invece è accaduto nel caso di specie. Serviva dunque un nuovo consenso dopo aver preso atto della necessità di un nuovo intervento.

2 L'OBBLIGO DI INFORMAZIONE E L'ONERE DELLA PROVA

La dottrina ha precisato che “solo attraverso una completa informazione il consenso può dirsi espressione piena della volontà del paziente e non semplice e supina adesione alla decisione medica già presa”²¹².

Tale consenso deve avere determinate caratteristiche e cioè deve essere:

-personale:ciò deve essere espresso dalla persona che verrà a subire l'effetto del trattamento medico chirurgico;

-esplicito:ciò non significa però che deve essere manifestato per iscritto;²¹³

-specifico:deve avere ad oggetto quale sarà il trattamento in esame;²¹⁴

212 Guida all'esercizio della professione per i medici-chirurghi e gli odontoglieri, Torino, C.G. Edizioni Medico Scientifiche, 2002, 95

213 Ibidem.

-informato e consapevole: poichè il paziente non è esperto in materia medica e non sa quali sono i rischi le caratteristiche del trattamento nè le eventuali soluzioni alternative sarà compito del medico informare il paziente delle conseguenze le possibilità di guarigione ecc.²¹⁵ Sebbene il consenso al trattamento sanitario concernente il minore o l'infermo di mente sia validamente espresso dal legale rappresentante, precise disposizioni prevedono che anche l'incapace debba essere, per quanto possibile, coinvolto nel processo decisionale attinente alla propria salute²¹⁶. Anche il codice deontologico, mantenendo ferma la sfera di competenza del rappresentante legale, stabilisce che il minore e l'incapace, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione, hanno diritto ad essere adeguatamente informati e ad esprimere la propria volontà.

In passato è stato peraltro sostenuto che anche il minore possa validamente prestare il proprio consenso al trattamento medico, quando abbia acquistato una sufficiente maturità di giudizio²¹⁷

Quindi il soggetto deve avere tutte le informazioni che gli permettono di scegliere in maniera consapevole se sottoporsi a quel determinato trattamento.

-Effettivo e reale: non è ipotizzabile un consenso presunto; Esso è inoltre sempre revocabile.²¹⁸

214 Ferrando, *Informazione e consenso* cit. 412.

215 *Ibidem*.

216 L'art. 1, quarto comma, legge n. 180/1978, a norma del quale "*gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori...devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*"; l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, stabilisce che il paziente minorenne ha diritto di esprimere un parere destinato ad essere preso in considerazione "*in funzione della sua età e del suo grado di maturità*".

217 App. Milano, 25.06.1966, in Rep. foro it., 1966, *Patria potestà*, 11; Trib. minori Bologna, 13.05.1972, Rep. foro it., 1974, n. 7

Pertanto il paziente subisce la lesione di un diritto di rilievo costituzionale non solo quando viene sottoposto ad un trattamento medico in assenza di consenso, ma anche quando il consenso venga prestato in base ad una informazione incompleta da parte dei sanitari²¹⁹.

Al riguardo, l'art. 30 del codice deontologico del 1998 prevede che "il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostiche-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; il medico nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostiche terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta".

Il documento sul consenso informato del Comitato Nazionale per la Bioetica (1992) sottolinea che "l'informazione non deve essere soltanto una trasmissione di dati e notizie, ma deve indicare al paziente le alternative, terapeutiche e non, che siano possibili. Infatti l'informazione è finalizzata non a colmare l'inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, ma a porre un soggetto (il paziente) nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi di formarsi una volontà che sia effettivamente tale, in altri termini in condizione di scegliere. Un'informazione corretta è perciò soprattutto chiara nell'indicare i passaggi decisionali fondamentali in una direzione o in un'altra, e cioè le alternative che si presentano: spetterà al curante presentare le ragioni per le quali viene consigliato un determinato provvedimento piuttosto che un altro".

218 DE MATTEIS, Consenso informato e responsabilità del medico, in *Danno e resp.*, 1996, 222

219 Trib. Milano, 29.03.2005, in *Resp. civ.*, 2005, 664

L'informazione costituisce, quindi, il mezzo per consentire al paziente di avere consapevolezza della propria condizione e dei vari percorsi terapeutici disponibili.

Infatti, per sua stessa natura l'attività medica si presenta oscura e non accessibile ai profani e, di conseguenza, i professionisti che la praticano sono tenuti a renderla comprensibile, a spiegarne il concreto significato a quanti sono destinatari del trattamento medico. Sul medico, pertanto, grava l'obbligo di trasmettere al paziente non già l'intero bagaglio tecnico di conoscenze acquisite, ma le informazioni necessarie a fargli capire e, quindi, condividere effettivamente il significato, nei diversi profili di utilità, pericolosità e incertezza, del trattamento medico che viene proposto.

Inoltre, come sottolineato anche dal codice deontologico, il dovere di informazione deve tener conto anche delle "capacità di comprensione del paziente"; in questo modo l'informazione può essere articolata in modo differente a seconda del tipo di paziente che ci si trova di fronte: se la funzione del consenso è quella di "rafforzare l'alleanza terapeutica tra professionista e paziente", l'informazione trasmessa al paziente deve essere resa in modo che egli sia in grado di comprenderla, in quanto il sanitario non è tenuto ad esporre in modo scientificamente corretto il trattamento da praticare, quanto a far comprendere rischi e benefici dell'intervento medesimo²²⁰.

In particolare la Suprema Corte ha chiarito che nell'ambito degli interventi chirurgici il dovere di informazione concerne *"la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, si dà porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anormali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, non potendosi*

220 Ferrari, La responsabilità civile in odontoiatria, in *Danno e resp.*, 2004, 125

disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsivoglia remotissima eventualità eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento.

*Assume rilevanza, in proposito, l'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita. L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi".*²²¹

Dunque, la portata dell'informazione varia in dipendenza del tipo di prestazione che deve essere effettuata: quanto più gravi sono i rischi e gli effetti collaterali dell'intervento, tanto più ampia e completa deve essere l'informazione²²².

In particolare, il paziente deve essere posto nella condizione di effettuare un "bilanciamento rischio-benefici" fra i rischi intrinseci del trattamento che gli viene proposto ed illustrato, ed i benefici che egli può ricavare per la sua salute accettando quei rischi²²³.

Va considerato, inoltre, che nella chirurgia estetica, il dovere di informazione risulta ancor più pregnante, in quanto si tratta di interventi in cui il risultato

221 Cass. 15.01.1997, n. 364, in Foro it., 1997, I, 771; in senso conforme si vedano anche Cass. 26.03.1981, n. 1773; Cass. 09.03.1965, n. 375, in Foro it., 1965, I, 1040

222 Princigalli, La responsabilità del medico, Napoli, 1983, 215

223 Introna, Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione deve essere dettagliata o sommaria?, in Riv. it. medicina legale, 1998, 827

conseguibile è elemento direttamente influente sulla scelta di sottoporsi o meno all'intervento²²⁴.

Quindi è necessario che l'informazione sia particolarmente analitica per consentire al paziente di percepire la rilevanza dei rischi, nonostante l'assenza sostanziale di vantaggi sul piano della salute.

Tali interventi, infatti, non sono tesi a contrastare una patologia del paziente, ed a rimediare al suo stato di salute, o addirittura a salvarne la vita, ma sono piuttosto rivolti a migliorare l'apparenza ed ad eliminare i difetti²²⁵.

In conclusione, quindi, dal quadro normativo e giurisprudenziale emerge che il consenso deve essere il più possibile analitico e personalizzato al fine di consentire sostanzialmente al paziente l'esplicazione della sua libertà di autodeterminazione nel decidere se assoggettarsi o meno ai rischi che per la salute comporta l'intervento o il tipo di trattamento. Occorre pertanto spiegare la natura dell'intervento, i rischi che comporta, i risultati ai quali può condurre, le conseguenze negative possibili, le alternative terapeutiche, gli effetti positivi e anche le condizioni di efficienza e di affidabilità della struttura sanitaria.

Con riguardo alla ripartizione dell'onere probatorio in materia di consenso informato, la giurisprudenza tradizionale riteneva che l'onere di provare il mancato assolvimento degli obblighi di informazione incombesse sul paziente che agisse in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del medico.

Tale impostazione rispecchiava l'orientamento secondo il quale, in materia di obbligazioni contrattuali, allorché si agisce per la risoluzione del contratto o per il risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento, il creditore deve

224 Cass., 23.05.2001, n. 7027, in Foro it., 2001, I, 2504; in Danno e resp., 2001, 1165; Cass., 06.10.1997, n. 9705, in Resp. civ. e prev., 1998, 667.

225 G. Alpa, La responsabilità medica, in Resp. civ. e prev., 1999, 319

dimostrare l'inadempimento, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a giustificare ex art. 1218 c.c. l'inadempimento che il creditore gli attribuisce.²²⁶

Tale indirizzo è stato tuttavia superato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha sottolineato che, in tema di onere della prova in caso di inesatto adempimento dell'obbligazione, per il creditore è sufficiente allegare l'inesattezza dell'adempimento, mentre il debitore è gravato dall'onere di provare l'esatto adempimento.²²⁷

La Corte, infatti, ha stabilito che *“in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione il creditore deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto costituito dall'avvenuto adempimento. Inoltre anche nel caso in cui sia dedotto non l'adempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, o per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento”*.

In questo modo, la prova di avere correttamente adempiuto il dovere di informazione spetta al sanitario, a prescindere dalle difficoltà dell'attività professionale: come è stato osservato "Una volta che il paziente abbia provato che le sue condizioni di salute sono peggiorate in seguito all'intervento, sul sanitario incombe l'onere di provare di aver esattamente eseguito la prestazione

226 Cass., 09.01.1997, n. 124, in Giust. civ. mass., 1997, 23; Cass., 24.09.1996, n. 8435, in Giust. civ. mass., 1996, 1309;

227 Cass., sez. unite, 30.10.2001, n. 13533, in Foro it., 2002, I, 769; Cass., 27.03.1998, n. 3232, in Giust. civ. mass., 1998, 676

anche per quel che riguarda l'adempimento degli obblighi di informazione a suo carico".²²⁸

L'onere di provare che il paziente sia stato correttamente informato non può peraltro considerarsi assolto con la semplice produzione di un modulo prestampato, "sintetico, generico e non dettagliato", fatto sottoscrivere al paziente.²²⁹

Infine va specificato che l'obbligo di informare grava sullo specialista che effettua la prestazione; non viene in rilievo, infatti, la circostanza che il trattamento sia stato richiesto dal paziente, in seguito alla prescrizione di un altro sanitario, in quanto il medico che esegue il trattamento decide in piena autonomia secondo la *lex artis* di accogliere la richiesta.²³⁰

3. IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN CASO DI OMESSA INFORMAZIONE

Per quel che concerne il tipo di danno risarcibile ci si è chiesti quale danno sia risarcibile se il medico esegue perfettamente un intervento non preceduto dalla necessaria informazione ed acquisizione del consenso informato.

Infatti senza dubbio i danni sono risarcibili nel caso in cui la violazione del consenso informato abbia comportato una lesione del diritto alla salute: quindi in caso di intervento infausto o di intervento fausto ma praticato a condizioni o

²²⁸ Ferrando, *Informazione e consenso* cit. 414.

²²⁹ Trib Milano, 25.02.2005, in *La responsabilità civile*, 2005, 568 "in presenza di una dichiarazione sottoscritta dal paziente, contenente tutte le informazioni del caso e attestante che le informazioni ricevute sono idonee, complete, chiare e perfettamente intelligibili, deve ritenersi assolto l'onere della prova, gravante sul medico, di dimostrare di avere adeguatamente informato il paziente di tutte le conseguenze possibili e di tutti i rischi relativi all'intervento chirurgico cui sarebbe stato sottoposto".

²³⁰ Cass. 14.03.2006, n. 5444

secondo tecniche più gravose rispetto alle alternative per le quali il paziente avrebbe optato.

La fattispecie problematica è quella per cui il consenso all'intervento non viene acquisito illecitamente ma ciononostante l'esito del trattamento è fausto.

La giurisprudenza riconosce in questi casi che vi è stata lesione del diritto all'autodeterminazione certamente nell'anno dal momento che il soggetto non si è determinato consapevolmente. Ciononostante occorre rammentare che ai fini del risarcimento non è sufficiente il danno evento vale a dire la lesione del diritto ma occorre anche il danno conseguenza vale a dire le conseguenze patrimoniali o meno prodotte dalla lesione nella sfera giuridica del soggetto.²³¹

Una parte della giurisprudenza ha ad esempio ritenuto che anche in presenza di intervento fausto il medico debba risarcire i danni provocati al paziente per il turbamento e la sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e dunque più difficilmente accettabili.²³²

²³¹ Ferrando, *Informazione e consenso* cit. 422.

²³² Cass. 9 febbraio 2010 in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 174.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce dell'analisi del quadro normativo e giurisprudenziale esaminato possono trarsi alcune conclusioni, sicuramente provvisorie, considerata la continua evoluzione della materia della responsabilità sanitaria.

Ad oggi, ciò che sembra possibile osservare è il passaggio dalla visione molecolare dell'atto medico a quella più generale dell'attività sanitaria: il primo non può essere inteso come una monade isolata ma va inquadrato all'interno del contesto nel quale è predisposto.

A tal proposito, la dottrina ha rilevato già da tempo la responsabilità sanitaria non è la somma degli atti dei vari medici ma si caratterizza per quel *“complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.”*²³³.

In altre parole, il termine attività sanitaria risulta più corretto per indicare quel complesso di risorse - personali e materiali- che si pongono a fianco della tradizionale prestazione medico - professionale e che non sono secondarie a quest'ultima ma la completano, in vista dell'obbiettivo finale rappresentato dalla cura del paziente e dunque dal compimento di un corretto trattamento sanitario.²³⁴

Tale passaggio è fondamentale perché, come si è visto, è proprio la visione molecolare dell'atto medico che ha portato la giurisprudenza ad un "eccesso" di tutela per il singolo paziente attraverso la creazione di regole operazionali che

233 G. Alpa, La responsabilità medica, in Resp. civ. prev., 1999, 315.

234 A. Lepre, La responsabilità civile delle strutture sanitarie, Milano, 2011, 5.

hanno finito per gravare sull'operatore sanitario, irrigidendone l'attività e contribuendo al fenomeno della medicina difensiva.

Deve darsi infatti ragione a chi ha rilevato in materia *“una sorta di miopia diffusa, soprattutto a livello giurisprudenziale, che come ogni forma di miopia consente di vedere bene da vicino ma impedisce di vedere bene in lontananza. Non v'è dubbio infatti che con riguardo alla situazione individuale delle singole vittime una giurisprudenza arcigna nei confronti del professionista è ben accolta ma in una ottica diffusa e più generale ci si avvede che questa stessa giurisprudenza fomenta i rischi or ora denunciati di scivolamento verso la medicina difensiva”*.²³⁵

Dal lavoro effettuato emerge la necessità di un approccio più generale al tema, che prenda le mosse dall'intersecarsi degli aspetti pubblicistici e privatistici a tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione, che, come chiarito dalla Corte Costituzionale, è un diritto condizionato dalle risorse materiali e personali disponibili.²³⁶

Si è tentato allora di utilizzare la categoria della causa degli atti giuridici, quale strumento di portata generale e capace di evidenziare il collegamento

235 S. Mazzamuto, Note in tema di responsabilità civile del medico, in Eur. dir. priv., 1999, 501 ss.

236 La prima pronuncia a definire il diritto alla salute quale diritto finanziariamente condizionato è stata Corte Costituzionale n. 455 del 1990, in Giur. Cost., 1990, c. 2732. Tra le altre si veda Corte Costituzionale n. 200/2005 in Consulta online.

Sul diritto alla salute nel contesto costituzionale si vedano: M. Luciani, Diritto alla salute - dir. cost., in Enc. giur., vol. XXVII, Roma, 1991, 8; E. Menichetti, La tutela della salute tra competenze “divise” e interessi “concordati”. Riflessioni sul destino del servizio sanitario nazionale nel nuovo Titolo V della Costituzione, in R. Balduzzi (a cura di), La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution, Milano, 2004, 232 s.; D. Morana, La salute nella Costituzione Italiana. Profili sistematici, Milano, 2002.

funzionale tra i vari atti tutti coordinati per il perseguimento del medesimo scopo, vale a dire il compimento di un trattamento sanitario corretto.²³⁷

Sono note infatti le potenzialità anche soltanto in chiave descrittiva della categoria che in materia di attività sanitaria può evidenziare che la funzione di vari atti (si pensi ai contratti tra struttura e operatori sanitari, tra struttura e fornitori o anche agli atti unilaterali di preposizione di un soggetto per il compimento di una certa attività) e può dunque consentire che l'interpretazione di ogni singolo atto non sia dissociata dallo scopo della complessiva operazione posta in essere.²³⁸

All'esito del presente lavoro si è rilevato che nel quadro normativo e giurisprudenziale, pur essendo riscontrabile da anni la prassi di procedere caso per caso, "dispensando" tutela alla parte "più debole" nella singola controversia, siano rinvenibili segnali importanti di questo mutamento di prospettiva.²³⁹

237 la causa è stata oggetto di un percorso ermeneutico che ha portato ad una considerazione della categoria non più in senso astratto ma in senso concreto, quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalle parti (in tal senso, tra gli altri, C.M. Bianca, *Il contratto*, Diritto civile, III, Milano, 2000, 458; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milano 1966), in particolare 67 s.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in Riv. dir. comm., 1971, II, 81 s.; ID. *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, Riv. dir. comm., 1979, I, 52 s.; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, in Riv. dir. comm., 1986, I, 127 s.; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1991; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di G.B. Ferri e C. Angelici, Torino, 1997, 100 s.; ID., *Il negozio giuridico*, Padova 2001).

238 Per le potenzialità in chiave descrittiva - interpretativa della causa del contratto si vedano gli Autori citati alla nota precedente.

239 Un'analisi lucida dell' "iper-protagonismo" giurisprudenziale in materia è rinvenibile in M. Rossetti, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, Quaderni del massimario, 2011, disponibile sul sito web della Cassazione http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/QUADERNO_N.2_11_11.pdf

Il primo segnale riguarda il processo che ha portato alla distinzione netta tra la posizione della struttura sanitaria e dell'operatore.²⁴⁰

La prima conclude un contratto con il paziente o, anche aderendo alla ricostruzione per la quale sarebbe obbligata *ex lege*²⁴¹, è tenuta nei confronti del paziente ad una serie di prestazioni organizzative dalle quali dipende in definitiva il singolo trattamento sanitario.²⁴²

L'operatore sanitario e dunque anche il medico che effettua il trattamento non è altro che uno degli elementi che concorrono alla soddisfazione dell'interesse del paziente. Pertanto la posizione dell'operatore non può essere appaiata a quella della struttura.

Tale processo di maturazione e autonomizzazione della responsabilità della struttura rispetto a quella del singolo paziente non è stata ancora assorbita dalla giurisprudenza di legittimità, come si desume dalla *interpretatio abrogans* effettuata rispetto all'art. 3 della riforma Balduzzi.

A tal proposito la disposizione di cui all'art. 3, comma I, della Legge "Balduzzi" stabilisce che:

"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla

240 Per il processo di autonomizzazione della responsabilità della struttura rispetto a quella dell'operatore si vedano R. De Matteis, La responsabilità civile in ambito sanitario, in Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, in particolare 134 s.; ID., La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, Padova, 1995; ID., Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni, Padova, 2007

241 Per la ricostruzione della posizione della struttura quale soggetto obbligato *ex lege* si rinvia a V. Carbone, La legge Balduzzi: le responsabilità del medico e della struttura pubblica, Diritto e giurisprudenza, 2013, Roma, 5,

242 SI veda la nota 217.

comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

Il primo capoverso della disposizione si riferisce al diritto penale e decriminalizza i comportamenti del medico connotati da colpa lieve oltre che conformi alle linee guida accreditate dalla comunità scientifica.²⁴³

Nella ordinanza 17 aprile 2014 n. 8940, la sesta sezione della Corte di Cassazione sostiene che il riferimento operato dal legislatore del 2012 all’*“obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile”* *“vuole soltanto significare che il legislatore si e’ soltanto preoccupato di escludere l’irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilita’ extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilita’ medica necessariamente come responsabilita’ di quella natura”*.

Tale pronuncia si inserisce nell’indirizzo interpretativo per il quale l’art. 3 della legge 08 novembre 2012 n. 189 non ha alcuna forza innovativa circa i profili civilistici della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria.

Secondo tale orientamento, il riferimento all’art. 2043 c.c. ha la funzione di richiamare genericamente l’obbligo di risarcire il danno a prescindere però dalla fonte della obbligazione risarcitoria che può essere costituita da un contratto o da un contatto sociale.²⁴⁴

In contrapposizione a tale interpretazione, una parte della giurisprudenza di merito ha attribuito un significato pregnante al richiamo all’art. 2043 c.c.

243 Sulla rilevanza penale della disposizione si veda la interessante relazione del Presidente della quarta sezione civile della Corte di Cassazione, Pietro A. Sirena, disponibile su <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63007>.

244 Si rinvia alla pronunce già menzionate alla nota n. 6.

riconducendo la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria nell'alveo della disciplina del fatto illecito.²⁴⁵

Deve in particolare segnalarsi, per l'autorevolezza del giudicante, specie in materia di responsabilità civile, la recente pronuncia del Tribunale di Milano, secondo cui la disposizione di cui all'art. 3, comma I, della legge Balduzzi avrebbe il seguente significato: al primo periodo, - *“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”*- di sottrarre il medico alla responsabilità penale in caso di condotta sorretta da colpa lieve e rientrante nell'ambito segnato dalle pratiche virtuose; al secondo periodo - *“In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”*-, di specificare che l'esenzione non ha alcuna influenza ai fini civilistici, ove rileva la responsabilità extracontrattuale del medico.

Il canone interpretativo seguito dai giudici milanesi è quello per cui, nel dubbio sul significato di una disposizione, occorre percorrere tutte le strade volte ad attribuire alla stessa un significato anziché optare per una interpretazione abrogante della stessa.

245 In tal senso, si veda, oltre alla pronuncia del Tribunale di Varese del 26 novembre 2012, nella quale, pur riconducendosi la responsabilità del medico a quella da fatto illecito, non si fa applicazione della relativa disciplina nel caso di specie - in cui viene ravvisata la conclusione di un contratto tra medico e paziente-, la decisione del Tribunale di Torino del 26 febbraio 2013, che rigetta la domanda di risarcimento proposta dal paziente per non aver fornito la prova della colpa del medico, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Questa pronuncia, che è la prima in cui si fa applicazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale, è disponibile su *Danno e resp.*, 2013, 373. Per tale lettura si veda in dottrina G. Ianni, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto ed il cd danno da nascita indesiderata. La cd. riforma Balduzzi*, in www.ilcaso.it.

Sennonchè, come si è visto, la giurisprudenza di legittimità è rimasta "affezionata" alla propria creatura.

Invece, il legislatore ha recentemente predisposto una disciplina, per ora approvata alla Camera e in discussione al Senato, ove si distinguono le posizioni della struttura e dell'operatore e si assiste finanche ad una estensione della responsabilità della struttura rispetto a quella del paziente.

In tal senso depone l'art. 7 della riforma Gelli, rubricato *Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria*, per il quale:

"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".

Vi è un allargamento della responsabilità della struttura come emerge dal fatto che viene specificato che la responsabilità della medesima struttura è di natura contrattuale anche con riferimento alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

Inoltre, si specifica che la struttura sanitaria risponde anche ai sensi dell'art. 1228 c.c. e dunque per l'operato degli ausiliari di cui si serve per l'adempimento della prestazione sanitaria.

Dal momento che accanto alla responsabilità della struttura viene concepita quella dell'operatore ciò significa che il legislatore non ha accolto quell'indirizzo per il quale in caso di applicazione della disposizione di cui all'art. 1228 c.c. l'ausiliario è in realtà schermato nei confronti del creditore (del preponente) e non può pertanto essere chiamato a rispondere a titolo né contrattuale che extracontrattuale.²⁴⁶

A tal proposito non deve sorprendere che proprio l'Autore al quale si deve l'introduzione del contatto sociale nel nostro ordinamento ha sostenuto che se la ratio della responsabilità del dominus è il rischio, la responsabilità dovrebbe ricadere esclusivamente su quest'ultimo, "*perchè ogni responsabilità concorrente contraddice la ratio*".²⁴⁷

Si è visto altresì che, con l'approvazione della riforma Gelli, verrebbe superata la figura del contatto sociale dal momento che l'ultimo comma dell'art. 7 appena riportato richiama l'art. 2043 c.c.

A tal proposito si è rilevata una apparente incongruenza tra rubrica della disposizione e contenuto della medesima perchè se quest'ultimo fa riferimento senza dubbio alcuno alla responsabilità per fatto illecito dell'operatore, la prima è intitolata all'"inadempimento di una obbligazione".

Ciò si spiega in virtù di un particolare inquadramento giuridico della fattispecie da parte dei *conditores*: si legge infatti nella relazione al Ministro della Salute sull'attività svolta dalla commissione consultiva incaricata di elaborare un progetto di legge che "Salvo il caso di contratto terapeutico concluso tra l' esercente e il paziente, dal quale sorge un rapporto di natura contrattuale, il rapporto normalmente istituito è sì fondato su un *contatto sociale*, come avviene tutte le volte in cui il danneggiante viene appunto a contatto con il

246 Sulla questione si rinvia a A. Lepre, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano, 2011, passim.

247 C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 158, 159.

danneggiato quando cagiona un illecito, civile o penale che sia, ma non per questo assume natura contrattuale; dall'illecito emerge un rapporto obbligatorio che ha natura extracontrattuale. Poiché, come sinteticamente si preciserà più oltre, il modello italiano per contro aveva finito per attrarre ogni rapporto in ambito contrattuale, il legislatore aveva ritenuto di intervenire.".²⁴⁸

In ogni caso, il tenore letterale della disposizione e i lavori preparatori sono chiari nel ricondurre la responsabilità dell'operatore dipendente dalla struttura all'art. 2043 c.c.

Ciò solleva un interrogativo sulla stessa sopravvivenza della figura del contatto sociale: infatti, quest'ultimo è stato creato per ricondurre nell'alveo dell'art. 1218 c.c. la responsabilità dell'operatore sanitario ma come si è visto è stato esteso dalla giurisprudenza alle situazioni più disparate. Occorrerà pertanto valutare se tale figura potrà continuare ad operare sia pure privata della fattispecie iniziale e più nota.

Si è anche osservato che la riforma presenta un deficit di coordinamento con la riforma Balduzzi dal momento che l'ultimo capoverso dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012 prevede che *"Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*, vale a dire della condotta connotata dal rispetto delle linee guida accreditate dalla comunità scientifica.²⁴⁹

248 La relazione è allegata al presente lavoro.

249 Nel senso della necessità di specificare se l'inciso continua ad applicarsi si veda anche la nota breve del Servizio Studi del Senato <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00964737.pdf>

Dunque, la riforma in corso potrebbe specificare se tale disposizione della riforma Balduzzi continua ad applicarsi o meno e dunque se il giudice possa o meno diminuire il risarcimento del danno in base al grado di colpa.²⁵⁰

Si è anche rilevato che il grande assente della riforma in corso è il tema del consenso informato. La ragione è tutta di opportunità politica dal momento che i forti conflitti di interesse sottesi a tale tematica avrebbero pregiudicato l'approvazione della riforma.²⁵¹

Si è visto che nella materia della responsabilità sanitaria l'obbligazione di informare il paziente e acquisire il consenso appunto informato ha assunto una propria specificità e pone rilevanti questioni sul fondamento di tale obbligo. La riconduzione di tale situazione giuridica al diritto alla dignità personale di cui all'art. 13 della Costituzione comporta che si ha una lesione di tale situazione anche se il trattamento sanitario si rende necessario per tutelare la salute del paziente.²⁵²

Si è anche osservato come ciò non possa dare luogo ad un risarcimento di un danno in mancanza della prova di quest'ultimo e dunque il paziente è tenuto a dimostrare che in caso di consenso informato pur essendo stato il trattamento sanitario correttamente eseguito avrebbe evitato il trattamento, in ipotesi anche

250 In realtà, tale disposizione sia pure di notevole importanza dal momento che trasformerebbe il risarcimento del danno in una sorta di indennità è passata sotto traccia in giurisprudenza e anche in dottrina.

Sul rapporto tra colpa e determinazione dei danni risarcibili si veda C. Salvi, voce Risarcimento, Enc. dir. XL, Milano, 1989, 1087 s.

251 Tale ragione è stata palesata dal Relatore della riforma nel corso del convegno "Medico e paziente: un'alleanza possibile?" tenutosi l'11 febbraio 2016 presso la Sala dell'Ordine dei medici di Roma e in cui si è affrontata la riforma in corso in molti degli aspetti problematici che si riferiranno in seguito.

252 . G. Ferrando, Informazione e consenso in sanità, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014, 409 s.

contro l'interesse alla propria salute²⁵³, o avrebbe optato per un trattamento alternativo.²⁵⁴

Ciò in quanto si afferma che ai fini del risarcimento non è sufficiente il danno evento vale a dire la lesione del diritto ma occorre anche il danno conseguenza vale a dire le conseguenze patrimoniali o meno prodotte dalla lesione nella sfera giuridica del soggetto.²⁵⁵

Dunque, anche la giurisprudenza non è insensibile alle problematiche sottese alla responsabilità sanitaria e non manca in alcune occasioni di cogliere che in gioco non è l'interesse del singolo paziente ma anche della collettività degli utenti così come dei contribuenti, oltre chiaramente a quello dei liberi professionisti a poter svolgere la propria professione senza eccessive rigidità.

Tale presa di consapevolezza si serve dal punto di vista giuridico del principio di cui alla seconda parte dell'art. 2 della Costituzione, sul dovere di solidarietà economica, politica e sociale.

La storica sentenza a Sezioni Unite del 2008 sul risarcimento del danno non patrimoniale ha infatti stabilito che "il diritto deve essere inciso oltre una soglia minima cagionando un pregiudizio serio" e "la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza". In particolare, "il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è

253 Il caso ricorrente è quello del rifiuto di emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova.

Si veda G. Facci, *Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 9, 2007, 1885 s.

254 Cass. 9 febbraio 2010 in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 174.

255 Ferrando, *Informazione e consenso cit.* 422.

dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile".

Viene inoltre esaltato il ruolo del giudice quale interprete della coscienza sociale in un certo momento storico dal momento che secondo la Corte "entrambi i requisiti devono essere accertati secondo la coscienza sociale in un certo momento storico".²⁵⁶

La tendenza - anche - della giurisprudenza a tenere conto delle esigenze di sistema si desume anche dalla recente pronuncia n. 25767 del dicembre 2015, Estensore Renato Bernabai, con la quale le S.U. intervengono sulla delicata questione della responsabilità sanitaria per nascita c.d. "indesiderata" e "malformata".²⁵⁷

Due le questioni trattate:

- 1) qualora la madre non venga informata dal medico sulla malformazione del nascituro (o sulla possibilità di eseguire un esame per accertare l'eventuale handicap del nascituro) come deve provare che, in caso di corretta informazione, avrebbe abortito?
- 2) il nato con handicap può chiedere il risarcimento dei danni al medico che non ha informato la madre?

Sulla prima questione, la Corte ritiene che la madre debba provare che avrebbe abortito in caso di informazione sulle condizioni del nascituro. In pratica, il

²⁵⁶ Si veda la relazione di C. Scognamiglio, Il danno non patrimoniale al tempo della complessità tenuta il 28 aprile 2010 e disponibile al link http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20100428_RelazioneScognamiglio.pdf

²⁵⁷ Cass. S.U. 22 dicembre 2015 n. 25767 con nota di F. Piraino, "Nomina sunt consequentia rerum" anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni Unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in Dir. civ. cont., 6 gennaio 2016.

solo fatto della nascita con handicap non è ritenuto dalla Corte idoneo a provare che la madre avrebbe abortito.

A ritenere altrimenti, infatti, - vale a dire a ritenere che in caso di informazione sulla condizione handicappata del nascituro - la madre avrebbe certamente abortito si darebbe luogo ad una presunzione di rifiuto di un figlio con handicap.

Sennonchè dai principi costituzionali non risulta che una vita con handicap valga di meno di una senza handicap.

Con riguardo alla seconda questione non si fa riferimento ai casi in cui a seguito di un errore del medico, il nascituro sia nato con handicap. Si fa invece riferimento ai casi in cui a seguito della mancata informazione da parte del medico la madre non ha abortito.

In questi casi non si potrebbe ritenere esistente un nesso causale tra nascita c.d. malformata e condotta omissiva del medico, altrimenti si arriverebbe al seguente paradosso: il nascituro avrebbe diritto ai danni nei confronti del medico per la nascita malformata... ma se il medico avesse informato la madre correttamente... il nascituro non sarebbe nato.

Allora, anche in questo caso la Corte decide correttamente: non esiste un diritto a non nascere se non sani... e allora il nascituro con handicap non ha diritto ad alcun risarcimento nei confronti del medico, il cui errore è stato causa della nascita.

La portata della pronuncia si comprende a pieno se si confronta con la precedente giurisprudenza sulla questione, per la quale è risarcibile il danno da nascita malformata lamentato iure proprio dal neonato, allorché l'errore colpevole del medico non abbia evitato, od abbia concorso a non evitare, l'evento, diritto fondato sugli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. e che consiste *"nell'essere nato non sano, rappresentato dall'interesse ad alleviare la propria*

*condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità".*²⁵⁸

Per superare la critica dell'assenza di nesso causale tra omessa informazione del medico e nascita malformata, la pronuncia del 2012 ha sostenuto che in realtà non si risarcisce la malformazione in sé considerata, in senso naturalistico, bensì "lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata".²⁵⁹

Il superamento di tale ricostruzione, che in verità sembra scontrarsi con i principi basilari in materia di nesso causale, ad opera della pronuncia a Sezioni Unite richiamata rappresenta allora una presa di consapevolezza da parte della giurisprudenza della pluralità di interessi in gioco in materia di responsabilità sanitaria.

Anche in materia assicurativa le problematiche connesse alla malpractice sanitaria restano aperte: la riforma interviene stabilendo l'obbligo di assicurazione per operatori e strutture (art. 10 della riforma).

Sennonchè, per le strutture prevede la possibilità di optare per forme alternative all'assicurazione e dunque legittima la prassi dell'autoassicurazione: quest'ultima costituisce però un ossimoro, dal momento che se l'assicurazione

258 Cass., 2.10.2012, n. 16754, in *Giur. it.*, 2013, 4, n. 16754, con nota di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il «danno da procreazione» si propaga al procreato?* e *ivi*, 2013, 4, 2013, 796, con nota di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in *I contratti*, 2013, 6, 563 ss., con nota di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, 198 ss., con nota di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*

259 *Ibidem*.

consiste nel trasferimento del rischio da un soggetto all'altro, in caso di autoassicurazione il rischio che un determinato evento si verifichi resta a carico del soggetto che potrebbe subirne i pregiudizi.

Le problematiche in materia di assicurazione sono in un certo senso rinviate dal legislatore dal momento che la disciplina delega ai successivi decreti attuativi il compito di stabilire condizioni e modalità delle polizze (art. 10 ult. comma).

L'analoga scelta effettuata dal decreto Balduzzi ha però comportato la disapplicazione dell'obbligo di assicurazione a carico degli operatori sanitari dal momento che il decreto attuativo non è mai stato emanato.

Senza la disciplina attuativa è destinata a rimanere lettera morta anche la previsione dell'azione diretta del paziente danneggiato nei confronti dell'assicurazione della struttura o dell'operatore (art. 12), innovazione criticata da molti commentatori perché darebbe luogo ad un aumento del contenzioso in materia.²⁶⁰

Più in generale, il mercato assicurativo italiano in materia di malpractice sanitaria segnala una assenza di concorrenza tra differenti operatori e un arretramento di alcune compagnie: il problema incontrato dagli attori riguarda l'incertezza del diritto che tanto pesa sulla attività assicurativa.

Infatti, come noto, la causa del contratto di assicurazione sta nel trasferimento del rischio dalla sfera giuridica del soggetto esposto ad un potenziale pregiudizio a quella di un altro soggetto - assicuratore - in grado di sopportarlo, dietro il pagamento di un premio.

Dal canto suo, l'assicuratore, per concludere il contratto e calcolare il premio, deve poter essere in grado di calcolare la frequenza dei rischi e la possibilità che questi possano verificarsi: il rischio viene poi distribuito dal momento che ne vengono assicurati una pluralità.

²⁶⁰ Il rilievo critico sta in ciò che, essendo l'assicurazione più propensa a transigere, i pazienti potrebbero essere maggiormente invogliati ad intentare una causa.

L'incertezza normativa e giurisprudenziale regnante in materia, con la continua possibilità di un mutamento di rotta da parte dei giudici, ha fatto allora sì che sia di difficile calcolabilità il premio e dunque ha comportato un allontanamento di molti operatori dal settore.

L'approccio corretto alla materia sembra allora quello "inclusivo", come tale aperto alla pluralità di interessi in gioco, delle strutture sanitarie, delle compagnie assicurative, degli operatori, dei pazienti e dei contribuenti: tali interessi, come si è visto, sovrastano quello del paziente della singola controversia e dalla combinazione degli stessi dipende la tenuta del sistema.

In definitiva occorrerà valutare, in caso di definitiva approvazione della riforma in atto, quali saranno gli effetti sulla giurisprudenza consolidata, quali saranno le reazioni degli operatori e degli utenti e se alcune disposizioni ora fortemente discusse possano soddisfare le esigenze di sistema di cui si è detto.²⁶¹

261 In particolare, risultano particolarmente criticate, oltre alla disposizione relativa al superamento del contatto sociale, sul rilievo che sarebbe pregiudicato il paziente della singola controversia (art. 7 della riforma) quella relativa all'azione diretta del paziente nei confronti della compagnia assicurativa di cui all'art. 12 comma I che attribuisce al soggetto danneggiato il diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa all'azienda, struttura o ente ovvero all'esercente la professione sanitaria.

Infine, come si è visto ampiamente, risulta criticata dalla classe medica la limitazione della decriminalizzazione di cui all'art. 6 ai soli casi di colpa lieve per imperizia e non anche a quelli connotati da colpa lieve per negligenza o imprudenza.

**7 RELAZIONE AL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA SULLE
PROBLEMATICHE IN MATERIA DI MEDICINA DIFENSIVA E DI
RESPONSABILITA' PROFESSIONALE DEGLI ESERCENTI LE
PROFESSIONI SANITARIE²⁶²**

²⁶² Si ringrazia il Prof. Alpa per il consenso alla pubblicazione della relazione.

**COMMISSIONE CONSULTIVA PER LE PROBLEMATICHE IN
MATERIA DI MEDICINA DIFENSIVA E DI RESPONSABILITA'
PROFESSIONALE DEGLI ESERCENTI LE PROFESSIONI SANITARI**

Gentile Ministro,

nel rinnovarLe il ringraziamento per l'onore e la fiducia che Ella ha voluto accordarmi affidandomi il coordinamento della Commissione consultiva istituita con Suo decreto del 26 marzo scorso con il compito di fornire al Ministero della Salute idoneo supporto per l'approfondimento delle problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie - ringraziamento a cui si uniscono tutti i Componenti della commissione - sono a riferirLe lo stato dei lavori e a presentarLe i primi risultati della discussione e degli approfondimenti maturati nel corso delle riunioni effettuate in sede plenaria e da parte dei singoli sottogruppi in cui la Commissione si è articolata. Unisco anche un testo – incompleto, come precisato – di alcune regole sulle quali si è raggiunto un accordo di massima, e la prospettazione di alcune alternative, che, tecnicamente appaiono tutte parimenti praticabili, ma la cui scelta è di stretta natura politica, e perciò rimessa al Suo alto apprezzamento.

Lo stato dei lavori è anche documentato dai verbali che sono stati puntualmente redatti dai Suoi Collaboratori, che hanno seguito con molto impegno la discussione, e dai materiali via via apportati dai Componenti della Commissione. Ovviamente, si è tenuto conto, per quanto possibile, della ormai immensa letteratura giuridica, medico-legale ed economico-aziendalistica in materia che si è raccolta sui temi oggetto di analisi e si è tenuto conto anche delle diverse proposte di legge pendenti alla Camera dei Deputati. La Commissione è anche disponibile a illustrare i suoi risultati alle Commissioni competenti ove Ella lo ritenesse opportuno.

Come precisato, la Commissione si è preoccupata soprattutto della redazione di un testo normativo, ben consapevole degli effetti economici e sociali cagionati dalla c.d. medicina difensiva, nonché della gestione dei rischi, della copertura assicurativa dei rischi, e pure della risoluzione mediante conciliazione-mediazione delle liti insorte a seguito di danni causati da o imputati agli esercenti le professioni sanitarie. Le finalità delle disposizioni che si sottopongono alla Sua cortese attenzione sono perciò plurime: non solo chiarire le formule con cui si è provveduto, con il d.l. n. 158/2012 conv. in l. n. 189/2012, a modificare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, e rimuovere l'incertezza interpretativa, ma anche assicurare ai cittadini una più efficiente assistenza in campo medico, negli accertamenti per la individuazione delle terapie e negli interventi clinici, e nella fase del risarcimento del danno eventualmente cagionato dall'attività svolta da tali soggetti, limitando, per quanto possibile, il ricorso al giudice ordinario e quindi, in prospettiva, riducendo il carico di lavoro attualmente gravante sui tribunali a causa della c.d. *medical malpractice*. Tema sul quale si è addentrata la Relazione conclusiva della Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, come approvata il 22 gennaio 2013.

Il fenomeno della medicina difensiva è dilagato in tutti i Paesi europei, richiedendo misure di contenimento da parte delle Autorità; il fenomeno della *malpractice* sembra invece essersi più ridotto, globalmente considerata la situazione, rispetto agli ultimi decenni del secolo scorso. Almeno, questa è la conclusione a cui sono pervenuti i ricercatori del European Center of Tort and Insurance Law di Vienna ad esito di una approfondita ricerca svolta in ambito europeo (*Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, a cura di B.Koch, De Gruyter, Berlino-Boston, 2011) .

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

Ai fini della reazione dell'ordinamento in caso di danni al paziente si giustifica dunque un diverso trattamento dell'una e dell'altro. Non solo. Salvo il caso di contratto terapeutico concluso tra l'esercente e il paziente, dal quale sorge un rapporto di natura contrattuale, il rapporto normalmente istituito è sì fondato su un *contatto sociale*, come avviene tutte le volte in cui il danneggiante viene appunto a contatto con il danneggiato quando cagiona un illecito, civile o penale che sia, ma non per questo assume natura contrattuale; dall'illecito emerge un rapporto obbligatorio che ha natura extracontrattuale. Poiché, come sinteticamente si preciserà più oltre, il modello italiano per contro aveva finito per attrarre ogni rapporto in ambito contrattuale, il legislatore aveva ritenuto di intervenire.

Di qui l'opportunità di una correzione di rotta, che le modifiche apportate dalla l.n. 189/2012 avrebbe voluto apportare. A completare quel disegno e ad allineare il modello italiano a quello della gran parte dei Paesi dell' Unione si sono dedicati i lavori della Commissione.

1. Le regole normative alla base dei lavori della Commissione.

La Commissione si è preoccupata, primieramente, della ridefinizione dei confini della responsabilità civile e della responsabilità penale, avendo quale punto di riferimento l'art. 3 della l.cit. ai sensi del quale <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>.

Appare evidente che la menzione dell'art. 2043 del cod.civ. allude alla natura della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, e tuttavia gran parte della dottrina ha cercato, con argomenti poco persuasivi, di riconciliare il nuovo testo con l'orientamento uniformemente sviluppatosi alla fine del secolo scorso, volto ad imputare all'esercente (in realtà, al medico) una responsabilità di tipo contrattuale fondata o sul contatto sociale o sull'obbligo di protezione del terzo, o sulla responsabilità per violazione di una obbligazione senza prestazione: tutte costruzioni che avevano lo scopo di invertire l'onere della prova, presumere la colpa dell'esercente la professione sanitaria, e ribaltare su di questo il rischio della causa ignota.

La giurisprudenza ha reagito in modo variegato: accanto a pronunce che, correttamente interpretando il testo, hanno preso atto dell'intervenuta svolta impressa dal legislatore, verso l'approdo alla responsabilità extracontrattuale (ad es., Trib.Varese,26.11.2012, in Danno e resp., 2013, p. 376), altre che hanno per contro ritenuto o che la precisazione dell'art. 2043

cod.civ. riguardava solo la connessione della responsabilità civile con la responsabilità penale senza peraltro prendere posizione sulla natura della responsabilità (Trib.Cremona, 19.9.2013, in Altalex.it), altre che hanno ragionato sulla responsabilità civile per colpa lieve (Trib.Firenze, 12.2.2014, in Liderlab), altre che più acutamente hanno distinto tra la responsabilità della struttura e la responsabilità del medico dipendente (Trib.Enna, 18.5.2013,n. 252, in Danno e resp., 2014,p. 74).

La Corte di Cassazione, con sentenza del 19.2.2013 n. 4030 (in Danno e resp., 2013, p. 367) ha per parte sua precisato che, a seguito della nuova legge, nulla era innovato.

Il testo legislativo è stato anche sospettato di illegittimità costituzionale, non sotto i profili della responsabilità civile, ma sotto i profili della responsabilità penale. Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 21 .3. 2013, ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale diverse questioni. Da un lato ha sottolineato che l'esclusione della responsabilità per colpa lieve delinea "un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi", violandosi così gli articoli 3, 24, 25, 27,28, 32, 33, 111 della Costituzione. Dall'altro lato, ha sottolineato che il rinvio alle linee guida appare fallace, in quanto "non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici [...]". Si amplierebbe poi la discrezionalità del giudice in un ambito nel quale invece si postula "la necessità di tassativi, determinati, precisi parametri normativi, primari o sub primari, idonei a delimitare il *discrimen* della punibilità". Il Tribunale ha poi imputato al legislatore di aver aperto un'area di non punibilità "ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi [...] altrettanto ingiustificatamente avvilente e

penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica [...], automaticamente bloccando l'evoluzione del pensiero scientifico e la sperimentazione clinica. La conseguenza di tale irragionevole e quindi iniquo trattamento è il risultato deprimente per la libertà del sapere e lo sviluppo scientifico". Ed ancora il Tribunale ha segnalato che "l'esonero dalla responsabilità penale, comunque qualificato, non riguarda soltanto i reati contro la persona ma qualsiasi reato colposo allargando il raggio di non punibilità fino a comprendere qualsiasi fatto commesso con colpa lieve di qualsiasi operatore sanitario. Secondo il remittente "siffatta dilatazione è aberrante, incongrua e ingiustificata rispetto alla ratio, delineando in modo quasi illimitato la non punibilità di una serie tanto vasta di ipotesi da non trovare una ragionevole spiegazione dell'esenzione di pena (comunque qualificata) nell'osservanza delle linee guida o delle buone prassi". Si sono messi in evidenza poi altri profili di minor conto.

Con ordinanza del 6.12.2013 n. 295 la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 senza alcuna motivazione. Il che sta a significare che la scelta effettuata dal legislatore è stata considerata conforme alla Costituzione.

La dottrina ha espresso sul testo legislativo le opinioni più disparate.

Occorre però rilevare che, a fronte della posizione della maggioranza, tendente ad avallare la *fiction* a cui aveva fatto ricorso la giurisprudenza creando un rapporto contrattuale tra medico e paziente anche là dove tale rapporto non sussiste – sempre per ragioni di tutela processuale del paziente – una ragguardevole schiera di studiosi ha criticato l'utilizzazione impropria della figura del sozial Kontakt, del faktische Vertragsverhaeltnisse, spiegando come essa sia sorta all' inizio degli anni Quaranta in un ambiente giuridico tedesco alterato dalla manomissione delle fonti e per la tutela di interessi

diversi da quelli alla cui protezione vorrebbe essere votato questo indirizzo interpretativo. Al di là degli errori di natura storica e comparatistica, e al di là delle difficoltà dei “trapianti giuridici” (di cui parlava, con convinzione ma con necessaria circospezione Alan Watson, *Il trapianto di “norme giuridiche”*: un approccio al diritto comparato, Napoli, 1984) la configurazione del rapporto come “contatto sociale” non implica di per sé l’applicazione di regole di natura contrattuale (Zaccaria, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts*. La resistibile ascesa del contatto sociale, in *Riv.dir.civ.*, 2013,p. 77 ss.).

Altri Autori, in modo più ponderato, hanno distinto tra:

- (i) responsabilità penale, che reagisce all’intervento medico , o meglio alla prestazione medica dell’esercente , con una sanzione che può essere graduata dal legislatore, tenendo conto dell’interesse sociale al funzionamento del sistema sanitario e alla prevenzione della medicina difensiva;
- (ii) responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che, come sopra si è precisato, può essere considerata fondata sull’art.1218 cod.civ. , con obbligo di dare prova della causa esterna, per l’esonero da responsabilità, sia direttamente sulla responsabilità oggettiva nei confronti del paziente; in ogni caso la struttura sanitaria – sia essa pubblica, privata o convenzionata – risponde del danno subito ex art. 1228 per il fatto degli ausiliari (sanitari dipendenti della o cooperanti con la struttura medesima);
- (iii) responsabilità extracontrattuale dell’esercente la professione sanitaria, nel caso di dipendente di struttura pubblica o di struttura privata convenzionata; si propone da qualcuno anche di estendere l’area della responsabilità da illecito a tutti i rapporti, compresi quelli in cui si è istituito un nesso diretto tra professionista e cliente .

Per una rassegna e per la discussione di queste opinioni, nell’amplissima messe di contributi, v. il Trattato di bio-diritto, a cura di Rodotà e Zatti, Padova,2010; AA.VV. La responsabilità nei servizi sanitari, in Trattato diretto da Franzoni,

Bologna, 2011; De Matteis, La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, Padova, 1995 e Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni, Padova, 2007.

2. I problemi posti dalla interpretazione della l. n.189/2012. La responsabilità civile extracontrattuale dell'esercente la professione sanitaria e la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria

La Commissione, ad evitare il riproporsi di una problematica derivante innanzitutto da equivoci di natura interpretativa ingenerati dall'inciso del secondo periodo dell'art.3 della l. cit., ma volendo anche definire univocamente e conclusivamente le problematiche inerenti la natura e ambito della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, ritiene che il testo dell'art.3 della l.cit possa essere migliorato statuendo che l'esercente dipendente o convenzionato risponde in sede civile esclusivamente ai sensi e per gli effetti dell'art. 2043 cod.civ., mentre la struttura sanitaria risponde sempre in sede civile per effetto del rapporto contrattuale con il paziente ex art. 1218 e 1228 codi civ. Si richiamano a questo proposito gli argomenti espressi nel paragrafo precedente sub (iii).

Per quanto riguarda la questione delle linee guida e delle buone pratiche, alcuni Componenti hanno ritenuto che sia opportuno richiamarle entrambe, come parametri di valutazione del comportamento del danneggiante, anche se le linee guida e le buone pratiche sono variegatae, accreditate da diverse istituzioni, nazionali e straniere, e ancorate a testi sempre in via di aggiornamento; altri invece, ritenendo questo rinvio troppo labile ed incerto per poter costituire un punto di riferimento affidabile, hanno proposto formulazioni diverse.

Dopo ampia e approfondita discussione, in sede di sottocommissione e in sede plenaria, la Commissione si è orientata per conservare il riferimento alle “linee guida e buone pratiche”, già presente nell’art. 3 della l. cit.. E’ rimasta aperta la questione relativa all’accreditamento delle linee guida in quanto alcuni componenti della Commissione vorrebbero avvenisse ad opera del Ministero della salute, altri, invece, non ritengono tale proposta percorribile in considerazione dell’aggiornamento continuo delle linee guida per effetto dell’evoluzione della scienza e della tecnologia.

3. La responsabilità penale

Tutti i Componenti della Commissione hanno ritenuto che l’esonero da colpa penale lieve non sia dirimente, e non sia sufficiente a prevenire il dilagare della medicina difensiva. Pertanto, dopo ampia e meditata discussione, in tutte le sedi, si è convenuto che il professionista che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche debba rispondere penalmente nel solo caso di dolo o colpa grave.

In questo senso si è evitato di introdurre la scriminante collegata alla definizione di “atto medico”, perché trattata figura dagli incerti confini, che delinea un atto di volontà – peraltro equivocato dalla giurisprudenza che ne fa una lettura amministrativa e documentale – e inutile, in quanto, con i limiti stabiliti dal dolo e dalla colpa grave, collegati all’esercizio della professione sanitaria, non occorre più introdurre nella fattispecie penale un ulteriore requisito .

E’ in corso un ulteriore approfondimento in ordine alla possibilità di definire la colpa grave, dal momento che la giurisprudenza in materia è sufficientemente dettagliata, sia con riguardo alle regole di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga

particolari difficoltà, sia quando si versi in situazione di emergenza, di fronte a casi non difficili e fronteggiabili con interventi conformi agli standard (tra le tante v. Cass. 22.11.2011, n. 4391 imputato P.C.), sia quando il paziente versi in una situazione peculiare (tra le tante v. Cass.15.4.2014,n. 22281 imp.Cavallaro). D'altra parte è stato rilevato che proprio la molteplicità delle definizioni cui è giunta la giurisprudenza richiederebbe un intervento normativo chiarificatore.

Attese le peculiarità della professione medica e la situazione in cui versa il sistema sanitario, la Commissione non ritiene che la sanzione penale estesa ai casi meno gravi costituisca una adeguata misura di *deterrence*: anzi, si presti a speculazioni e a distorsioni di comportamenti, volti ad evitare la sanzione piuttosto che non a prestare le cure più appropriate e immediate ai pazienti.

Tutto ciò, ovviamente, non mette in gioco il diritto all'autodeterminazione, alla consapevole attenzione del paziente, al suo "consenso informato".

Questi diritti fondamentali, che discendono dagli artt. 2 e 32 Cost., non sono incisi dalla restrizione dell'area della sanzione penale. Così come appare ragionevole, tenuto conto dei rischi della professione medica, configurare per essa uno statuto speciale, che può anche divergere da quello delle altre professioni, senza perciò violare l'art.3 Cost. E il fatto che la formulazione dell'art.3 della l. in esame sia stato sindacato in modo così ampio e dettagliato dall'ordinanza dei giudici milanesi sopra cit. e superata dalla correlativa ordinanza della Corte costituzionale conforta i Componenti della Commissione nel suggerire questa modifica.

4. Rischio clinico

Quanto agli aspetti inerenti la gestione del rischio clinico la Commissione ha incentrato la propria attività sulle seguenti linee di attività.

Si è convenuto sull'opportunità di uniformare ed unificare i flussi informativi sulla gestione degli Eventi Sentinella e sui Sinistri, attualmente incardinati il primo presso il Ministero della Salute, Direzione della Programmazione Sanitaria, il secondo presso Agenas, per cui il Gruppo ha espresso l'utilità di unificare i flussi in seno alle aziende sanitarie e ha deciso di effettuare la medesima operazione di riunificazione dei due flussi in seno all'Osservatorio sulla gestione del Rischio Clinico presso il Ministero della Salute, nonché di far confluire presso l'Osservatorio ministeriale anche le informazioni inerenti la Farmacovigilanza, gestite dall'A.I.F.A., e la Dispositivo Vigilanza, gestite dalla Direzione dei Dispositivi Medici del Ministero.

Una delle priorità individuata è un intervento legislativo volto a rendere non utilizzabili a fini disciplinari e giudiziari le risultanze delle metodiche di analisi degli Eventi Sentinella e dei quasi eventi (near miss), lavoro che permette di studiare in maniera precisa l'organizzazione dell'attività assistenziale di una struttura, individuando importanti azioni correttive e migliorative che permettono di attuare misure proattive di gestione del rischio clinico creando delle barriere che concorrono efficacemente alla riduzione degli eventi, perseguendo la tutela della salute pubblica nello spirito dell'art. 32 della Costituzione e aumentando, al contempo, la sicurezza dei pazienti e la serenità e facilità lavorativa dei professionisti. Tali metodologie di analisi trovano un punto fondamentale nella collaborazione dei professionisti che, spesso, si trovano coinvolti nell'evento sentinella che si studia, per cui l'audizione di questi potrebbe, se non adeguatamente garantita da riservatezza, configgere con il proprio diritto di difesa. La Commissione, partendo dalle esperienze di altre Nazioni (Danimarca, Canada ecc) che garantiscono la riservatezza delle metodiche di analisi e di studio (Root Cause analysis, FMEA/FMECA, Audit Clinico ecc), che tanto concorrono all'implementazione della qualità e della sicurezza delle prestazioni

assistenziali, restituendo ai professionisti un adeguato clima di serenità, ha individuato, per rendere non utilizzabili gli atti di analisi predetti, il principio contenuto nell'art. 54bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n 165 recante: "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti". In particolare, le previsioni del 4° comma dispongono che "La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni."

In analogia con questa previsione normativa e per motivazioni analoghe seppure in settori diversi, si ritiene utile predisporre una norma, da condividere con l'Ufficio Legislativo del Dicastero della Giustizia, per poterlo inserire in eventuali DDL.

La Commissione, tramite il Sottogruppo apposito che ha valutato le competenze e l'articolazione dei Consulenti Tecnici di parte e d'Ufficio CTP/CTU, ha, innanzitutto, ravvisato la necessità di prevedere che le consulenze tecniche nell'ambito dei giudizi civili e penali aventi ad oggetto la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, siano affidate ad un collegio peritale all'interno del quale sia assicurata almeno la presenza di un professionista con specifica competenza medico legale e di uno specialista con comprovata esperienza nella branca medica interessata nel giudizio. Si è discusso anche delle competenze professionali che dovranno possedere i professionisti che possono essere inseriti negli albi e dell'effettiva esperienza maturata nei settori oggetto delle perizie (numero interventi/procedure ecc). Si è esaminata anche la necessità di procedere a verifiche periodiche degli albi al fine di garantire l'effettivo mantenimento delle competenze acquisite dai professionisti che dovranno, pertanto, documentare sia l'effettivo prosieguo di attività nel settore così come un adeguato percorso formativo.

Appare ancora problematica l'articolazione dell'albo dei CTU/CTP che potrebbe trovare una sua collocazione sovra circoscrizione dei tribunali ovvero

per aree più vaste (Regionali o sovra regionali), anche a migliore garanzia di assenza di ogni benevola influenza del Consulente rispetto ai professionisti coinvolti (conoscenza personale determinata dal lavorare nelle medesima area ecc).

L'accesso all'albo presuppone anche una valutazione specifica del servizio effettivamente prestato dal professionista.

Si è pensato anche ad un'articolazione dei CTU/CTP diversificata, con competenze specifiche, a seconda della consulenza richiesta per:

- Giudizio Penale
- Responsabilità civile (accertamento danno fisico da sinistro stradale ecc)
- Responsabilità professionale (risarcimento danni da colpa medica)
- Certificazione pubblica (accertamento invalidità civile e similari).

Circa l'attività diretta a definire al meglio i profili del Clinical Risk manager, è emersa la necessità di uniformare tale funzione sul territorio nazionale, superando differenziazioni importanti oggi esistenti da regione a regione. Innanzitutto è apparso necessario che sia un'attività dedicata in maniera specifica e prevalente se non esclusiva. Si è ritenuto opportuno pensare che la funzione sia incardinata in seno alla Direzione Generale della struttura sanitaria al fine di permettere al professionista che espleta la funzione di interagire al meglio con tutti i settori di interesse, Ufficio Qualità- Ufficio Legale- Dipartimento Farmaceutico, i Dipartimenti clinici (emergenza-chirurgia ecc) nonché con il responsabile dell'area tecnica e della sicurezza degli impianti. E' stato evidenziato come un'efficace attività di gestione del rischio clinico, in realtà si estrinseca in previsione, gestione e riduzione dei rischi aziendali. E' in corso di redazione un documento che contiene le proposte di articolazione funzionale dell'attività del Clinical risk manager e del

“core competence” dello stesso. Nell’ambito della formazione, il Prof Ferrara ha avviato contatti con la Commissione dei Presidi delle facoltà di medicina per pianificare al meglio tale attività da avviare al meglio sin dai corsi pre laurea, con specifica attività formativa e di aggiornamento post laurea²⁶³.

5. Assicurazione

Fermo l’obbligo di assicurazione dei rischi professionali da parte degli esercenti le professioni sanitarie, la Commissione ha affrontato altresì i problemi inerenti all’assicurazione obbligatoria delle strutture ospedaliere pubbliche, delle strutture sanitarie private e degli operatori sanitari, all’oggetto della garanzia assicurativa, nonché all’azione di rivalsa, al fondo di garanzia e alla procedura di accertamento tecnico preventivo e di conciliazione.

Le soluzioni proposte presuppongono che l’orientamento del legislatore sia nel senso di riconoscere la natura contrattuale della responsabilità delle strutture ospedaliere pubbliche e delle strutture sanitarie private e la natura extracontrattuale della responsabilità degli operatori sanitari, dipendenti e convenzionati, per gli eventuali danni cagionati al paziente.

263 3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.

4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.

(1) Articolo inserito dall'art. 1, co. 51, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(2) Comma così modificato dall'art. 31, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

A) Assicurazione obbligatoria delle strutture ospedaliere pubbliche, delle strutture sanitarie private e degli operatori sanitari

- Obbligo per ciascuna struttura ospedaliera pubblica del servizio sanitario nazionale e per ciascuna struttura o ente privato di ricovero e cura autorizzato e/o accreditato con il Servizio sanitario nazionale di dotarsi di idonea copertura assicurativa per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO) e per la responsabilità civile verso terzi (RCT), per i danni conseguenti a prestazioni sanitarie cagionati dal personale a qualunque titolo operante, anche provvisoriamente od occasionalmente, presso l'azienda, la struttura o l'ente, ovvero per i danni derivanti da inadempimento ascrivibile alla struttura ospedaliera pubblica del servizio sanitario nazionale o alla struttura o ente privato di ricovero e cura autorizzato e/o accreditato con il servizio sanitario nazionale. Tale soluzione è già prevista dalla legge vigente²⁶⁴.

Al riguardo, le strutture ospedaliere pubbliche o private di ricovero e cura possono, in alternativa alla stipulazione di una polizza assicurativa, accantonare una somma di denaro stabilita per legge per garantire la copertura

²⁶⁴ Al riguardo, cfr. art. 27, comma 1-bis, “disposizioni di semplificazione e razionalizzazione in materia sanitaria”, del decreto legge n. 90 del 24 giugno 2014, convertito, con modificazioni, nella legge 11 agosto 2014, n. 114 recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari” (GU, serie generale, n. 190 del 18 agosto 2014- Suppl. ordinario n.70): “A ciascuna azienda del Servizio sanitario nazionale (SSN), a ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o accreditato con il SSN e a ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi, è fatto obbligo di dotarsi di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d’opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale. Dall’attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.”

dei rischi sanitari. Per le altre tipologie di assistenza, distrettuale e territoriale, il Ministero della Salute potrà stabilire misure alternative graduate sul rischio.

- Al fine di garantire efficacia all'azione di rivalsa, ciascun esercente la professione medica o sanitaria operante a qualunque titolo in presidi ospedalieri pubblici o in strutture o enti privati di ricovero e cura autorizzati e/o accreditati con il Servizio sanitario nazionale, deve provvedere alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'idonea polizza di assicurazione commisurata al proprio rischio. È fatto, altresì, obbligo al personale sanitario che eserciti la propria attività al di fuori di una struttura sanitaria (cioè al medico libero professionista) di dotarsi di una propria copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi (RCT), come è già oggi previsto dalla legge²⁶⁵.

265 Si riporta in proposito l'art. 3, comma 5, lett. e), intitolato "Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche", del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari.", convertito, con modificazione, nella legge n. 148 del 14 settembre 2011 (GU, serie generale, n. 216 del 16 settembre 2011): "A tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale. Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti."

Tale articolo viene richiamato, proprio con riferimento all'obbligo assicurativo, anche dall'art. 1 dello schema di D.P.R. recante la disciplina dei requisiti minimi uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie, in corso di emanazione ai sensi dell'art. 3, comma 2, del decreto Balduzzi, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189.

Inoltre, si riporta l'art. 5, rubricato "Obbligo di assicurazione", del d.p.r. del 7 agosto 2012, n. 137, Regolamento recante "Riforma degli ordinamenti professionali", a norma dell'articolo 3, comma 5, del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n.148/ 2011

- La stipulazione e la vigenza della polizza assicurativa, ovvero l'accantonamento di cui sopra, sono condizione per l'autorizzazione, l'accreditamento e il contratto di enti o strutture private, nonché per il finanziamento dell'attività d'istituto delle strutture pubbliche ospedaliere.

Tale soluzione soddisfa l'esigenza di non frustrare con sanzioni eccessive e sproporzionate l'autonomia professionale della classe medica, la quale, esposta al rischio di pretese risarcitorie, preferisce, allo stato attuale, optare per la c.d. medicina difensiva; inoltre, l'introduzione di un obbligo assicurativo può garantire una più efficace riparazione dei danni.

B) Contenuto della garanzia assicurativa per le strutture ospedaliere pubbliche, le strutture sanitarie private e gli operatori sanitari

- Oggetto della garanzia assicurativa è il risarcimento del danno che è derivato ad un terzo a causa dell'inadempimento ascrivibile ad una struttura ospedaliera pubblica del servizio sanitario nazionale o ad una struttura o ente

(GU n. 189 del 14 agosto 2012): “Il professionista è tenuto a stipulare, anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti, idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, comprese le attività di custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente stesso. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva.

La violazione della disposizione di cui al comma 1 (cioè la mancata stipula della polizza assicurativa da parte del professionista) costituisce illecito disciplinare.

Al fine di consentire la negoziazione delle convenzioni collettive di cui al comma 1, l'obbligo di assicurazione di cui al presente articolo acquista efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto.”

privato di ricovero e cura autorizzato e/o accreditato con il Servizio sanitario nazionale, nel cui ambito è stata effettuata la prestazione, ovvero a causa del comportamento colposo di un operatore sanitario.

La garanzia assicurativa RCO – per responsabilità civile per prestatori d'opera vale per i soggetti che, a qualunque titolo, svolgano attività lavorativa presso le strutture sanitarie e per i quali sia prevista l'iscrizione obbligatoria all'assicurazione dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (INAIL). Sono espressamente inclusi nella medesima garanzia assicurativa i soggetti che, a titolo precario e senza corrispettivo, frequentino, anche occasionalmente, le strutture sanitarie a meri fini di apprendimento.

- Occorre stabilire i requisiti minimi di garanzia, nonché i criteri di determinazione dei massimali minimi di copertura assicurativa e dei corrispondenti premi assicurativi minimi e massimi relativi ai contratti di assicurazione, magari con particolare riguardo alle tipologie delle strutture sanitarie e al tipo di specializzazione del personale medico (es. chirurgo generale, anestesista, ecc.). Ancora, il costo dei sinistri di modesta entità potrebbe essere imputato, interamente o parzialmente, in capo direttamente agli interessati, approntando un sistema di franchigie con importi fissi, magari più bassi rispetto a quelli praticati adesso dal mercato delle assicurazioni, al di sopra delle quali interverrebbe la garanzia assicurativa per responsabilità civile della struttura ospedaliera pubblica, della struttura sanitaria privata o dell'operatore sanitario, fino ai massimali predeterminati.

A tale riguardo, il D.P.R. di attuazione del Decreto Balduzzi – oramai in via di definizione – ha già fissato i requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie. L'art. 3 prevede infatti una disciplina alquanto dettagliata e condivisa

dall'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA) e dalle associazioni dei professionisti sanitari.²⁶⁶

266 L'art. 3 dello schema di D.P.R. in via di attuazione prevede:

“1. Il massimale minimo della copertura assicurativa dei contratti di cui al presente regolamento è fissato in misura non inferiore a € 1.000.000,00 per ciascun sinistro e per ciascun anno, fatta salva la possibilità di reintegrare il massimale secondo le condizioni previste dal contratto.

2. Nei contratti di assicurazione stipulati a decorrere dal termine di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012, n. 137, qualora la garanzia sia riferita alle richieste di risarcimento per fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura assicurativa previsto dal contratto, presentate per la prima volta all'assicurato e denunciate all'assicuratore entro il periodo di efficacia del contratto stesso, la copertura deve prevedere un periodo di retroattività esteso almeno al suddetto termine. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta.

3. Le polizze sottoscritte prima del termine di cui al comma 2, se non conformi ai requisiti minimi di cui al presente articolo, restano in vigore e sono considerate idonee fino alla prima scadenza e comunque non oltre la ricorrenza annuale.

4. Ad ogni scadenza contrattuale deve essere prevista la variazione in aumento o in diminuzione del premio di tariffa in vigore all'atto dell'eventuale nuova stipulazione, in relazione al verificarsi o meno di sinistri nel corso della durata contrattuale. Le variazioni del premio di tariffa devono essere in ogni caso coerenti e proporzionate alla variazione dei parametri adottati per la definizione del premio stesso. Le Assicurazioni possono recedere dal contratto solo in caso di condotta colposa reiterata del professionista accertata con sentenza definitiva che abbia comportato il pagamento di un risarcimento del danno.

5. In caso di richiesta di risarcimento presentate all'Azienda sanitaria, la stessa è tenuta a dare formale comunicazione dell'apertura del sinistro al professionista sanitario interessato.

6. L'esercente la professione sanitaria può stipulare idonea copertura assicurativa professionale anche tramite convenzioni collettive o polizze collettive per il tramite delle rappresentanze istituzionali esponenziali delle professioni sanitarie. Le imprese o gli intermediari che

Si può prevedere che le strutture ospedaliere pubbliche del servizio sanitario nazionale e le strutture o enti privati di ricovero e cura autorizzati e/o accreditati con il Servizio sanitario nazionale possano stipulare il contratto di assicurazione per il risarcimento dei danni minori anche secondo massimali diversi, fermo restando, comunque, il rispetto dei limiti dei massimali fissati.

- Con riguardo ai premi assicurativi che dovranno essere versati dagli operatori sanitari e dalle strutture ospedaliere pubbliche del servizio sanitario nazionale, nonché dalle strutture o enti privati di ricovero e cura autorizzati e/o accreditati con il Servizio sanitario nazionale, si prevede che essi debbano essere calibrati attraverso l'utilizzo di un sistema *bonus/malus*: secondo tale sistema, alla scadenza dei contratti di assicurazione, quest'ultimi dovranno

commercializzano l'assicurazione per danni derivanti dall'attività sanitaria prevedono nei propri siti internet aree nelle quali sia possibile consultare le condizioni contrattuali, le modalità di acquisto della copertura e le informazioni da fornire all'impresa per l'eventuale sottoscrizione del contratto in conformità con la normativa prevista dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS).

7. La franchigia non è opponibile dall'esercente la professione sanitaria al terzo danneggiato.

8. I contratti di assicurazione di cui al presente regolamento prevedono:

a) che l'assicurato deve dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto, entro 30 giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuta conoscenza. Non è necessario l'avviso, se l'assicuratore o l'agente autorizzato alla conclusione del contratto interviene entro il detto termine alle operazioni di salvataggio o di constatazione del sinistro;

b) che per fatti noti o circostanze deve intendersi qualsiasi elemento o fatto suscettibile di causare una richiesta di risarcimento da parte di un terzo venuta a conoscenza dell'assicurato mediante comunicazione formale con mezzo idoneo a garantire la certezza della data e la conservabilità della documentazione.

9. I contratti di assicurazione non possono prevedere lo scoperto.”

essere rinnovati in base a condizioni che dispongano la variazione in aumento o in diminuzione del premio vigente al momento della scadenza della polizza, tenendo conto del verificarsi o meno di sinistri nel corso del rapporto contrattuale; ai fini della variazione del premio assicurativo, il sinistro si considera avvenuto se è stato accertato dal provvedimento giudiziale di omologa della proposta del conciliatore o dalla sentenza penale di condanna, anche se non ancora passati in giudicato. Al riguardo si valuteranno eventuali modifiche dell'art. 3 della l. cit. che già disciplina la materia.

Con riguardo ai premi assicurativi che dovranno essere versati dalle strutture ospedaliere pubbliche del servizio sanitario nazionale e dalle strutture o enti privati di ricovero e cura autorizzati e/o accreditati con il Servizio sanitario nazionale, un ulteriore elemento che le Compagnie di assicurazione debbono valutare, ai fini della variazione del premio assicurativo, è la gestione del rischio clinico e l'adeguatezza degli assetti organizzativi da loro apprestati.

- Si può prevedere l'esercizio del recesso dalla polizza da parte delle compagnie di assicurazione nel caso di reiterazione, per più di due volte, di una condotta colposa da parte della struttura ospedaliera pubblica del servizio sanitario nazionale e della struttura o ente privato di ricovero e cura autorizzato e/o accreditato con il Servizio sanitario nazionale e/o dell'esercente la professione sanitaria, accertata con sentenza passata in giudicato (v. a tal proposito anche l'art. 3, comma 2 lett. c), l. cit. e, con riferimento alle variazioni in aumento o in diminuzione del premio di tariffa cfr. l'art. 4, comma 4 dello schema di D.P.R., recante la *disciplina dei requisiti minimi uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie*, in via di definizione ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. cit..

- La tipologia contrattuale da adottare nell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria è quella cd. *claims made*. Tale clausola limita l'operatività della garanzia assicurativa a quelle richieste di risarcimento che l'assicurato abbia ricevuto per la prima volta durante la vigenza temporale della polizza e purché il *claim* si riferisca ad un evento occorso nel medesimo arco temporale; la garanzia assicurativa è estesa anche agli eventi accaduti durante la vigenza temporale della polizza e denunciati dall'assicurato nei cinque anni successivi alla scadenza del contratto assicurativo. Le Compagnie di assicurazione possono estendere l'operatività della garanzia assicurativa anche ad eventi accaduti nei cinque anni antecedenti alla conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati alla Compagnia durante la vigenza temporale della polizza. Il beneficio è duplice: da una parte, l'assicurato è coperto dalla garanzia assicurativa nel momento decisamente più importante, ossia nel momento in cui il danneggiato avanza la richiesta di risarcimento; dall'altra parte, l'assicuratore ha certezza del momento di effettiva cessazione della sua esposizione al rischio.

- Altro problema riguarda la tenuta del ramo assicurativo e la sostenibilità dei risarcimenti da liquidare. Il ramo *med-mal* ha registrato, nel corso degli ultimi anni, una notevole sproporzione della massa di premi annui rispetto al numero di sinistri denunciati (numero, questo, comprensivo sia dei sinistri accolti e riservati dalle compagnie di assicurazione, sia di quelli che sono stati poi effettivamente liquidati), cosicché il rapporto sinistri/premi, aggiornato al 31/12/2012, è risultato pari a 172%, nel senso che per 100 euro di premi raccolti, le compagnie di assicurazione sostengono di aver pagato 172 euro sotto forma di risarcimento. Pertanto, stabilire in anticipo, nei limiti del possibile, il "*quantum debeatur*", consente di imputare quote di premi ragionevoli in capo agli assicurati, predisponendo preventivamente le voci di

bilancio necessarie a coprire le spese necessarie per la riservazione e progressiva trattazione dei sinistri.

Al fine di porre un tetto alla determinazione dei risarcimenti del danno conseguente all'attività dell'esercente la professione sanitaria si può, da un lato, ricorrere alle *"Tabelle del Tribunale di Milano"* per le lesioni macropermanenti, cioè per le menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra il 10 e il 100 %. Tali tabelle, già dichiarate dalla Cassazione applicabili nella generalità dei casi *"in assenza di indicazioni legislative diverse"* (v. Cass., sez. III, n. 12408/2011), prevedono l'indicazione del valore pecuniario da attribuire a ciascun punto di invalidità, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.

Per quanto riguarda le lesioni micropermanenti, ossia le lesioni pari o inferiori al 9%, si può rinviare agli importi previsti nella tabella sul danno biologico per lesioni di lieve entità, aggiornata dal D.M. 20 giugno 2014, recante *"l'Aggiornamento annuale degli importi per il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, anno 2014"*.

In questi casi, il giudice non può riconoscere alcun aumento dell'importo base.

C) Azione di rivalsa

- Le ASL e le strutture ospedaliere, pubbliche o private, devono esercitare l'azione integrale di rivalsa nei confronti dei propri prestatori d'opera, dipendenti e non, qualora il fatto sia stato commesso con dolo riconosciuto con sentenza passata in giudicato, ovvero nei casi di risoluzione stragiudiziale della controversia.

- L'azione di rivalsa deve essere, altresì, esercitata in caso di dolo eventuale determinato da assunzione di sostanze stupefacenti, accertata con sentenza passata in giudicato, ovvero nei casi di risoluzione stragiudiziale della controversia.
- In caso di colpa grave per imperizia o negligenza accertata con sentenza passata in giudicato, ovvero nei casi di risoluzione stragiudiziale della controversia, il Direttore generale della struttura sanitaria, sentito il Comitato di valutazione sinistri, può disporre nei confronti del personale sanitario o medico il parziale recupero delle somme corrisposte per il risarcimento del danno riconosciuto (es. trattenere dallo stipendio le somme equivalenti all'aumento del costo delle polizze assicurative da essi causato); l'ammontare, fissato in modo equitativo, è recuperato attraverso trattenute sullo stipendio, nella misura massima di 1/5, per un periodo comunque non superiore a 5 anni (come previsto in alcune delle proposte di legge presentate alla Camera dei deputati).
- Nei casi in cui sussista copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi (RCT), la compagnia di assicurazione può esercitare il diritto di regresso nei confronti del personale che risulti aver commesso il fatto con dolo o con colpa grave a seguito di sentenza passata in giudicato, ovvero nei casi di risoluzione stragiudiziale della controversia.
- L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione medica o sanitaria a qualunque titolo operante in una struttura pubblica o privata deve essere esercitata entro un anno dal risarcimento, riconosciuto da un titolo giudiziale divenuto inoppugnabile, ovvero da un titolo stragiudiziale.
- L'esercizio dell'azione di rivalsa preclude l'esperimento dell'azione erariale da parte della Procura della Repubblica presso la Corte dei conti.

D) Fondo di garanzia

- Lo Stato/Regioni deve/devono istituire, ad integrazione delle polizze assicurative, un apposito fondo di garanzia per la responsabilità civile del personale (RCT e RCO) di tutte le strutture sanitarie ubicate nel territorio nazionale (nel caso di fondo unico nazionale)/nel rispettivo territorio di competenza (nel caso di fondo regionale), attribuendo direttamente al fondo le risorse finanziarie necessarie.
- Il Fondo è finanziato con contributi provenienti dai contratti assicurativi sanitari, ovvero dagli accantonamenti disposti dalle strutture sanitarie pubbliche o private.
- Le condizioni dell'intervento sussidiario del Fondo sono le seguenti:
 - a) il soggetto è assicurato, ma l'assicuratore con cui ha stipulato la polizza è in stato di insolvenza (es. fallimento, liquidazione cotta, ecc.);
 - b) risarcimenti di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti stipulati dai soggetti e previsti dalla legge;
 - c) il soggetto danneggiante non è assicurato e/o comunque non è stato in grado di coprire i rischi sanitari e/o è insolvente.
- Il legale rappresentante della struttura ospedaliera pubblica del servizio sanitario nazionale, per la copertura dei rischi sanitari, deve selezionare una Compagnia di assicurazione autorizzata dall'IVASS che, valutati i costi/benefici, dia garanzia di solvibilità. Nel caso in cui la Compagnia, scelta secondo tali parametri, successivamente alla conclusione del contratto assicurativo si riveli insolvente, dei danni da essa provocati a terzi, fermo restando l'intervento del Fondo di garanzia, risponderà l'Autorità di Vigilanza

(IVASS), a titolo di responsabilità extracontrattuale per omessa vigilanza, salvo prova contraria.

- Il fondo di garanzia non è assoggettabile a misure di esecuzione forzata, né può essere oggetto di valutazione di danno erariale fino a concorrenza del massimale definito:

- Lo schema di D.P.R. già citato ha previsto, inoltre, la costituzione, presso Consap S.p.A., di un ulteriore Fondo denominato “Fondo rischi sanitari”, alimentato da un contributo del professionista che faccia “espressa richiesta di accesso al Fondo, nella misura determinata dal soggetto gestore del fondo”, nonché da un contributo di solidarietà versato “dalle imprese di assicurazione autorizzate all’esercizio dell’assicurazione per danni derivanti dall’attività medico professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4% del premio stesso”. L’intervento del Fondo è a favore dei professionisti della sanità che, in base al reddito e tenuto conto anche del rischio derivante dall’attività professionale che in concreto vanno a svolgere, non sono in grado di sostenere il costo dell’assicurazione o che sono stati rifiutati dal mercato assicurativo. Si dà priorità, a parità di condizioni e ai fini dell’accesso al Fondo, ai professionisti più giovani di età, purché abilitati all’esercizio della professione sanitaria da non oltre 10 anni.

E) Accertamento tecnico preventivo e conciliazione preventiva obbligatori

- Il danneggiato, a seguito di prestazioni sanitarie ricevute in strutture sanitarie, pubbliche o private, per le quali vi è l’obbligo della stipulazione del contratto di assicurazione, o gli aventi diritto al risarcimento che intendano presentare la

domanda di risarcimento dinanzi al giudice civile, nei confronti degli operatori sanitari e/o delle strutture sanitarie pubbliche o private, promuovono, a pena di improcedibilità la procedura di conciliazione dinanzi ad un organismo di conciliazione accreditato, avente sede nel luogo di residenza del danneggiante, ovvero nel luogo dove il danneggiante ha sede. L'organismo di conciliazione così individuato deve ricevere la domanda di conciliazione. Alla procedura conciliativa debbono obbligatoriamente partecipare: *a)* il danneggiato; *b)* il danneggiante (struttura sanitaria pubblica o privata di ricovero e cura e/o operatore sanitario); *c)* la Compagnia assicurativa, se il danneggiante ha contratto una polizza assicurativa a copertura del rischio.

Il procedimento di conciliazione deve concludersi con la proposta del conciliatore, che deve essere formulata e comunicata alla/e parte/i regolarmente costituita/e entro il termine perentorio di centottanta giorni dall'accettazione dell'incarico da parte del conciliatore. In caso di inutile decorso di tale termine, il danneggiato potrà promuovere il giudizio ordinario di cognizione e il conciliatore sarà responsabile dei danni cagionati alla/e parte/i che ha/hanno partecipato alla procedura conciliativa.

- In caso di mancata partecipazione del danneggiante e/o della Compagnia alla procedura conciliativa, questa si svolgerà in loro contumacia e la proposta del conciliatore, se accettata dalla/e parte/i che ha/hanno partecipato alla procedura, avrà valore di titolo esecutivo dopo essere stata depositata presso il Tribunale del luogo dove si è svolta la procedura conciliativa ed omologata dal Tribunale. Le parti contumaci potranno comunque promuovere un giudizio secondo le regole di cui agli artt. 163 ss. c.p.c., con tutte le garanzie da queste previste, avverso la proposta conciliativa approvata ed esecutiva, dinanzi al Tribunale del luogo dove si è svolta la procedura conciliativa – che deciderà con sentenza appellabile – ed entro il termine di sei mesi dalla notificazione da

parte della cancelleria del Tribunale che l'ha omologata; in caso di decorso di tale termine senza che il giudizio venga promosso, il titolo avrà forza di legge tra le parti.

- Si prevede un'apposita commissione di conciliazione, composta da medici specialisti delle diverse discipline integrata dai rappresentanti delle parti (es. compagnie assicurative, avvocati, etc...).

- A seguito dell'avvio del procedimento di conciliazione, il conciliatore dovrà nominare un consulente tecnico, al fine di verificare la sussistenza delle condizioni tecniche che legittimano le pretese di risarcimento dei danneggiati e di stabilire l'ammontare del risarcimento. Ai lavori peritali possono partecipare i consulenti nominati dalle parti costituite.

I periti debbono essere scelti dalle parti e dal conciliatore da elenchi appositamente predisposti e depositati presso il Tribunale del luogo dove si svolge il procedimento di conciliazione.

L'elaborato peritale dovrà essere depositato dalle parti nell'eventuale giudizio ordinario di cognizione, che dovesse essere instaurato a seguito del procedimento di conciliazione, ed avrà lo stesso valore della consulenza tecnica d'ufficio prevista dagli artt. 191 ss. c.p.c.

- All'esito della procedura, il conciliatore formulerà una proposta conciliativa che, se accettata da tutte le parti costituite, avrà valore di titolo esecutivo dopo essere stata depositata presso il Tribunale del luogo dove si è svolta la procedura conciliativa ed omologata dal Tribunale e avrà forza di legge tra le parti. Al riguardo, l'accettazione, da parte del soggetto danneggiato o degli aventi diritto al risarcimento, della somma offerta dalla/e controparte/i preclude

l'ulteriore richiesta di risarcimento e il danneggiante e/o la Compagnia di assicurazione provvede al pagamento.

In caso di esito negativo della procedura di conciliazione, il danneggiato potrà promuovere il giudizio ordinario. In tal caso, il giudice ordinario, qualora con sentenza dovesse accogliere la domanda in misura non superiore alla proposta conciliativa, condanna la/e parte/i che ha/hanno rifiutato senza giustificato motivo la proposta, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

- Oggi, nei casi di responsabilità medica, il procedimento di mediazione è previsto dall'art. 5, comma *1-bis*, del d. lgs. n. 28/2010 (recante "*Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*") quale "condizione di procedibilità" della domanda giudiziale.

- È stata introdotta una novità dal legislatore (v. art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010) in materia di competenza territoriale dell'Organismo di mediazione, da estendere anche alle controversie aventi ad oggetto la responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie: le istanze per la mediazione si devono presentare presso un Organismo situato nel luogo in cui si trova il giudice territorialmente competente per l'eventuale successiva controversia. Un'altra novità introdotta sempre dal D.L. n. 69/2013, c.d. *decreto del Fare*, convertito in L. n. 98/2013, è stata la previsione della c.d. mediazione *ex officio* per tutti i casi in cui il giudice, anche in sede di appello, valutate le circostanze, decide di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione e, anche in tal caso, la mediazione si porrebbe come condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale (v. art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010).

8 BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AA. VV., Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa, La responsabilità in ambito sanitario, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Torino, 2014.

V. ANTONELLI, Contatto e rapporto nell'agire amministrativo, CEDAM, 2007.

F. ANELLI, Il fondamento e i limiti della responsabilità precontrattuale della P.A., in Riv. trim. app., 1991 p. 171.

G. ALPA, Responsabilità civile e danno, Bologna, 1991 p. 17 s.

G.M.D. Arnone, La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa, in Danno e responsabilità, 1, 2014, 33 ss.

R AVRAHAM<, Clinical practice guidelines: the warped incentives in the US healthcare system, Am J L Med, 7. 2010.

K. BALLERSTEDT, Sulla responsabilità per la colpa in contrahendo nella conclusione di contratto da parte del rappresentante, AcP 151 (1950/1), p. 501 ss.).

E. BARCELLONA, Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali di conti, Torino, 2003, p. 145.

R. BARTOLI, Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa, in Bartoli R, Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa, Firenze, 2010, Firenze University Press.

F. BENATTI, Doveri di protezione, in Dig. disc. priv., Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221;

F. BENATTI, Osservazioni in tema di «doveri di protezione», in Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, p. 1342.

E. BETTI, Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, in Jus, 1957, p. 353.

- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 65.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96.
- C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, p. 40 ss..
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, op. ult. cit., p. 43 ss..
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Giuffrè, 1993, p. 93-94.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Giuffrè, 1993, p. 11 ss..
- L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 672.
- F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.
- F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335.
- F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 564.
- F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643 ss.
- F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 292 ss..
- F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 784 ss..
- C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, traduzione italiana a cura di DE CRISTOFARO*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003;
- AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004.

- S. CACACE, Figli indesiderati nascono. Il giudice in tribunale, in *Danno resp.*, 2009, 1167
- S. CACACE, Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice e di A. MASTRORILLI, To be or not to be: comparare l'incomparabile, in *Danno resp.*, 2013, 139
- G. CRICENTI, Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione, in *NGCC*, 2009, I, 1258
- C. W. CANARIS, Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss..
- C. W. CANARIS, Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 822 ss..
- C.W. CANARIS, Anspruche wegen "positive Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung fur dritte", in *Juristenzeitung*, 1965, p. 475 s.
- V. CARBONE, La legge Balduzzi: le responsabilità del medico e della struttura pubblica, *Diritto e giurisprudenza*, 2013, 5, 2 e s.
- F. CARINGELLA, Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedimentali, in *Corr. giur.*, 1996, 394 s.
- F. CARNELUTTI, Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale, in *Riv. dir. comm.* 1912, II, p. 744.
- F. CARUSI, Correttezza (obblighi di), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711.
- C. CASTRONOVO, Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance , danni punitivi, danno c.d. esistenziale, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 315 ss..
- C. CASTRONOVO, L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile, in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 1262 ss..
- C. CASTRONOVO, L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss..

- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 443 ss..
- C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69.
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 123 ss.
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XXI.
- C. CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli 2005, p. 704 ss.
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss..
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, intervento all'Incontro di studio sul tema "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno" organizzato dal C.S.M. - Roma, 29-30/05/2008*, in www.personaedanno.it.
- C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss..
- C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2008, p. 787 ss.
- A. CATRICALA', *L'esame di diritto civile*, Santarcangelo di Romagna, 209 s.
- M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 322 ss..
- G. CHINE', *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, p. 797.
- G. P. CIRILLO, *Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001.

G. P. CIRILLO, Danno da illegittimità dell'azione amministrativa e giudizio risarcitorio. L'introduzione e l'indice di uno studio, su www.giustizia-amministrativa.it.

M. F. CURSI, Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti, Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, Napoli, 2006, 23 s.

A. DE CUPIS, Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in Ann. dir. comp., 1963, 249.

G. DE MARZO, Responsabilità precontrattuale della p.a., in Urb. e app., 2006, p. 427.

R. DE MATTEIS, La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali, in Contr. e Impr., 1995, p. 488.

R. DE MATTEIS, La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale, in Danno e resp., 1999, p. 311.

R. DE MATTEIS, La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, Padova, 1995.

F. DI CIOMMO, Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero, in Foro it., 1999, I, c. 3332 ss..

G. DI GIANDOMENICO, La lesione del rapporto giuridico, in Riv. dir. comm., 7-8-9/2008.

G. DI GIANDOMENICO, Rapporto giuridico e responsabilità civile, in Giur. it., 2006, p. 1543 ss.. G. DI GIANDOMENICO, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo, in Foro amm., CDS, 2003, p. 2677.

A. DI MAJO, Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili, commento a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in Corr. giur., 2007, p. 1706 ss..

A. DI MAJO, Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 19 ss..

A. DI MAJO, Il problema del danno al patrimonio, *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 297.

A. DI MAJO, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446.

A. DI MAJO, La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss..

A. DI MAJO, La protezione del terzo tra contratto e torto, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p.3 ss..

A. DI MAJO, La responsabilità contrattuale, Torino, 2002, p. 84.

H. DOLLE, Aussergesetzliche Schutzpflichten, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen.* 1943, p. 67 ss..

F. DURANTE, Il diritto al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, su www.ambientediritto.it

G. FACCI, Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2013.

G. FACCI, Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 933.

G. FACCI, Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte, in *Contr. impr.*, 2008, p. 164 s.

G. FACCI, Le trasfusioni dei Testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide), *Resp. Civile e Prev.*, 9, 2007, 1885 s.

G. FACCI, Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?, in *Fam. dir.*, 2004, 559

S. FAILLACE, La responsabilità da contatto sociale, Padova, 2004, p. 36 ss..

G. FALCON, La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2/2009 p. 258.

- P. FAVA, *Le obbligazioni*, I, Milano, 2008, p. 421.
- P. FAVA, *La responsabilità civile*, a cura di P. Fava, Milano 2009.
- E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./ Europa*, 2001, p. 761 e ss.
- M. FEOLA, *La cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno resp.*, 2010, 697
- V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662.
- V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984.
- M. FRANZONI, *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, nota a Cass., 24 febbraio 1997, n. 1683, in *Danno e Resp.*, 1997, 4, p. 454.
- C. A. FUNAJOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, p. 103.
- F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, p. 710.
- F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 91.
- M. GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 637
- M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, ESI, 2007, p. 66.
- M. GAZZARA, *Le S.U. “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, op. ult. cit., p. 1002 ss..
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2006, p. 857 ss..
- G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o “transtipica”?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1003.

- E. GIACOBBE, Wrongful life e problematiche connesse e L. FAMULARO, Il danno ingiusto della nascita, in *Giust. civ.*, 2005, I, 136 e 2405
- F. GIADINA, Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi, in *Violazioni del Contratto*, a cura di E. Del Prato (il volume raccoglie i contributi del seminario, tenutosi i giorni 3 e 4 maggio 2002 nell'Università di Macerata, riguardante il tema «Itinerari europei della responsabilità civile»), Milano, 2003, p. 15.
- F. GIARDINA, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss..
- M.S. GIANNINI, La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, p. 265.
- M. GORGONI, Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62.
- G. GRECO, Interesse legittimo e risarcimento danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 1128.
- G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Lipziger Studien*, Leipzig, 1941.
- J. HELLNER, *Copensation for personal Injuries in Sweden* Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1957 - 2009, 263 s.
- U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschen Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 862 ss..
- N. IRTI, «E' vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss..
- N. IRTI, *Lo scambio dei foulards* (replica semiseria al prof. Bianca), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss..
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss..

- U. IZZO, Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130 ss..
- H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Munchen, 1929.
- L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, CEDAM, 2007, p. 20 ss..
- A. LANOTTE, *Condotta autolesiva del'allievo: non risponde l'insegnante*, op. ult. cit., p. 54 ss..
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I*, Munchen, 1987, p. 104 ss.
- H. LEHMANN, Das "faktische" Vertragsverhältnis, in *Jherings Jahrbücher*, 90 (1943), p. 131.
- M. LEHMANN, *Culpa in contrahendo: Germania, relazione al convegno Problemi attuali della responsabilità e dell'illecito in Italia e in Germania*, Catania 6-7 ottobre 2006, su www.unict.it.
- M. LIGUORI, *La responsabilità civile medica*, in *Sub iudice*, Atti del convegno tenuto a Rimini l'8-11 ottobre 1997, Pisa, 1998, 63.
- N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970.
- A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno del nascituro*, in *Corr. giur.*, 2010, 365.
- E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995, p. 89.
- M. LUCIANI, *Diritto alla salute - dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 8.
- M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv., dir. civ.*, 2001, p. 56.
- M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 142 ss., 154 ss., p. 186.
- U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 55.

- S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015
- L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Riv. dir. comm., 1956, II, 360 s.
- E. MENICHETTI, *La tutela della salute tra competenze “divise” e interessi “concordati”. Riflessioni sul destino del servizio sanitario nazionale nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in R. Balduzzi (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, 232 s.
- D. MORANA, *La salute nella Costituzione Italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002.
- L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 s.
- S. PATTI, *Prove: disposizioni generali (Artt. 2697-2698)*, in *COMMENTARIO del codice civile. A cura di Scialoja e Branca. Libro VI: Della tutela dei diritti*, Bologna, 1987
- M. TARUFFO, voce *onere della prova*, Dig. disc. priv. sez. civ., XIII, Torino, 1995, 72 s.
- M. TARUFFO, voce *Presunzioni*, Enc. giur., XXIV, Roma, 1991.
- V. ZAMBRANO; P. MATERA, *Prova e tutela della persona: il paradigma della responsabilità medica nell'esperienza comparatistica*,. *Resp. civ. e prev.*, II, 236 s.
- S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2008, p. 391 ss..
- A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 228.
- D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 e ss..

- L. MENGONI, Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi». (Studio critico), in Riv. dir. comm., 1954, I, p. 371.
- L. MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in Riv. dir. comm., 1956, II, p. 360 ss..
- L. NANNI, La buona fede contrattuale, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, collana diretta da F. Galgano, Padova, 1988, p. 145 ss..
- U. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, op. ult. cit., I, p. 26 ss..
- A. NICOLUSSI, Il commiato della giurisprudenza alla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi.
- A. NICOLUSSI, Obblighi familiari di protezione e responsabilità, Eur. dir. priv., 2008, p. 966.
- A. NICOLUSSI, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, op. ult. cit., p. 874.
- G. OPPO, Disumanizzazione del contratto? in Riv. dir. civ., 1998, I, p. 525 ss..
- M. PARADISO, La responsabilità medica dal torto al contratto, in Riv. dir. civ., 2001, p. 332.
- M. PARADISO, La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove prospettive, in Danno resp., 2009, 7, p. 703 ss.
- F. P. Patti, Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto, Resp. civ. prev., 3, 2014, 764 s.
- M.C. PERCHINUNNO, Il danno da lesione dell'affidamento suscitato dalla lettera di patronage, in Contr. impr., 2006, p. 611.
- F. PIRAINO, "Nomina sunt consequentia rerum" anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni Unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in Dir. civ. cont., 6 gennaio 2016.

D. POLETTI, Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 137 ss..

D. POLETTI, Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto, in *Danno e resp.*, 1999, p. 899 ss.

G. PONZANELLI, La responsabilità civile. Profili di diritto comparato, Bologna, 1992, 25 s.

M. PROTTO, La responsabilità della p.a. per lesioni di interessi legittimi come responsabilità da “contatto” amministrativo, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 213.

P. RESCIGNO, Obbligazioni, (diritto privato). Nozioni generali, voce dell'Enc dir., XXIX, Milano, 1979, p. 206.

P. RESCIGNO, Fondamento e problemi della responsabilità medica, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 78 s.

L. RICCA, Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, Milano, 1965.

S. RODOTÀ, Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964

S. RODOTÀ', Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1969, p. 159 ss.

V. ROPPO, Il contratto, Milano, 2001.

S. Rossi, voce *Consenso informato*, Dig. disc. priv. Sez. civ., VII, Torino, 2012.

R. SACCO, Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale, op. cit., 158.

R. SACCO, Introduzione al diritto comparato, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1992.

F.G. SCOCA, Per un'amministrazione responsabile, op. ult. cit., p. 4045 ss..

E. SCODITTI, Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale, Incontro di studio organizzato dal CSM, Roma, 2008, su www.appintercsm.it, p. 16.

- C. SCOGNAMIGLIO, Il danno non patrimoniale al tempo della complessità. 28 aprile 2010, http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20100428_RelazioneScognamiglio.pdf
- C. SCOGNAMIGLIO, La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura sanitaria alla luce della l. 189/2012, *Resp. civile e previdenza*, 6, 2013, 1988 s.
- G. SCOGNAMIGLIO, La responsabilità civile della Consob, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano e Visintini, Padova, 2006, 286 s.
- S. SIMITIS, *Die Faktische Vertragsverhältnisse*, Frankfurt a. M., 1957.
- N. SOLDATI, Le lettere di patronage, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1656.
- L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997.
- H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag, 1902* (opera pubblicata in forma monografica nel 1904 e tradotta in italiano da G. VARANESE, col titolo *Le violazioni positive del contratto*, ESI, 2001).
- M. Stauch, *The law of medical negligence in England and Germany - a comparative Analysis*, 2008
- G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, p. 151. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von dei positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288.
- M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979, XXIX.
- G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.
- G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.
- S. VERZARO, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione. Il "contatto" amministrativo convince il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 975.

- F. VIGANO', Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite, in Cass. Pen., 2009, 1851 s.
- F. VIGANO', Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale, in A. Belvedere - S. Riondato, La responsabilità in medicina (in Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti), 2011, pp. 885-932 ss.
- F. VIGANO', Art. 50, in Codice penale commentato, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano III ed., 2011
- G. VINCIGUERRA, Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica, op. ult. cit., p. 793 ss..
- P. VIRGA, Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi, Milano, 1999, p. 20.
- G. VISINTINI, Colpa contrattuale: un falso concetto?, in Contr. e impr., 2004, p. 13 ss..
- G. VISINTINI, Cos'è la responsabilità civile, ESI, 2009, p. 17 ss..
- G. VISINTINI, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?), in Rass. dir. civ., 1983, p. 1081 ss..
- G. VISINTINI, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, voce dell'Enc. giur. Treccani, XXVI, Roma, 1990.
- G. VISINTINI, Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile, CEDAM, 1999, p. 86 ss..
- R. VON JHERING, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in Jherings Jahrbucher, 4, p. 1861, tradotto in italiano da F. PROCCHI, Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione, Jovene, Napoli, 2005.
- A. ZACCARIA, La resistibile ascesa del contatto sociale, Riv. dir. civ., 2013, I, 77 s.

A. ZACCARIA, La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero, Riv. dir. civ., 2015, 344 s.

V. ZENO ZENCOVICH, Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento, Riv. dir. civ., 3, 2008, 297 ss.

B. WINDSHEID, Diritto delle Pandette, edizione italiana cura di Fadda e Bensa, II, Torino, 1925, p. 187 ss..